



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 1, 1993 Vol. 4**

**1<sup>er</sup> cahier, 1993 Vol. 4**

**Cited as [1993] 4 S.C.R. 3-198**

**Renvoi [1993] 4 R.C.S. 3-198**

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

*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, 1994.

## CONTENTS

### P. (D.) v. S. (C.) ..... 141

Family law — Custody — Access rights — Restrictions — Interest of child — Conflict between parents concerning religious education of their 3½-year-old child — Court order prohibiting access parent from continually indoctrinating child in Jehovah's Witness religion and involving her in their activities — Whether child's interest is test applicable to access rights — Whether restrictions on access in best interests of child — Whether criterion of child's best interest constitutional — Civil Code of Lower Canada, art. 30.

Constitutional law — Charter of Rights — Application — Family law dispute — Court order prohibiting access parent from continually indoctrinating child in Jehovah's Witness religion and involving her in their activities — Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to court order in family law matter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Freedom of expression — Court order prohibiting access

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

*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, 1994.

## SOMMAIRE

### P. (D.) c. S. (C.) ..... 141

Droit de la famille — Droit de garde — Droit de visite et de sortie — Restrictions — Intérêt de l'enfant — Conflit entre les parents relativement à l'éducation religieuse de leur enfant âgée de trois ans et demi — Ordonnance du tribunal interdisant au parent qui a un droit de visite et de sortie d'endoctriner continuellement son enfant dans la religion des Témoins de Jéhovah et de la faire participer à leurs activités — Le critère de l'intérêt de l'enfant est-il le critère applicable en matière de droit de visite et de sortie? — Les restrictions au droit de visite et de sortie sont-elles dans l'intérêt de l'enfant? — Constitutionnalité du critère de l'intérêt de l'enfant — Code civil du Bas-Canada, art. 30.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Litige en droit de la famille — Ordonnance du tribunal interdisant au parent qui a un droit de visite et de sortie d'endoctriner continuellement son enfant dans la religion des Témoins de Jéhovah et de la faire participer à leurs activités — La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle à l'ordonnance d'un tribunal en matière familiale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

parent from continually indoctrinating child in Jehovah's Witness religion and involving her in their activities — Whether order infringing s. 2(a) or 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

Constitutional law — Charter of Rights — Vagueness — Criterion of child's best interests in family law — Whether criterion discretionary and vague within meaning of s. 1 or 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Civil Code of Lower Canada, art. 30.

### **Young v. Young** ..... 3

Family law — Custody — Access — Best interests of the child — Access parent insisting on instructing children on religion — Custodial parent and children objecting to religious instruction — Court ordering that access parent discontinue religious activities with children — Scope of "best interests of the child" — Whether or not "best interests of the child" equivalent of absence of harm — Whether or not restriction on access in best interests of the children.

Family law — Children — Best interests of the child — Access parent insisting on instructing children on religion — Custodial parent and children objecting to religious instruction — Court ordering that access parent discontinue religious activities with children — Scope of "best interests of the child" — Whether or not "best interests of the child" equivalent of absence of harm — Whether or not restriction on access in best interests of the children.

Family law — Property and financial awards — Lump sum payment — Family debts — Principles governing reallocation of property.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Freedom of expression — Divorce Act requiring that orders concerning children only take into account "the best interests of the child" — Access parent insisting on instructing children on religion — Custodial parent and children objecting to religious instruction — Court ordering that access parent discontinue religious activities with children — Whether or not access restriction infringing freedom of religion — Whether or not access restriction infringing freedom of expression — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 16(8), 17(5) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(a), (b).

Courts — Costs — Principles governing awards of costs on solicitor-client basis.

Torts — Maintenance — Religious society carrying cost of action — Common religious action — Whether or not tort of maintenance.

## SOMMAIRE (Fin)

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Liberté d'expression — Ordonnance du tribunal interdisant au parent qui a un droit de visite et de sortie d'endoctriner continuellement son enfant dans la religion des Témoins de Jéhovah et de la faire participer à leurs activités — Cette ordonnance porte-t-elle atteinte à l'art. 2a) ou 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés?

Droit constitutionnel — Charte des droits — Imprécision — Critère de l'intérêt de l'enfant en droit de la famille — Ce critère est-il discrétionnaire et imprécis au sens de l'article premier ou de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code civil du Bas-Canada, art. 30.

### **Young c. Young** ..... 3

Droit de la famille — Garde — Droit d'accès — Intérêt de l'enfant — Parent ayant le droit d'accès insistant pour donner un enseignement religieux aux enfants — Parent ayant la garde et enfants s'opposant à l'enseignement religieux — Ordonnance de la cour interdisant au parent ayant le droit d'accès de faire participer ses enfants à ses activités religieuses — Portée du critère de l'«intérêt de l'enfant» — L'«intérêt de l'enfant» équivaut-il à l'absence de préjudice? — La restriction du droit d'accès est-elle dans l'intérêt de l'enfant?

Droit de la famille — Enfants — Intérêt de l'enfant — Parent ayant le droit d'accès insistant pour donner un enseignement religieux aux enfants — Parent ayant la garde et enfants s'opposant à l'enseignement religieux — Ordonnance de la cour interdisant au parent ayant le droit d'accès de faire participer ses enfants à ses activités religieuses — Portée du critère de l'«intérêt de l'enfant» — L'«intérêt de l'enfant» équivaut-il à l'absence de préjudice? — La restriction du droit d'accès est-elle dans l'intérêt de l'enfant?

Droit de la famille — Prestation sous forme de biens et d'argent — Prestation sous forme de capital — Dettes familiales — Principes régissant une nouvelle répartition des biens.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Liberté d'expression — La Loi sur le divorce prévoit que les ordonnances concernant les enfants ne doivent tenir compte que de «l'intérêt de l'enfant» — Parent ayant le droit d'accès insistant pour donner un enseignement religieux aux enfants — Parent ayant la garde et enfants s'opposant à l'enseignement religieux — Ordonnance de la cour interdisant au parent ayant le droit d'accès de faire participer ses enfants à ses activités religieuses — La restriction du droit d'accès viole-t-elle la liberté de religion? — La restriction du droit d'accès viole-t-elle la liberté d'expression? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 16(8), 17(5) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a), b).

Tribunaux — Dépens — Principes régissant l'attribution des dépens comme entre procureur et client.

Responsabilité délictuelle — Pension alimentaire — Société religieuse supportant les frais de l'action — Action religieuse commune — Y a-t-il eu soutien délictueux?

**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

**Volume 4, 1993**

**4<sup>e</sup> volume, 1993**



**Irene Helen Young** *Appellant*

v.

**James Kam Chen Young** *Respondent*

and

**W. Glen How** *Respondent*

and

**Watch Tower Bible and Tract Society of Canada** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Law Society of British Columbia and the Seventh-day Adventist Church in Canada** *Interveners*

INDEXED AS: YOUNG v. YOUNG

File No.: 22227.

1993: January 25, 26; 1993: October 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Family law — Custody — Access — Best interests of the child — Access parent insisting on instructing children on religion — Custodial parent and children objecting to religious instruction — Court ordering that access parent discontinue religious activities with children — Scope of “best interests of the child” — Whether or not “best interests of the child” equivalent of absence of harm — Whether or not restriction on access in best interests of the children.*

*Family law — Children — Best interests of the child — Access parent insisting on instructing children on religion — Custodial parent and children objecting to*

**Irene Helen Young** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **James Kam Chen Young** *Intimé*

et

<sup>b</sup> **W. Glen How** *Intimé*

et

<sup>c</sup> **Watch Tower Bible and Tract Society of Canada** *Intimée*

et

<sup>d</sup> **Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, la Law Society of British Columbia et l'Église adventiste du septième jour au Canada** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: YOUNG c. YOUNG

<sup>f</sup> N° du greffe: 22227.

1993: 25, 26 janvier; 1993: 21 octobre.

<sup>g</sup> Présents: Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci.

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

<sup>h</sup> *Droit de la famille — Garde — Droit d'accès — Intérêt de l'enfant — Parent ayant le droit d'accès insistant pour donner un enseignement religieux aux enfants — Parent ayant la garde et enfants s'opposant à l'enseignement religieux — Ordonnance de la cour interdisant au parent ayant le droit d'accès de faire participer ses enfants à ses activités religieuses — Portée du critère de l'«intérêt de l'enfant» — L'«intérêt de l'enfant» équivaut-il à l'absence de préjudice? — La restriction du droit d'accès est-elle dans l'intérêt de l'enfant?*

<sup>i</sup> *Droit de la famille — Enfants — Intérêt de l'enfant — Parent ayant le droit d'accès insistant pour donner un enseignement religieux aux enfants — Parent ayant la*

religious instruction — Court ordering that access parent discontinue religious activities with children — Scope of “best interests of the child” — Whether or not “best interests of the child” equivalent of absence of harm — Whether or not restriction on access in best interests of the children.

Family law — Property and financial awards — Lump sum payment — Family debts — Principles governing reallocation of property.

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Freedom of expression — Divorce Act requiring that orders concerning children only take into account “the best interests of the child” — Access parent insisting on instructing children on religion — Custodial parent and children objecting to religious instruction — Court ordering that access parent discontinue religious activities with children — Whether or not access restriction infringing freedom of religion — Whether or not access restriction infringing freedom of expression — Divorce Act, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 16(8), 17(5) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 2(a), (b).

Courts — Costs — Principles governing awards of costs on solicitor-client basis.

Torts — Maintenance — Religious society carrying cost of action — Common religious action — Whether or not tort of maintenance.

Appellant’s and respondent’s separation was marked by a protracted series of court battles. Appellant was awarded custody of the couple’s three daughters and respondent was granted access subject to court imposed restrictions arising from appellant’s objection to his religious activity with the children. Respondent was ordered not to discuss the Jehovah’s Witness religion with the children, take them to any religious services, canvassing or meetings, or expose them to religious discussions with third parties without appellant’s prior consent. Organized religion was not important to appellant although she wanted the children to be raised within the United Church.

The two older daughters liked their father but came to dislike his religious instruction to the extent that it was

garde et enfants s’opposant à l’enseignement religieux — Ordonnance de la cour interdisant au parent ayant le droit d’accès de faire participer ses enfants à ses activités religieuses — Portée du critère de l’«intérêt de l’enfant» — L’«intérêt de l’enfant» équivaut-il à l’absence de préjudice? — La restriction du droit d’accès est-elle dans l’intérêt de l’enfant?

Droit de la famille — Prestation sous forme de biens et d’argent — Prestation sous forme de capital — Dettes familiales — Principes régissant une nouvelle répartition des biens.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Liberté d’expression — La Loi sur le divorce prévoit que les ordonnances concernant les enfants ne doivent tenir compte que de «l’intérêt de l’enfant» — Parent ayant le droit d’accès insistant pour donner un enseignement religieux aux enfants — Parent ayant la garde et enfants s’opposant à l’enseignement religieux — Ordonnance de la cour interdisant au parent ayant le droit d’accès de faire participer ses enfants à ses activités religieuses — La restriction du droit d’accès viole-t-elle la liberté de religion? — La restriction du droit d’accès viole-t-elle la liberté d’expression? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 16(8), 17(5) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a), b).

Tribunaux — Dépens — Principes régissant l’attribution des dépens comme entre procureur et client.

Responsabilité délictuelle — Pension alimentaire — Société religieuse supportant les frais de l’action — Action religieuse commune — Y a-t-il eu soutien délictueux?

La séparation de l’appelante et de l’intimé a été marquée par une longue série de batailles judiciaires. La garde des trois filles du couple a été confiée à l’appelante et un droit d’accès a été accordé à l’intimé, sous réserve de certaines restrictions imposées par la cour en raison de l’opposition de l’appelante aux activités religieuses de l’intimé avec les enfants. Celui-ci devait s’abstenir de discuter de la religion des Témoins de Jéhovah avec les enfants, de les amener à des offices religieux, à des visites de sollicitation ou à des réunions, ou de les mêler à des débats religieux avec des tierces personnes sans le consentement préalable de l’appelante. La religion organisée n’était pas importante pour l’appelante, même si elle voulait que ses enfants soient élevées dans la foi de l’Église unie.

Les deux aînées aimaient leur père mais elles se sont mises à détester son enseignement religieux au point

damaging his relationship with them and was contributing to the stress the children were experiencing in adjusting to their parents' separation.

The trial judge also made orders for the distribution of property and for costs. The respondent's interest in the matrimonial home was ordered transferred to the appellant because any remaining interest in the house, after respondent paid what was already owing to appellant, was to be transferred in the form of lump sum maintenance. Respondent was found responsible for debts incurred by the appellant for the support of herself and the children pending maintenance and for a debt made to a family corporation. Costs were awarded on a solicitor-client basis against respondent, his lawyer and a religious society not a party to the proceedings.

Respondent appealed. The Court of Appeal set aside the limitations on religious discussion and attendance, on the ground that it was in the best interests of the children that they come to know their non-custodial parent fully, including his religious beliefs, unless the evidence established the existence of or the potential for real harm or the child did not consent to being subject to the access parent's views or practices. The Court of Appeal also altered the division of property and the awards of costs made by the trial judge. Appellant appealed these rulings to this Court.

Four constitutional questions queried (1) whether ss. 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act* (requiring that judicial decisions regarding custody and access be made "in the best interests of the child") denied the *Charter* guarantees of freedom of religion, of expression and of association (s. 2(a), (b), and (d)), and if so, (2) were they justified under s. 1; (3) whether ss. 16(8) and 17(5) violated the equality guarantee of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (s. 15(1)), and (4) if so, were they justified under s. 1. The Court considered the requirements of the "best interests of the child" and whether this standard infringed the guarantees of freedom of religion and expression under the *Charter*. A main consideration was unrestricted access by a non-custodial parent and the conditions necessary to curtail that access.

que cela a altéré les relations qu'il avait avec elles et a contribué au stress que l'adaptation à la séparation de leurs parents leur a fait subir.

a Le juge de première instance a également rendu des ordonnances relatives à la répartition des biens et aux dépens. Elle a ordonné que les droits de l'intimé sur le foyer conjugal soient transférés à l'appelante parce que tous les droits résiduels sur la maison, après paiement par l'intimé de ce qu'il devait déjà à l'appelante, devaient être transférés sous forme de capital. L'intimé a été tenu responsable des dettes contractées par l'appelante pour subvenir à ses besoins et à ceux de ses enfants en attendant le versement d'une pension alimentaire et d'une dette contractée envers une société familiale. Les dépens comme entre procureur et client ont été accordés contre l'intimé, son avocat et une société religieuse qui n'avait pas été constituée partie à l'instance.

d L'intimé a interjeté appel. La Cour d'appel a annulé les restrictions visant les discussions religieuses et la participation à des activités religieuses pour le motif qu'il est dans l'intérêt des enfants d'apprendre à connaître pleinement celui de leurs parents qui n'en a pas la garde, ce qui comprend ses croyances religieuses, à moins que la preuve n'établisse l'existence ou la possibilité d'un préjudice réel pour l'enfant ou le non-consentement de celui-ci à être ainsi exposé aux opinions et aux pratiques du parent ayant le droit d'accès. La Cour d'appel a également modifié le partage des biens et les dépens ordonnés par le juge de première instance. L'appelante s'est pourvue de ces décisions devant notre Cour.

g Quatre questions constitutionnelles ont été soulevées, à savoir (1) si les par. 16(8) et 17(5) de la *Loi sur le divorce* (qui prévoient que les décisions judiciaires en matière de garde et de droit d'accès doivent «tenir compte de l'intérêt de l'enfant») portent atteinte aux libertés de religion, d'expression et d'association garanties par la *Charte* (al. 2a), b) et d)), et, dans l'affirmative, (2) s'ils sont justifiés par l'article premier; (3) si les par. 16(8) et 17(5) violent les garanties d'égalité énoncées dans la *Charte canadienne des droits et libertés* (par. 15(1)), et, dans l'affirmative, (4) s'ils sont justifiés par l'article premier. La Cour a examiné les exigences du critère de «l'intérêt de l'enfant» ainsi que la question de savoir si ce critère viole les libertés de religion et d'expression garanties par la *Charte*. Elle a aussi étudié l'élément important que constitue le droit d'accès sans restriction du parent qui n'a pas la garde et les conditions nécessaires pour restreindre ce droit d'accès.



*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting in the result):  
The appeal should be allowed in part.

The issues should be decided as follows:

1. The test regarding access is the best interests of the child (L'Heureux-Dubé J., La Forest and Gonthier JJ., and Iacobucci and Cory JJ.). McLachlin J. suggests that in cases such as this harm is usually an important element in determining the best interests of the child. Sopinka J. would recognize a threshold element of harm.

2. Sections 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act* do not violate ss. 2(a), (b), (d) or 15(1) of the *Charter*. L'Heureux-Dubé J. (and La Forest and Gonthier JJ.) found the *Charter* to be inapplicable. McLachlin J. found the impugned legislation did not violate the *Charter*. Cory and Iacobucci JJ. agreed that there was no *Charter* violation. Sopinka J. found that the *Charter* applied and could only be overridden in limited circumstances.

3. The restrictions on access should be removed (L'Heureux-Dubé J. and La Forest and Gonthier JJ. dissenting).

4. The judgment dealing with property and financial matters and the award of costs should be varied (L'Heureux-Dubé J. dissenting).

Best Interest of the Child, Charter Considerations and Access

*Per* L'Heureux-Dubé J.: The power of the custodial parent is not a "right" with independent value granted by courts for the benefit of the parent. Rather, the child has a right to a parent who will look after his or her best interests and the custodial parent a duty to ensure, protect and promote the child's best interests. That duty includes the sole and primary responsibility to oversee all aspects of day-to-day life and long-term well-being, as well as major decisions with respect to education, religion, health and well-being. The non-custodial parent retains certain residual rights over the child as one of his or her two natural guardians.

Child placement decisions should safeguard the child's need for continuity of relationships, reflect the

*Arrêt* (Le juge L'Heureux-Dubé est dissidente quant au résultat): Le pourvoi est accueilli en partie.

Les questions sont tranchées de la façon suivante:

1. Le critère relatif à l'accès est l'intérêt de l'enfant (le juge L'Heureux-Dubé, les juges La Forest et Gonthier et les juges Iacobucci et Cory). Selon le juge McLachlin, dans les cas comme la présente affaire, le préjudice est habituellement un élément important pour déterminer l'intérêt de l'enfant. Le juge Sopinka est d'avis de reconnaître un élément préliminaire de préjudice.

2. Les paragraphes 16(8) et 17(5) de la *Loi sur le divorce* ne portent pas atteinte aux al. 2a), b) ou d) ni au par. 15(1) de la *Charte*. Selon le juge L'Heureux-Dubé (et les juges La Forest et Gonthier) la *Charte* ne s'applique pas. Le juge McLachlin est d'avis que les dispositions législatives contestées ne violent pas la *Charte*. Les juges Cory et Iacobucci sont d'accord pour dire qu'il n'y a pas eu de violation de la *Charte*. Le juge Sopinka conclut que la *Charte* s'applique et que l'on ne peut y passer outre que dans des circonstances restreintes.

3. Il y a lieu d'abolir les restrictions à l'accès (le juge L'Heureux-Dubé et les juges La Forest et Gonthier sont dissidents).

4. Le jugement relatif aux biens et aux questions financières et à l'attribution des dépens doit être modifié (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente).

L'intérêt de l'enfant, les considérations relatives à la Charte et le droit d'accès

Le juge L'Heureux-Dubé: Le pouvoir du parent gardien n'est pas un «droit» qui a une valeur intrinsèque et que le tribunal accorde au parent pour son avantage. En fait, l'enfant a le droit d'avoir un parent qui voit à son intérêt et le parent gardien a l'obligation de garantir, de protéger et de favoriser le meilleur intérêt de l'enfant. Cette obligation suppose qu'il lui incombe, exclusivement et principalement, de surveiller tous les aspects de la vie quotidienne et du bien-être à long terme de l'enfant, et de prendre les décisions importantes relatives à son éducation, à sa religion, à sa santé et à son bien-être. Le parent qui n'a pas la garde conserve certains droits résiduels sur l'enfant, en tant que l'un de ses deux tuteurs naturels.

Les décisions relatives au placement de l'enfant doivent voir à satisfaire le besoin de continuité de la rela-

child's (not the adult's) sense of time, and take into account the law's inability to supervise interpersonal relationships and the limits of knowledge to make long-range predictions. This need for continuity generally requires that the custodial parent have the autonomy to raise the child as he or she sees fit without interference with that authority by the state or the non-custodial parent. A custody award is a matter of whose decisions to prefer, as opposed to which decisions to prefer. Courts cannot make the necessary day-to-day decisions which affect the best interests of the child. Once a court has determined who is the appropriate custodial parent, it must presume that that parent will act in the best interests of the child.

Decisions are made according to the best interests of the child without the benefit of a presumption in favour of either parent. The Act envisages contact between the child and each of his or her parents as a worthy goal which should be in the best interests of the child. Maximum contact, however, is not an unbridled objective and must be curtailed wherever the welfare of the child requires it.

The right to access is limited in scope and is conditioned and governed by the best interests of the child. The legislation makes it quite explicit that only the best interests of the child as it is comprehensively understood should be considered in custody and access orders. The role of the access parent is that of a very interested observer, giving love and support to the child in the background. He or she has the right to know but not the right to be consulted. Access rights recognize that the best interests of the child normally require that the relationship developed with both parents prior to the divorce or separation be continued and fostered. The right to access and the circumstances in which it takes place must be perceived from the vantage point of the child. Wherever the relationship to the non-custodial parent conflicts with the best interests of the child, the furtherance and protection of the child's best interests must take priority over the desires and interests of the parent.

As the ultimate goal of access is the continuation of a relationship which is of significance and support to the child, access must be crafted to preserve and promote that which is healthy and helpful in that relationship so that it may survive to achieve its purpose. Sources of ongoing conflict which threaten to damage or prevent the continuation of a meaningful relationship should be removed or mitigated. Notwithstanding a general con-

tion de l'enfant, refléter la notion du temps de l'enfant et non celle de l'adulte et tenir compte de l'incapacité pour le droit de surveiller les rapports interpersonnels et les limites de nos connaissances en ce qui a trait aux prédictions à long terme. Le besoin de continuité exige généralement que le parent gardien puisse élever l'enfant de façon autonome, sans ingérence de l'État ou du parent qui n'a pas la garde. En matière d'attribution de garde, il s'agit de déterminer à qui il est préférable de confier la prise de décisions et non pas quelles décisions sont préférables. Les tribunaux ne sont pas en mesure de prendre les décisions quotidiennes qui touchent l'intérêt de l'enfant. Une fois que le tribunal a déterminé à qui il convient de confier la garde, il doit présumer que le parent agira dans le meilleur intérêt de l'enfant.

Les tribunaux fondent leurs décisions sur le meilleur intérêt de l'enfant, sans faire jouer de présomption en faveur d'un parent. La Loi fait du maintien du contact entre l'enfant et chacun de ses parents un objectif louable qui doit favoriser le meilleur intérêt de l'enfant. Le contact maximum n'est toutefois pas un objectif absolu et il doit être limité chaque fois que le bien-être de l'enfant l'exige.

Le droit d'accès a une portée limitée et il est conditionné et régi par le meilleur intérêt de l'enfant. Il ressort très clairement des textes législatifs que les ordonnances de garde et d'accès doivent tenir compte uniquement du meilleur intérêt de l'enfant, pris au sens large. Le rôle du parent ayant un droit d'accès est celui d'un observateur très intéressé, donnant amour et appui à l'enfant dans l'ombre. Il a le droit de se faire donner des renseignements, mais non le droit d'être consulté. Les droits d'accès existent en reconnaissance du fait qu'il est normalement dans l'intérêt de l'enfant de poursuivre et de développer la relation qu'il a établie avec l'un et l'autre de ses parents avant le divorce ou la séparation. Le droit d'accès et les circonstances dans lesquelles il s'exerce doivent être envisagés du point de vue privilégié de l'enfant. Dès que la relation avec le parent qui n'a pas la garde entre en conflit avec le meilleur intérêt de l'enfant, la poursuite et la protection de cet intérêt doivent avoir préséance sur les désirs et l'intérêt du parent.

Le droit d'accès ayant comme objet ultime la poursuite d'une relation enrichissante pour l'enfant, l'accès doit être conçu de façon à préserver et à promouvoir les éléments sains et utiles de cette relation de façon à atteindre ce but. Il est par conséquent nécessaire d'éliminer ou d'atténuer les sources répétées de conflit susceptibles de nuire à une relation valable ou d'en empêcher la poursuite. Malgré les préoccupations générales

cern about the vulnerability of access rights to the caprices of a vengeful custodial parent, courts should not be too quick to presume that the access concerns of the custodial parent are unrelated to the best interests of the child. Courts should also not be blind to issues, such as financial support, which form part of the broader context in which these rights are exercised. The access parent has no obligation to exercise those rights and cannot be forced to comply with such an order even if that contact has been determined to be in the child's best interest.

Where there is a genuine problem with access, the non-custodial parent is not without recourse in any case. This stems from the statutory directive to facilitate access where it is in the child's best interests and the role of the judge as the arbiter of those interests in the case of a dispute between the parents. Generally, courts will grant liberal access to the non-custodial parent and usually this is consistent with the best interests of the child. Parents will also normally respect their children's wishes and best interests with regard to access. When disagreements between parents do reach the courts, the judge must always draw the line in favour of the best interests of the child, from a child-centred perspective.

The best interests of the child cannot be equated with the mere absence of harm: it encompasses a myriad of considerations. Courts must attempt to balance such considerations as the age, physical and emotional constitution and psychology of both the child and his or her parents and the particular milieu in which the child will live. One of the most significant factors in many cases will be the relationship that the child entertains with his or her parents. Since custody and access decisions are pre-eminently exercised in discretion, the wide latitude under the best interests test permits courts to respond to the spectrum of factors which can both positively and negatively affect a child. What may constitute stressful or damaging circumstances for one child may not necessarily have the same effect on another.

The most common presumption now governing the best interests test is the primary caregiver presumption. It explicitly restores the values of commitment and demonstrated ability to nurture the child and recognizes the obligations and supports the authority of the parent engaged in day to day tasks of childrearing.

The order of the trial judge is not subject to the *Charter*. Even if it were, the best interests test is nevertheless

sur la vulnérabilité des droits d'accès devant les caprices d'un parent gardien vengeur, les tribunaux ne devraient pas présumer trop rapidement que les craintes du parent chargé de la garde ne sont pas liées à l'intérêt de l'enfant. En outre, les tribunaux ne devraient pas fermer les yeux sur les questions, comme l'aide financière, qui forment le contexte global dans lequel s'exercent ces droits. Le parent à qui sont consentis des droits d'accès n'a aucune obligation d'exercer ces droits, et personne ne peut le forcer à se conformer à une telle ordonnance, même si l'on a jugé qu'il y allait de l'intérêt de l'enfant.

Lorsque l'accès pose un problème véritable, le parent privé de la garde n'est pas, de toute façon, sans recours. Cela ressort de la directive législative qui vise à faciliter l'accès lorsqu'il y va de l'intérêt de l'enfant et du rôle du juge en tant qu'arbitre de cet intérêt en cas de conflit entre les parents. De façon générale, les tribunaux accordent au parent non gardien de larges droits d'accès, ce qui est habituellement conforme à l'intérêt de l'enfant. Normalement, les parents respectent les désirs et l'intérêt de leurs enfants en la matière. Toutefois, lorsque des désaccords entre parents parviennent devant les tribunaux, le juge doit toujours tracer la ligne dans le meilleur intérêt de l'enfant et dans la perspective de l'enfant.

Le meilleur intérêt de l'enfant et la simple absence de préjudice ne sont pas des notions équivalentes. L'intérêt de l'enfant suppose une myriade de considérations. Les tribunaux doivent s'efforcer de pondérer des facteurs tels l'âge, l'état physique, affectif et psychologique, tant de l'enfant que de ses parents, et le milieu particulier dans lequel l'enfant vivra. L'un des facteurs les plus importants sera, dans de nombreux cas, la relation que l'enfant entretient avec ses parents. Puisque les décisions relatives à la garde et à l'accès relèvent principalement de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, la grande latitude que laisse le critère de l'intérêt permet aux tribunaux de tenir compte de toute la gamme des facteurs susceptibles d'avoir sur un enfant une influence à la fois positive et négative. Ce qui peut être cause de stress ou de préjudice pour un enfant ne l'est pas nécessairement pour l'autre.

La présomption la plus commune qui encadre maintenant le critère de l'intérêt de l'enfant est celle du principal pourvoyeur de soins. Elle rétablit explicitement les valeurs d'engagement et d'habileté démontrée à s'occuper de l'enfant et elle reconnaît les obligations et appuie l'autorité du parent qui s'occupe jour après jour de l'éducation de l'enfant.

L'ordonnance du juge de première instance n'est pas assujettie à la *Charte*. Même si elle l'était, le critère du

value neutral and does not, on its face, violate any *Charter* right. Its objective, the protection of a vulnerable segment of society, is completely consonant with the *Charter's* values. Broad judicial discretion is crucial to the proper implementation of the legislative objective of securing the best interests of the child. Such discretion in a legislative provision does not of itself give rise to an inference of *Charter* infringement. It cannot be considered in the absence of an examination of the legislative objectives and must be rationally tied to those objectives.

The standard for finding a legislative provision unconstitutional because of vagueness is high. The provisions need only permit the framing of an intelligible legal debate with respect to the objectives contained in the legislation. The best interests test is not so uncertain as to be incapable of guiding a consideration of the factors relevant to custody and access determinations. The fact that it must be applied to the facts of each case does not militate in favour of its unconstitutionality.

The vagueness of a legislative provision cannot be examined in the abstract but must be considered within the context of the particular legislative objectives in question, bearing in mind that some objectives will require a panoply of judicial remedies for their meaningful fulfilment. Among the factors with which courts should be concerned when the vagueness of a law is at issue are: (a) the need for flexibility and the interpretive role of the courts, (b) the impossibility of achieving absolute certainty, a standard of intelligibility being more appropriate and (c) the possibility that many varying judicial interpretations of a given disposition may exist and perhaps coexist.

The custodial parent need not show harm in order to restrict access to the children by the non-custodial parent. There is no rationale for defining the best interests of the child with the absence of harm. Nothing in the Act mandates or even suggests that "real danger of significant harm to the child" be the sole consideration in matters of custody and access. Indeed, the harm test would require courts to ignore the very factors which are set out in the Act and invert the basic focus of the inquiry into custody and access. The welfare of children is put at considerable risk if the prospect of harm becomes the sole prerequisite for restrictions on access. The best interests of the child is not simply the right to

meilleur intérêt de l'enfant a néanmoins une valeur neutre et il ne peut, en soi, violer un droit protégé par la *Charte*. Son objectif, la protection d'un segment vulnérable de la société, correspond tout à fait aux valeurs de la *Charte*. L'existence d'un large pouvoir discrétionnaire est essentielle à la mise en œuvre adéquate de l'objectif législatif de protéger l'intérêt de l'enfant. Le simple fait qu'une disposition législative confère ce pouvoir discrétionnaire ne suffit pas en soi à conclure qu'il y a atteinte à la *Charte*. On ne peut analyser le pouvoir discrétionnaire sans examiner les objectifs de la loi, et sa présence doit se rattacher rationnellement à ces objectifs.

Le seuil au-delà duquel il y a inconstitutionnalité pour imprécision d'une disposition législative est élevé. Les dispositions doivent uniquement permettre la tenue d'un débat judiciaire intelligible eu égard aux objectifs visés par la loi. Le critère de l'intérêt de l'enfant n'est pas à ce point incertain qu'il ne donne aucune indication susceptible d'éclairer l'examen des facteurs pertinents aux fins de la prise d'une décision en matière de garde et d'accès. La nécessité d'appliquer le critère aux faits particuliers de chaque espèce ne constitue pas un argument en faveur de son inconstitutionnalité.

L'imprécision d'une disposition législative ne peut s'apprécier dans l'abstrait, mais bien au regard des objectifs législatifs particuliers en cause, en tenant compte que, pour atteindre certains de ces objectifs, il faudra recourir à une panoplie de remèdes judiciaires. Au nombre des facteurs que les tribunaux devraient prendre en considération lorsqu'est soulevée la question de l'imprécision d'une règle de droit, figurent les suivants: a) la nécessité de la souplesse et le rôle des tribunaux en matière d'interprétation; b) l'impossibilité de la précision absolue, une norme d'intelligibilité étant préférable; c) la possibilité qu'une disposition donnée soit susceptible de nombreuses interprétations, qui peuvent même coexister.

Le parent gardien n'est pas tenu d'établir un préjudice caractérisé pour restreindre le droit d'accès du parent non gardien. Aucune justification ne définit l'intérêt de l'enfant comme une notion équivalente à l'absence de préjudice. Il n'y a rien dans la Loi qui oblige ou même propose que la présence d'un «danger réel de préjudice important pour l'enfant» soit l'unique facteur à prendre en considération en matière de garde et d'accès. Au contraire, l'adoption du critère du préjudice caractérisé exigerait que les tribunaux ne tiennent aucun compte des facteurs mêmes qui sont énumérés dans la Loi et déplacent le foyer central de l'analyse en matière de garde et d'accès. Le bien-être des enfants est gravement compro-

be free of demonstrable harm; it is the positive right to the best possible arrangements in the circumstances of the parties. The harm test cannot meet the legal system's primary goal in divorce situations — minimizing the adverse effects of children. This goal requires a vision of the best interests of the child that is more than neutral to the conditions under which custody and access occur. Judges must exercise their discretion to prevent harm to the child rather than merely identify or establish its presence after the damage is done.

Expert evidence should not be routinely required to establish the best interests of the child. Expert testimony, while helpful in some circumstances, is often inconclusive and contradictory because such assessments are both speculative and may be affected by the professional values and biases of the assessors themselves. Experts are not always better placed than parents to assess the needs of the child. The person involved in day to day care may observe changes in the child that could go unnoticed by anyone else and normally has the best vantage point from which to assess the interests of the child. The custodial parent, therefore, will often provide the most reliable and complete source of information to the judge on the needs and interests of that child. The importance of the evidence of children in custody and access disputes, too, must be emphasized.

Restrictions on access do not necessarily prevent children from coming to know their parents in meaningful ways. Interpreting the goal of maximum contact as requiring unrestricted access may defeat the Act's objective if the pre-eminence of unlimited "knowledge" results in the ultimate destruction of the relationship. In this case, the purpose of the restrictions was to ensure that the children will continue to know their father "at all".

Freedom of religion and freedom of expression are public in nature and encompass the freedom of the individual from state compulsion or restraints. The state's role in custody and access decisions does not transform the essentially private character of parent-child interchanges into activity subject to *Charter* scrutiny.

mis si la perspective d'un préjudice caractérisé devient le seul prérequis pour limiter le droit d'accès. L'intérêt de l'enfant n'est pas simplement le droit d'être à l'abri de tout préjudice manifeste. C'est le droit positif de bénéficier des meilleures dispositions possibles compte tenu de la situation des parties. Le critère du préjudice caractérisé ne permet pas d'atteindre l'objectif primordial du système juridique régissant le divorce, soit la minimisation des effets négatifs sur les enfants. Il faut, pour y parvenir, une vision de l'intérêt de l'enfant qui aille au-delà de la neutralité devant les conditions dans lesquelles s'effectuent la garde et l'accès. Les juges doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire dans le but de prévenir le préjudice, au lieu de se borner à simplement l'identifier ou à établir sa présence après que le dommage est fait.

Le recours à l'opinion d'experts pour établir l'intérêt de l'enfant ne devrait pas devenir une exigence courante. Les témoignages d'experts, bien qu'utiles dans certaines circonstances, sont souvent non déterminants et contradictoires étant donné le caractère spéculatif de ces expertises et la possibilité qu'elles soient influencées par les valeurs et les préjugés professionnels des experts eux-mêmes. Les experts ne sont pas toujours mieux placés que les parents pour évaluer les besoins de l'enfant. La personne qui s'occupe de l'entretien quotidien de l'enfant peut observer chez ce dernier des changements qui, aux yeux de toute autre personne, passeraient inaperçus et elle est normalement la mieux placée pour apprécier l'intérêt de l'enfant. Le parent gardien sera donc souvent la personne qui constituera, pour le juge, la source d'information la plus sûre et la plus complète sur les besoins et l'intérêt de cet enfant. Il importe de souligner également l'importance du témoignage des enfants dans les litiges concernant la garde et l'accès.

L'imposition de restrictions au droit d'accès n'empêche pas nécessairement les enfants d'acquérir une connaissance significative de leurs parents. Interpréter l'objectif du maximum de contact de manière à exiger un droit d'accès sans restrictions pourrait aller à l'encontre de l'objet de la Loi si la prééminence de la «connaissance» sans entrave aboutit à la destruction ultime de la relation. Dans la présente affaire, le but des restrictions était de veiller à ce que les enfants continuent «quand même» à connaître leur père.

Les libertés de religion et d'expression ont un caractère public et elles englobent la liberté de l'individu contre la coercition ou les contraintes de l'État. Le fait que l'État joue un rôle dans les décisions relatives à la garde et à l'accès en encadrant l'interaction parent-enfant ne transforme pas le caractère essentiellement privé de ces

Legitimate questions may arise about the role of the state, and hence the application of the *Charter* in regulating other aspects of family law. A valid purpose can hardly be served, however, by importing the discourse of freedom of expression and religion into orders made in the resolution of custody and access disputes. Once the best interests test itself has been found to accord with *Charter* values, the trial judge's order itself is not subject to further constitutional review, as the necessary state infringement of religious rights required to sustain a *Charter* challenge is not present. The principles enunciated in *Dolphin Delivery* apply as custody and access matters are essentially private in nature and there exists no state action to be impugned.

Decisions regarding custody and access must not be based on the parents' faith. The religion of the parties, however, may be relevant as one of the circumstances to be assessed in the determination of the best interests of the child. Where there is conflict over religion, the court is not engaged in adjudicating a "war of religion" and the religious beliefs of the parties themselves are not on trial. Rather, it is the manner in which such beliefs are practised together with the impact and effect they have on the child which must be considered. In all cases where the effects of religious practices are at issue, the best interests of the child must prevail.

Ordinarily, the exposure of a child to different religions or beliefs may be of value to the child. Where religion becomes a source of conflict between the parents or is the very cause of the marriage breakdown, it is generally not in the best interests of the child and may in some circumstances be very detrimental for the child to be drawn into the controversy over religious matters. Where there is conflict over religion, courts must secure the longstanding authority of the custodial parent to make decisions over religious activities. This ensures that stress occasioned by such issues does not become a continuing and ultimately destructive feature in the life of the child after divorce.

Freedom of religion is not an absolute value. Here, powerful competing interests must also be recognized, not the least of which, in addition to the best interests of the children, are the freedoms of expression and religion of the children themselves.

échanges en une activité susceptible d'être soumise à l'examen de la *Charte*. Des questions peuvent légitimement se poser à propos du rôle de l'État, et donc de l'application de la *Charte*, dans la réglementation d'autres aspects du droit de la famille. Il est toutefois difficile d'imaginer à quel objet valide il servirait d'appliquer le discours de la liberté de religion et d'expression aux ordonnances rendues dans le règlement des litiges entourant la garde et l'accès. Une fois confirmée la compatibilité du critère de l'intérêt de l'enfant avec les valeurs consacrées par la *Charte*, l'ordonnance du juge de première instance échappe elle-même à tout autre contrôle constitutionnel puisque l'atteinte étatique aux droits religieux, condition préalable à une attaque fondée sur la *Charte*, n'existe plus. Les principes énoncés dans l'arrêt *Dolphin Delivery* s'appliquent étant donné que les questions de garde et d'accès sont de nature essentiellement privée et que l'État n'a pris aucune mesure susceptible d'être attaquée.

Les décisions relatives à la garde et à l'accès ne doivent pas être fondées sur la foi des parents. Toutefois, la religion des parties peut être pertinente, en ce sens qu'elle peut constituer l'une des circonstances à prendre en considération aux fins de la détermination de l'intérêt de l'enfant. Dans les cas où la religion est l'objet d'un conflit, le tribunal n'est pas appelé à trancher une «guerre de religion» et les convictions religieuses des parties elles-mêmes ne sont pas en cause. C'est plutôt la façon dont ces convictions sont mises en pratique ainsi que les répercussions qu'elles ont sur l'enfant qui doivent être examinées. Dans tous les cas où les effets de pratiques religieuses sont en litige, l'intérêt de l'enfant doit prévaloir.

Habituellement, exposer un enfant à différentes religions ou croyances peut lui être bénéfique. Lorsque la religion devient source de conflit entre les parents ou est la cause même de l'échec du mariage, il n'est généralement pas dans l'intérêt de l'enfant et il peut même, dans certaines circonstances, lui être très préjudiciable, d'être entraîné dans la controverse. Lorsqu'il existe un conflit à ce sujet, les tribunaux doivent préserver l'autorité bien établie du parent gardien quant aux décisions à l'égard des activités religieuses, de sorte que le stress qu'engendrent de telles questions ne devienne pas un élément permanent et potentiellement destructeur dans la vie de l'enfant après le divorce.

La liberté de religion n'est pas une valeur absolue. En l'espèce, il y a d'autres intérêts concurrents puissants qu'il faut reconnaître, dont les moindres ne sont pas, outre l'intérêt des enfants, les libertés d'expression et de religion des enfants elles-mêmes.

Respondent's religious beliefs and practices and his general rights of access were not threatened. The restrictions were aimed at reducing the area of conflict which had arisen on account of the respondent's behaviour with his children during access and the effects of that behaviour on their best interests. Much of the stress the children were experiencing was related to their resistance to becoming involved in their father's religious practices. The restrictions were to further the best interests of these children by removing the source of conflict, particularly as the ultimate purpose of the restrictions was to preserve the relationship between the respondent and his children. Evidence supported the conclusion that the respondent would not respect the wishes of the children without an order to do so.

*Per La Forest and Gonthier JJ.:* Agreement was expressed for the reasons of L'Heureux-Dubé J. holding that access be determined on the basis of what is in the best interests of the child and for her resolution of the constitutional issue.

*Per Iacobucci and Cory JJ.:* The best interests of the child standard does not violate in ss. 2(a), (b), (d) and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* substantially for the reasons given by L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. No opinion was expressed on the questions of whether a *Charter* infringement, if found, would be so trivial as not to warrant *Charter* protection and of whether or not the *Charter* applies to judicial orders made in custody or access proceedings.

For many of the reasons advanced by L'Heureux-Dubé J., access to children should be determined on the basis of what is in the best interests of the child. Expert evidence, while sometimes helpful, is not always necessary to establish the best interests of the child; that question can be determined normally from the evidence of parties themselves and the testimony, where appropriate, of the children concerned.

The matters of the children's attending religious services with the respondent and accompanying him on his proselytizing activities were resolved by the respondent's undertaking to respect his children's wishes in this regard. The order forbidding the respondent from discussing his religion was not supported by a proper application of the best interests of the child test. Indeed, curtailment of explanatory or discursive conversations

Les croyances et pratiques religieuses de l'intimé et ses droits d'accès n'étaient pas généralement menacés. Les restrictions visaient plutôt à atténuer le conflit qu'avait engendré la conduite de l'intimé avec les enfants lors de l'exercice de son droit d'accès et l'incidence de ses pratiques sur l'intérêt des enfants. Le stress subi par ces dernières était en grande partie dû à la résistance qu'elles opposaient aux pratiques religieuses auxquelles leur père voulait les associer. Il était dans l'intérêt des enfants d'éliminer la source de conflit, compte tenu, en particulier, du fait que l'objectif ultime des restrictions était de préserver les liens entre l'intimé et ses enfants. Des éléments de preuve permettaient de conclure que l'intimé ne respecterait pas les désirs des enfants sans qu'une ordonnance soit prononcée à cette fin.

*Les juges La Forest et Gonthier:* L'opinion du juge L'Heureux-Dubé est acceptée quant à la conclusion que la question du droit d'accès doit être tranchée en fonction de l'intérêt de l'enfant et quant à la conclusion sur la question constitutionnelle.

*Les juges Iacobucci et Cory:* La norme de l'intérêt de l'enfant ne viole ni les al. 2a), b) et d) ni l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en grande partie pour les motifs exposés par les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin. Aucune opinion n'est exprimée quant à savoir, dans l'éventualité où l'on conclurait à une violation de la *Charte*, si une telle violation serait banale au point de ne pas mériter la protection de la *Charte* et si la *Charte* s'applique à des ordonnances judiciaires rendues dans des procédures de garde ou d'accès.

Pour la plupart des motifs qu'expose le juge L'Heureux-Dubé, la question de l'accès auprès des enfants devrait être tranchée sur le fondement de l'intérêt de l'enfant. Bien que parfois utile, la preuve d'expert n'est pas toujours nécessaire pour établir l'intérêt de l'enfant. Normalement, cette question peut être tranchée à partir des éléments de preuve présentés par les parties elles-mêmes et, lorsque cela est approprié, du témoignage des enfants concernés.

Les questions de l'assistance des enfants à des offices religieux avec l'intimé et de leur participation à ses visites de prosélytisme ont été réglées par l'engagement de l'intimé à respecter les désirs de ses enfants à cet égard. L'ordonnance qui interdit à l'intimé de discuter de sa religion n'est pas justifiée par une bonne application de la norme de l'intérêt de l'enfant. À vrai dire, la restriction de conversations ou d'échanges explicatifs ou

between a parent and his or her child should only be rarely ordered.

*Per McLachlin J.:* The *Divorce Act* mandates that, on matters of access, the ultimate test in all cases is the best interest of the child. This is a positive test, encompassing a wide variety of factors, including the desirability of maximizing contact between the child and each parent if compatible with the best interests of the child. The custodial parent has no "right" to limit access. The judge must consider all factors relevant to determining what is in the child's best interests. The risk of harm to the child, while not the ultimate legal test, may also be a factor to be considered. This is particularly so where the issue is the quality of access — what the access parent may say or do with the child. In such cases, it will generally be relevant to consider whether the conduct in question poses a risk of harm to the child which outweighs the benefits of a free and open relationship which permits the child to know the access parent as he or she is. The judge must act not on his or her personal views but on the evidence.

The legislative provision for the "best interests of the child" does not limit and therefore does not violate the *Charter* right to religious and expressive freedom. Religious expression not in the best interests of the child is not protected by the *Charter* because the guarantee of freedom of religion is not absolute and does not extend to religious activity which harms or interferes with the parallel rights of other people. Conduct not in the best interests of the child, even absent the risk of harm, amounts to an "injury" or intrusion on the rights of others and is clearly not protected by this *Charter* guarantee. "Injure" in this context is a broad concept. To deprive a child of what a court has found to be in his or her best interests is to "injure", in the sense of not doing what is best for the child. A child's vulnerability heightens the need for protection and any error should be made in favour of the child's best interests and not in favour of the exercise of the alleged parental right. An additional factor which may come into play in the case of older children is the "parallel right" of others to hold and manifest beliefs and opinions of their own.

The ambit of freedom of expression is broader than that of freedom of conscience and religion because even harmful expression may be protected. Some forms of harmful expression, however, are not constitutionally protected: violence or threats of violence or a direct attack on the physical integrity and liberty of another. Criminal conduct is an indication, although not a con-

informels entre un parent et son enfant devrait être rarement ordonnée.

*Le juge McLachlin:* En matière de droit d'accès, la *Loi sur le divorce* exige que, dans tous les cas, le critère ultime soit l'intérêt de l'enfant. Il s'agit d'un critère positif, qui se décompose en une grande variété de facteurs, dont l'opportunité de maximiser les contacts entre l'enfant et chacun de ses parents si cela est compatible avec l'intérêt de l'enfant. Le parent gardien n'a aucun «droit» de limiter l'accès. Pour déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, le juge doit prendre en considération tous les facteurs pertinents. Bien que le risque de préjudice ne soit pas le critère juridique ultime, il peut aussi s'agir d'un facteur à considérer. Cela est particulièrement vrai lorsque le litige porte sur la qualité de l'accès — ce que le parent peut faire avec l'enfant ou lui dire. En pareil cas, il sera généralement pertinent de voir si la conduite en cause comporte pour l'enfant un risque de préjudice supérieur aux effets bénéfiques que pourrait lui apporter une relation libre et ouverte lui permettant de connaître la personnalité véritable du parent exerçant un droit d'accès. Le juge ne doit pas fonder son jugement sur ses opinions personnelles, mais sur la preuve.

La disposition législative privilégiant «l'intérêt de l'enfant» ne limite pas et par conséquent ne viole pas les libertés de religion et d'expression. L'expression religieuse qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant n'est pas protégée par la *Charte* parce que la liberté de religion n'est pas absolue et ne s'étend pas à une activité qui porte atteinte aux propres droits d'autrui. La conduite qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant, même en l'absence de risque de préjudice, équivaut à une «lésion» des droits d'autrui ou à une intrusion dans ces droits et n'est évidemment pas protégée par cette garantie offerte par la *Charte*. Dans ce contexte, la «lésion» est une notion large. Priver un enfant de ce que le tribunal a jugé être dans son intérêt équivaut à le «lésé», au sens où on ne fait pas ce qui est le mieux pour lui. La vulnérabilité de l'enfant renforce le besoin de protection, et toute erreur qui peut intervenir doit favoriser l'intérêt de l'enfant et non l'exercice du droit parental allégué. Pour les enfants plus âgés, un facteur additionnel pourra jouer, soit le «propre droit» des autres d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles.

La portée de la liberté d'expression est plus large que celle de la liberté de conscience et de religion parce que même l'expression préjudiciable peut être protégée. Certaines formes d'expressions préjudiciables ne sont toutefois pas protégées par la Constitution, telles la violence ou les menaces de violence, ou les atteintes directes à l'intégrité et à la liberté physiques d'une autre



clusive one, that expressive conduct is constitutionally unprotected.

A *prima facie* case for protection under the guarantee of freedom of expression can be made out here. The expression challenged does not take the form of the non-protected categories of expression. The harm done, if any, is of a psychological nature.

A purposive approach to *Charter* interpretation requires that associated rights — religious freedom and freedom of expression — be interpreted in a consistent and coherent manner. The ambit of a particular right or freedom, moreover, cannot be defined in the abstract but rather should be defined in the context of the particular activity in question.

The teaching of religious beliefs and practices to one's children, while it has an expressive aspect, is predominantly religious. In seeking to reconcile the rights of freedom of religion and freedom of expression in this context, it is the religious aspect which must dominate. Reading the two guarantees together, the limits of the guarantee of freedom of expression should govern in the context of religious instruction of children.

The custodial parent does not have the "right" to determine limits on access. The only question to be considered, where limitation of access is in issue, is what is in the best interests of the child. The custodial parent's obligation to make certain basic decisions as to how the child is educated (which may extend to religious matters) does not automatically mean that religious contacts with the access parent of a different faith are to be excluded. The failure of the child to consent to instruction on the part of the access parent does not necessarily preclude such instruction's being in the child's best interests.

The benefits which might enure to the children from coming to know their father as he was — as a devoutly religious man devoted to the Jehovah's Witness faith — were not considered at trial and no reference was made to Parliament's instruction that a child have as much contact with both parents as is compatible with his or her best interests. The question of whether there was any evidence of a risk of harm to the children which might offset the benefit of full access to their father's values, including those related to religion, was not adequately considered. While access may be limited in some circumstances on grounds unrelated to harm, where the

personne. La conduite criminelle est une indication, bien qu'elle ne soit pas déterminante, que l'expression manifestée par la conduite n'est pas protégée par la Constitution.

Une preuve *prima facie* de protection de la liberté d'expression peut être établie en l'espèce. L'expression contestée en l'espèce ne prend pas la forme des catégories d'expression non protégées. Le préjudice, si préjudice il y a, est de nature psychologique.

L'interprétation de la *Charte* fondée sur l'objet exige que les droits qui sont liés — en l'occurrence la liberté de religion et la liberté d'expression — reçoivent une interprétation compatible et cohérente. En outre, la portée d'une liberté ou d'un droit particuliers ne peut être définie dans l'abstrait, mais bien en fonction du contexte de l'activité particulière en cause.

L'enseignement de croyances et de pratiques religieuses à ses enfants comporte certes un aspect expressif, mais son caractère religieux prédomine. Si l'on veut concilier les droits à la liberté de religion et à la liberté d'expression dans ce contexte, c'est l'aspect religieux qui doit l'emporter. Les deux garanties combinées, les limites apportées à la garantie de liberté d'expression devraient s'appliquer en matière d'éducation religieuse des enfants.

Le parent gardien n'a pas le «droit» d'apporter des restrictions au droit d'accès. La seule question qu'il faut prendre en considération lorsqu'il s'agit de restrictions au droit d'accès est l'intérêt de l'enfant. Le parent gardien a l'obligation de prendre certaines décisions fondamentales en matière d'éducation (susceptibles de toucher à des questions religieuses), mais cela ne signifie pas nécessairement l'exclusion des contacts à caractère religieux entre l'enfant et l'autre parent de confession différente. Le non-consentement de l'enfant à l'enseignement que lui prodigue le parent qui y a accès n'empêche pas nécessairement que cet enseignement soit dans son intérêt.

En première instance, on n'a pas pris en considération l'avantage que les enfants pourraient avoir à connaître leur père tel qu'il est, savoir un homme profondément religieux attaché à la foi des Témoins de Jéhovah, et on n'a fait aucun renvoi à la directive du législateur que l'enfant doit avoir avec chacun de ses parents le plus de contact compatible avec son propre intérêt. La question de savoir s'il y avait une preuve quelconque d'un risque de préjudice susceptible d'annihiler l'avantage pour les enfants d'avoir pleinement accès aux valeurs de leur père, dont ses valeurs religieuses, n'a pas été examinée adéquatement. Certes, dans certaines circonstances, le

issue is whether entirely lawful discussions and activities between the access parent and the child should be curtailed, the judge should enquire into whether the conduct poses a risk of harming the child. The evidence did not establish that harm was being caused to the children.

The order restricting respondent's access was unnecessary given his undertaking and the order enjoining him from preventing blood transfusions was unnecessary from a practical point of view. Parents should not make disparaging comments about the other parent's religion, but the matter might best be left to the parents' good sense.

*Per Sopinka J.:* While the "best interests of the child" test is the ultimate determination in deciding issues of custody and access, it must be reconciled with the *Charter*. General language in a statute which, in its breadth, potentially confers the power to override *Charter* values must be interpreted to respect those values. Here, the best interests test must be interpreted to allow the *Charter* right to freedom of religious expression to be overridden only if its exercise would occasion consequences that involve more than inconvenience, upset or disruption to the child and incidentally to the custodial parent.

The long-term value to a child of a meaningful relationship with both parents is a policy that is affirmed in the *Divorce Act*. Each parent, therefore, can engage in those activities which contribute to identify the parent for what he or she really is. The access parent is not expected to act out a part or assume a phony lifestyle during access periods. The policy favouring activities that promote a meaningful relationship is not displaced unless there is a substantial risk of harm to the child.

The best interests of a child are more aptly served by a law which recognizes the right of that child to a meaningful post-divorce relationship with both parents. The "rights" must be distributed between the custodial and the access parent so as to encourage such a relationship. The traditional notion of guardianship giving the custodial parent the absolute right to exercise full control over the child, even when the other parent is exercising his or her right of access, is at odds with this concept.

"Harm", in this context, connotes an adverse effect on the child's upbringing that is more than transitory. The impugned exercise by the access parent must be shown

droit d'accès peut être limité pour des motifs autres que le préjudice; dans les cas toutefois où la question porte sur l'opportunité de restreindre des discussions et des activités entièrement licites entre le parent ayant le droit d'accès et l'enfant, il incombe au juge de vérifier si la conduite fait courir à l'enfant le risque de subir un préjudice. Il n'a pas été établi en preuve que les enfants subissaient un préjudice.

L'ordonnance limitant le droit d'accès de l'intimé n'était pas nécessaire vu son engagement et l'ordonnance lui enjoignant de ne pas s'opposer à des transfusions sanguines était inutile en pratique. Les parents devraient s'abstenir de dénigrer la religion de l'autre, mais il pourrait être préférable de laisser la question à leur bon jugement.

*Le juge Sopinka:* Bien que le critère ultime dans les questions de garde et d'accès soit celui de «l'intérêt de l'enfant», celui-ci doit être conforme à la *Charte*. Un texte général dans une loi qui, par sa portée, est susceptible de conférer le pouvoir de ne pas tenir compte de valeurs protégées par la *Charte* doit être interprété de manière à respecter ces valeurs. En l'espèce, l'interprétation du critère de l'intérêt doit permettre que la liberté d'expression religieuse garantie par la *Charte* ne soit écartée que si son exercice est susceptible d'entraîner des conséquences qui occasionnent plus que des inconvénients, des changements et des perturbations à l'enfant et, indirectement, au parent qui en a la garde.

La valeur à long terme que représente pour un enfant une relation valable avec ses parents est un principe confirmé par la *Loi sur le divorce*. Il en découle que chaque parent doit pouvoir exercer les activités qui contribuent à l'identifier tel qu'il est vraiment. Le parent ayant le droit d'accès ne doit pas jouer un rôle ou adopter un faux mode de vie pendant les périodes d'accès. Le principe qui encourage les activités susceptibles d'entraîner une relation valable n'est pas écarté à moins qu'il n'y ait un risque important de préjudice pour l'enfant.

L'intérêt de l'enfant est mieux servi par une règle qui reconnaît son droit d'avoir, après le divorce, une relation valable avec ses deux parents. Le partage des «droits» entre le parent qui a la garde et celui qui a le droit d'accès doit être tel qu'il encourage cette relation. Cette interprétation est incompatible avec la pure notion traditionnelle en vertu de laquelle le parent ayant la garde jouit d'un contrôle absolu sur l'enfant, même lorsque l'autre parent exerce son droit d'accès.

Le terme «préjudice», dans ce contexte, sous-entend un effet néfaste sur la manière d'élever l'enfant qui est plus que transitoire. Il faut démontrer que l'activité con-

to create a substantial risk that the child's physical, psychological or moral well-being will be adversely affected. Exposure to new experiences and ideas may upset children and cause them considerable discomfort but these experiences are not necessarily in the long-term best interests of the child. Similarly, conflict between parents on many matters including religion is not uncommon, but in itself cannot be assumed to be harmful unless it produces a prolonged acrimonious atmosphere.

Risk of substantial harm must be shown if religious expression is to be restricted in applying the best interests of the child test. The statutory test in s. 16(10) of the *Divorce Act* does not constitute a limitation on freedom of religious expression. This freedom does not extend to protect conduct which is harmful to others. However, the concept of harm should not be expanded to reach the conclusion that anything which is not in the best interests of the children is injurious within the meaning of s. 2(b) and thus not protected by the *Charter*.

#### Financial Considerations and Costs

*Per McLachlin J.:* A judge, to fix lump sum maintenance, must fix it in a sum certain with reference to the principles applicable to such an award. The goal of conveying the entire interest in the matrimonial home to the wife did not support an award of lump sum maintenance; more was required. There was ample basis here for an order under s. 51 of the *Family Relations Act* awarding appellant a greater portion of the family assets because respondent, for a considerable time, paid little or nothing for the support of the family. The debts incurred during this period can serve as a consideration supporting reduction of respondent's interest in the family property. The equity in the home was not substantial and respondent was permitted to retain other assets.

The trial judge, in effecting a *de facto* reapportionment of the interest in the family assets to do justice, as was permitted on the facts and the law, did not expressly allude to the factors for reallocation. This omission should not result in a new trial being ordered because of the length and cost of the current litigation. The result achieved by the trial judge should be endorsed because the evidence was capable of supporting an order for reallocation of the parties' interest in the family assets to

testée exercée par le parent ayant le droit d'accès entraîne un risque important que le bien-être physique, psychologique ou moral de l'enfant subisse un effet néfaste. Le fait d'exposer un enfant à de nouvelles expériences et à de nouvelles idées peut le déranger et lui causer un désagrément considérable. Cela ne veut pas dire toutefois que ces expériences ne sont pas, à long terme, dans l'intérêt de l'enfant. De même, un conflit entre les parents sur un grand nombre de questions, dont la religion, n'est pas inhabituel, mais en soi, il ne peut être présumé préjudiciable à moins qu'il ne crée un climat d'acrimonie prolongé.

Lorsqu'on applique le critère de l'intérêt de l'enfant pour restreindre l'expression religieuse, il faut démontrer l'existence du risque de préjudice grave. Le critère prévu au par. 16(10) de la *Loi sur le divorce* ne constitue pas une limite à la liberté d'expression religieuse. Cette liberté ne peut être invoquée pour protéger une conduite qui est préjudiciable pour les autres. Toutefois, il ne convient pas d'élargir le concept du préjudice pour arriver à la conclusion que tout ce qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant est préjudiciable au sens de l'al. 2b) et n'est donc pas protégé par la *Charte*.

#### Questions financières et dépenses

*Le juge McLachlin:* Le juge qui veut octroyer une prestation sous forme de capital doit en fixer la somme en conformité avec les principes applicables en la matière. L'objectif de parvenir à transférer à l'épouse tous les droits sur le domicile conjugal ne suffit pas à justifier l'octroi d'une telle prestation; il en faut davantage. En l'espèce, une ordonnance en vertu de l'art. 51 de la *Family Relations Act*, octroyant à l'appelante une partie plus grande des biens familiaux était amplement justifiée compte tenu que, pendant une très longue période, l'intimé n'avait contribué que peu, sinon pas du tout, à l'entretien de sa famille. Les dettes contractées pendant cette période peuvent constituer un élément justifiant la réduction des droits de l'intimé sur les biens familiaux. La maison n'avait pas une grande valeur nette et l'intimé a été autorisé à garder d'autres biens.

Le juge de première instance, en effectuant une nouvelle répartition *de facto* des biens familiaux dans l'intérêt de la justice, comme le permettaient les faits et le droit, n'a pas expressément évoqué les facteurs sur lesquels se fondait cette répartition. Cette omission ne devrait pas être un motif suffisant pour ordonner un nouveau procès, étant donné la durée et le coût du présent litige. Il y aurait lieu de confirmer le résultat auquel est arrivé le juge de première instance au motif que la

the extent required to give the appellant the entire interest in the matrimonial home.

The money owed by the family's jewelry corporation was not, in law, a debt for which respondent was personally liable. Only the corporation was liable. The debt appellant incurred to support herself and the children before she applied for maintenance is similarly unenforceable against respondent as a debt, although it could be taken into consideration in an order for reduction of his interest in the family assets.

Solicitor-client costs are generally awarded only where there has been reprehensible, scandalous or outrageous conduct on the part of one of the parties. The facts that an application has little merit and that part of the cost of the litigation may have been paid for by others do not justify awarding solicitor-client costs.

No order for costs should have been made against respondent's barrister. Costs are awarded as compensation for the successful party, not to punish a lawyer. Any member of the legal profession might be subject to a compensatory order for costs if it is shown that repetitive and irrelevant material, and excessive motions and applications, characterized the proceedings in which he or she was involved, and that the lawyer acted in bad faith in encouraging this abuse and delay. The courts have jurisdiction to make such an award, often under statute and as part of their inherent jurisdiction to control abuse of process and contempt of court. The proceedings here, despite their length and acrimonious progress, did not fall within these characterizations. Courts, moreover, must be extremely cautious in awarding costs personally against a lawyer, given the duties upon a lawyer to guard confidentiality of instructions and to bring forward with courage even unpopular causes. A lawyer should not be placed in a situation where his or her fear of an adverse order of costs may conflict with these fundamental duties of his or her profession.

Since the Society did not appear as a party, the costs awarded against it must be taken to be the equivalent of an award for the tort of maintenance. A person must intervene "officially or improperly" to be liable for the tort of maintenance. Provision of financial assistance to a litigant by a non-party will not always constitute maintenance. Funding by a relative or out of charity must be distinguished from cases where a person wilfully and

preuve peut justifier qu'elle ait décrété un nouveau partage des droits des parties dans les biens familiaux de façon à accorder à l'appelante l'entière propriété du foyer conjugal.

La somme due par la compagnie familiale de joaillerie n'était pas, en droit, une dette dont l'intimé était personnellement responsable. C'est la compagnie seule qui en est responsable. Il n'est pas non plus possible d'imputer à l'intimé la dette qu'a contractée l'appelante pour subvenir à ses besoins et à ceux de ses enfants avant de faire une demande de pension, bien qu'on puisse en tenir compte pour réduire les intérêts de l'intimé dans les biens familiaux.

Les dépens comme entre procureur et client ne sont généralement accordés que s'il y a eu conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante d'une des parties. Le peu de fondement d'une demande et le fait qu'une partie des frais soit payée par des tiers ne constituent pas des raisons d'accorder les dépens sur cette base.

L'avocat de l'intimé n'aurait pas dû être condamné aux dépens. Les dépens sont accordés en vue d'indemniser la partie ayant gain de cause, et non de punir un avocat. Tout membre de la profession juridique peut faire l'objet d'une ordonnance compensatoire pour les dépens s'il est établi que les procédures dans lesquelles il a agi ont été marquées par la production de documents répétitifs et non pertinents, de requêtes et de motions excessives, et que l'avocat a agi de mauvaise foi en encourageant ces abus et ces délais. Les tribunaux ont compétence en la matière, souvent en vertu d'une loi et en vertu de leur pouvoir inhérent de réprimer l'abus de procédures et l'outrage au tribunal. En dépit de sa longueur et de son climat acrimonieux, la présente instance n'a pas été marquée par ce genre de faute. De plus, les tribunaux doivent faire montre de la plus grande prudence en condamnant personnellement un avocat aux dépens, vu l'obligation qui lui incombe de préserver la confidentialité de son mandat et de défendre avec courage même des causes impopulaires. Un avocat ne devrait pas être placé dans une situation où la peur d'être condamné aux dépens pourrait l'empêcher de remplir les devoirs fondamentaux de sa charge.

La Société n'ayant pas été constituée partie, il faut présumer que les dépens qui lui ont été imposés sont l'équivalent d'une indemnité accordée pour soutien délictueux. Pour qu'il y ait soutien délictueux, il faut qu'il y ait intervention «officielle ou illégitime». L'aide financière que fournit un justiciable sans être l'une des parties ne constituera pas toujours un soutien délictueux. On doit distinguer, à cet égard, les cas du parent qui

improperly stirs up litigation and strife. The society's support was "out of charity and religious sympathy" and so did not constitute maintenance. It did not put forward respondent in an attempt to escape liability for costs. Its interest in the constitutional issue was insufficient to distinguish it from interveners who appear on constitutional cases and who have never been liable for costs.

*Per La Forest and Gonthier JJ.:* The reasons of McLachlin J. were agreed with on the property and monetary issues and on the principles governing costs.

*Per Iacobucci and Cory JJ.:* The reasons of McLachlin J. were agreed with on the property, monetary and costs issues.

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting):* The reasons of the trial judge on the issues of maintenance, division of property and costs were agreed with.

#### Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

**Distinguished:** *Hockey v. Hockey* (1989), 21 R.F.L. (3d) 105; referred to: *Anson v. Anson* (1987), 10 B.C.L.R. (2d) 357; *Andrews v. Andrews*, B.C.S.C., June 9, 1983, unreported; *Brown v. Brown* (1983), 39 R.F.L. (2d) 396; *DeLaurier v. Jackson*, [1934] S.C.R. 149; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *In re Agar-Ellis*, [1883] Ch. D. 317; *R. v. De Manneville* (1804), 5 East. 221, 102 E.R. 1054; *Re Orr*, [1933] O.R. 212; *Talsky v. Talsky*, [1976] 2 S.C.R. 292; *Re Moores and Feldstein*, [1973] 3 O.R. 921; *Kruger v. Kruger* (1979), 25 O.R. (2d) 673; *Baker v. Baker* (1979), 8 R.F.L. (2d) 236; *C.(G.) v. V.-F.(T.)*, [1987] 2 S.C.R. 244; *Dussault v. Ladouceur* (1987), 14 R.F.L. (3d) 185; *Gunn v. Gunn* (1975), 24 R.F.L. 182; *Benoit v. Benoit* (1972), 6 R.F.L. 180 (Ont. Prov. Ct.), rev'd (1972), 10 R.F.L. 282 (Ont. C.A.); *Charlton v. Charlton* (1980), 15 R.F.L. (2d) 220; *Hewer v. Bryant*, [1970] 1 Q.B. 357; *Clarke v. Clarke* (1987), 7 R.F.L. (3d) 176; *McCahill v. Robertson* (1974), 17 R.F.L. 23; *Fougere v. Fougere* (1987), 77 N.B.R. (2d) 381; *Dipper v. Dipper*, [1980] 2 All E.R. 722; *Keyes v. Gordon* (1985), 45 R.F.L. (2d) 177; *Droit de la famille — 316*, [1986] R.D.F. 651; *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813; *Pierce v. Pierce*, [1977] 5 W.W.R. 572; *Gubody v. Gubody*, [1955] O.W.N. 548; *Sudeyko v. Sudeyko* (1974), 18 R.F.L. 273; *Frame v. Smith*, [1987]

apporte des fonds ou de celui qui agit dans un but charitable du cas de la personne qui, volontairement et de façon illégitime, attise les litiges et les querelles. L'appui de la société s'inspirait de «considérations charitables et religieuses» et ne constituait pas un soutien délictueux. Elle n'a pas agi au nom de l'intimé en vue d'esquiver sa responsabilité au chapitre des dépens. L'intérêt qu'avait la société à cet égard ne suffit pas à la distinguer des intervenants qui comparaissent dans des affaires constitutionnelles et qui n'ont jamais été tenus aux dépens.

*Les juges La Forest et Gonthier:* Les motifs du juge McLachlin sont acceptés pour ce qui est des questions relatives aux biens et à l'argent et des principes régissant les dépens.

*Les juges Iacobucci et Cory:* Les motifs du juge McLachlin sont acceptés pour ce qui est des questions relatives aux biens, à l'argent et aux dépens.

*Le juge L'Heureux-Dubé (dissident):* Les motifs du juge de première instance sont acceptés pour ce qui est des questions relatives à l'obligation alimentaire, à la répartition des biens et aux dépens.

#### e Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Distinction d'avec l'arrêt:** *Hockey c. Hockey* (1989), 21 R.F.L. (3d) 105; **arrêts mentionnés:** *Anson c. Anson* (1987), 10 B.C.L.R. (2d) 357; *Andrews c. Andrews*, C.S.C.-B., 9 juin 1983, inédit; *Brown c. Brown* (1983), 39 R.F.L. (2d) 396; *DeLaurier c. Jackson*, [1934] R.C.S. 149; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *In re Agar-Ellis*, [1883] Ch. D. 317; *R. c. De Manneville* (1804), 5 East. 221, 102 E.R. 1054; *Re Orr*, [1933] O.R. 212; *Talsky c. Talsky*, [1976] 2 R.C.S. 292; *Re Moores and Feldstein*, [1973] 3 O.R. 921; *Kruger c. Kruger* (1979), 25 O.R. (2d) 673; *Baker c. Baker* (1979), 8 R.F.L. (2d) 236; *C.(G.) c. V.-F.(T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244; *Dussault c. Ladouceur* (1987), 14 R.F.L. (3d) 185; *Gunn c. Gunn* (1975), 24 R.F.L. 182; *Benoit c. Benoit* (1972), 6 R.F.L. 180 (C. prov. Ont.), inf. (1972), 10 R.F.L. 282 (C.A. Ont.); *Charlton c. Charlton* (1980), 15 R.F.L. (2d) 220; *Hewer c. Bryant*, [1970] 1 Q.B. 357; *Clarke c. Clarke* (1987), 7 R.F.L. (3d) 176; *McCahill c. Robertson* (1974), 17 R.F.L. 23; *Fougere c. Fougere* (1987), 77 R.N.-B. (2d) 381; *Dipper c. Dipper*, [1980] 2 All E.R. 722; *Keyes c. Gordon* (1985), 45 R.F.L. (2d) 177; *Droit de la famille — 316*, [1986] R.D.F. 651; *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813; *Pierce c. Pierce*, [1977] 5 W.W.R. 572; *Gubody c. Gubody*, [1955] O.W.N. 548; *Sudeyko c. Sudeyko* (1974), 18 R.F.L. 273;

- 2 S.C.R. 99; *Tocco v. Tocco* (1977), 4 R.F.L. (2d) 174; *Racine v. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173; *In re McGrath (Infants)*, [1893] 1 Ch. 143; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Beson v. Director of Child Welfare (Nfld.)*, [1982] 2 S.C.R. 716; *M. (B.P.) v. M. (B.L.D.E.)* (1992), 97 D.L.R. (4th) 437; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Re Bennett Infants*, [1952] O.W.N. 621; *Delvenne v. Nabbie* (1977), 4 R.F.L. (2d) 21; *Irmert v. Irmert* (1984), 64 A.R. 342; *Harvey v. Lapointe* (1988), 13 R.F.L. (3d) 134; *McQuillan v. McQuillan* (1975), 21 R.F.L. 324; *Struncova v. Guay* (1984), 39 R.F.L. (2d) 298; *Sullivan v. Fox* (1984), 38 R.F.L. (2d) 293; *Droit de la famille — 955*, [1991] R.J.Q. 599; *Droit de la famille — 353*, [1987] R.J.Q. 545; *Zummo v. Zummo*, 574 A.2d 1130 (1990); *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455; *Adams v. McLeod*, [1978] 2 S.C.R. 621; *Novic v. Novic*, [1983] 1 S.C.R. 696.
- Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Tocco c. Tocco* (1977), 4 R.F.L. (2d) 174; *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173; *In re McGrath (Infants)*, [1893] 1 Ch. 143; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Beson c. Director of Child Welfare (T.-N.)*, [1982] 2 R.C.S. 716; *M. (B.P.) c. M. (B.L.D.E.)* (1992), 97 D.L.R. (4th) 437; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Re Bennett Infants*, [1952] O.W.N. 621; *Delvenne c. Nabbie* (1977), 4 R.F.L. (2d) 21; *Irmert c. Irmert* (1984), 64 A.R. 342; *Harvey c. Lapointe* (1988), 13 R.F.L. (3d) 134; *McQuillan c. McQuillan* (1975), 21 R.F.L. 324; *Struncova c. Guay* (1984), 39 R.F.L. (2d) 298; *Sullivan c. Fox* (1984), 38 R.F.L. (2d) 293; *Droit de la famille — 955*, [1991] R.J.Q. 599; *Droit de la famille — 353*, [1987] R.J.Q. 545; *Zummo c. Zummo*, 574 A.2d 1130 (1990); *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455; *Adams c. McLeod*, [1978] 2 R.C.S. 621; *Novic c. Novic*, [1983] 1 R.C.S. 696.

By McLachlin J.

**Considered:** *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; **referred to:** *R. v. De Manneville* (1804), 5 East. 221, 102 E.R. 1054; *In re Taylor* (1876), 4 Ch. D. 157; *In re Agar-Ellis* (1883), 24 Ch. D. 317; *Talsky v. Talsky*, [1976] 2 S.C.R. 292; *Kades v. Kades* (1961), 35 A.L.J.R. 251; *J. v. C.*, [1970] A.C. 668; *Re K. (minors)*, [1977] 1 All E.R. 647; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code*

Citée par le juge McLachlin

**Arrêt examiné:** *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; **arrêts mentionnés:** *R. c. De Manneville* (1804), 5 East. 221, 102 E.R. 1054; *In re Taylor* (1876), 4 Ch. D. 157; *In re Agar-Ellis* (1883), 24 Ch. D. 317; *Talsky c. Talsky*, [1976] 2 R.C.S. 292; *Kades c. Kades* (1961), 35 A.L.J.R. 251; *J. c. C.*, [1970] A.C. 668; *Re K. (minors)*, [1977] 1 All E.R. 647; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al.*

(*Man.*), [1990] 1 S.C.R. 1123; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Sturmer and Town of Beaverton* (1912), 25 O.L.R. 566; *Goodman v. The King*, [1939] S.C.R. 446; *Newswander v. Giegerich* (1907), 39 S.C.R. 354.

By Sopinka J.

**Referred to:** *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

### Statutes and Regulations Cited

*Act to Amend the Law relating to the custody of Infants*, S. Prov. Can. 1855, c. 126, s. 1.  
*Act to amend the Law relating to the Custody of Infants (Talfourd's Act)* (U.K.), 2 & 3 Vict., c. 54.  
*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(a), (b), (d), 7, 15(1), 24, 26, 32.  
*Civil Code of Lower Canada*, art. 30.  
*Civil Code of Quebec*, arts. 543, 569, 570, 647.  
*Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, Art. 3(1).  
*Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 15(2), 16(1), (2), (4), (5), (6), (8), (9), (10), 17(5).  
*Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, ss. 51, 52.  
*Guardianship of Infants Act, 1886* (U.K.), 49 & 50 Vict., c. 27.  
*Guardianship of Infants Act, 1925* (U.K.), 15 & 16 Geo. 5, c. 45.  
*Guardianship of Minors Act, 1971* (U.K.), 1971, c. 3, s. 1.  
*Lov 8 April nr 7 om barn og foreldre*, s. 34 (Law about Children and Parents, of April 7, 1981, no. 7, s. 34).  
*Supreme Court of Judicature Act, 1873* (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66, s. 25(10).

### Authors Cited

Abella, Rosalie Silberman. "Family Law in Ontario: Changing Assumptions" (1981), 13 *Ottawa L. Rev.* 1.  
 Bala, Nicholas. "Assessing the Assessor: Legal Issues" (1990), 6 *C.F.L.Q.* 179.  
 Benians, Robin. "Preserving Parental Contact: a Factor in Promoting Healthy Growth and Development in Children". In Jo Tunnard, ed., *Fostering Parental Contact: Arguments in Favour of Preserving Contact Between Children in Care and Their Families*. London: Family Rights Group, 1982.

*195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Sturmer and Town of Beaverton* (1912), 25 O.L.R. 566; *Goodman c. The King*, [1939] R.C.S. 446; *Newswander c. Giegerich* (1907), 39 R.C.S. 354.

Citée par le juge Sopinka

**Arrêts mentionnés:** *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

### Lois et règlements cités

*Act to amend the Law relating to the Custody of Infants (Talfourd's Act)* (R.-U.), 2 & 3 Vict., ch. 54.  
*Acte pour amender la loi relative à la garde des enfants en bas âge*, S. Prov. Can. 1855, ch. 126, art. 1.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2a), b), d), 7, 15(1), 24, 26, 32.  
*Code civil du Bas-Canada*, art. 30.  
*Code civil du Québec*, art. 543, 569, 570, 647.  
*Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3(1).  
*Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 121, art. 51, 52.  
*Guardianship of Infants Act, 1886* (R.-U.), 49 & 50 Vict., ch. 27.  
*Guardianship of Infants Act, 1925* (R.-U.), 15 & 16 Geo. 5, ch. 45.  
*Guardianship of Minors Act, 1971* (R.-U.), 1971, ch. 3, art. 1.  
*Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 15(2), 16(1), (2), (4), (5), (6), (8), (9), (10), 17(5).  
*Lov 8 April nr 7 om barn og foreldre*, art. 34 (Loi relative aux enfants et aux parents, 7 avril 1981, n° 7, art. 34).  
*Supreme Court of Judicature Act, 1873* (R.-U.), 36 & 37 Vict., ch. 66, art. 25(10).

### Doctrine citée

Abella, Rosalie Silberman. «Family Law in Ontario: Changing Assumptions» (1981), 13 *R.D. Ottawa* 1.  
 Bala, Nicholas. «Assessing the Assessor: Legal Issues» (1990), 6 *C.F.L.Q.* 179.  
 Benians, Robin. «Preserving Parental Contact: a Factor in Promoting Healthy Growth and Development in Children». In Jo Tunnard, ed., *Fostering Parental Contact: Arguments in Favour of Preserving Contact Between Children in Care and Their Families*. London: Family Rights Group, 1982.

- Boyd, Susan B. "Child Custody Law and the Invisibility of Women's Work" (1989), 96 *Queen's Q.* 831.
- Boyd, Susan B. "Potentialities and Perils of the Primary Caregiver Presumption" (1991), 7 *C.F.L.Q.* 1.
- Boyd, Susan B. "Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?". In Karen Busby, Lisa Fainstein and Holly Penner, eds., *Equality Issues in Family Law: Considerations for Test Case Litigation*. Winnipeg: Legal Research Institute of the University of Manitoba, 1990.
- Burrett, Jill F. *Child Access and Modern Family Law*. Melbourne: Law Book Co., 1988.
- Canada. Department of Justice. *Custody and Access: Public Discussion Paper*. Ottawa: The Dept., 1993.
- Canada. Department of Justice. *Evaluation of the Divorce Act, 1985 — Phase I: Collection of Baseline Data*. Ottawa: The Dept., 1987.
- Canada. Department of Justice. *Evaluation of the Divorce Act — Phase II: Monitoring and Evaluation*. Ottawa: The Dept., 1990.
- Canada. Law Reform Commission. Report. *Family Law*. Ottawa: The Commission, 1976.
- Canada. Law Reform Commission. *The Custody, Care and Upbringing of Children of Divorcing Spouses*. By Richard Gosse. Ottawa: The Commission, 1973.
- Caplan, Paula J., and Jeffery Wilson. "Assessing the Child Custody Assessors" (1990), 27 *R.F.L.* (3d) 121.
- Chambers, David L. "Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce" (1984), 83 *Mich. L. Rev.* 477.
- Deech, Ruth. "The Unmarried Father and Human Rights" (1992), 4 *J. Child L.* 3.
- Delorey, Anne Marie. "Joint Legal Custody: A Reversion to Patriarchal Power" (1989), 3 *C.J.W.L.* 33.
- Dickens, Bernard M. "The Modern Function and Limits of Parental Rights" (1981), 97 *L.Q. Rev.* 462.
- Drakich, Janice. "In Search of the Better Parent: The Social Construction of Ideologies of Fatherhood" (1989), 3 *C.J.W.L.* 69.
- Drakich, Janice. "In Whose Best Interests? The Politics of Joint Custody". In Bonnie Fox, ed., *Family Bonds and Gender Divisions: Readings in the Sociology of the Family*. Toronto: Canadian Scholars' Press, 1988.
- Ehrcke, Ann. "Limiting Judicial Discretion in Custody Proceedings on Divorce" (1987), 6 *Can. J. Fam. L.* 211.
- Ellison, Edythe S. "Issues Concerning Parental Harmony and Children's Psychosocial Adjustment" (1983), 53 *Amer. J. Orthopsychiat.* 73.
- Elster, Jon. "Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child" (1987), 54 *U. Chi. L. Rev.* 1.
- Boyd, Susan B. «Child Custody Law and the Invisibility of Women's Work» (1989), 96 *Queen's Q.* 831.
- Boyd, Susan B. «Potentialities and Perils of the Primary Caregiver Presumption» (1991), 7 *C.F.L.Q.* 1.
- Boyd, Susan B. «Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?». In Karen Busby, Lisa Fainstein and Holly Penner, eds., *Equality Issues in Family Law: Considerations for Test Case Litigation*. Winnipeg: Legal Research Institute of the University of Manitoba, 1990.
- Burrett, Jill F. *Child Access and Modern Family Law*. Melbourne: Law Book Co., 1988.
- Canada. Commission de réforme du droit. *La garde, l'administration et l'éducation des enfants de parents qui divorcent*. Par Richard Gosse. Ottawa: La Commission, 1973.
- Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport. Le droit de la famille*. Ottawa: La Commission, 1976.
- Canada. Ministère de la Justice. *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès*. Ottawa: Le Ministère, 1993.
- Canada. Ministère de la Justice. *Évaluation de la Loi de 1985 sur le divorce — Phase I: Cueillette des données de base*. Ottawa: Le Ministère, 1987.
- Canada. Ministère de la Justice. *Évaluation de la Loi sur le divorce — Étape II: Contrôle et évaluation*. Ottawa: Le Ministère, 1990.
- Caplan, Paula J., and Jeffery Wilson. «Assessing the Child Custody Assessors» (1990), 27 *R.F.L.* (3d) 121.
- Chambers, David L. «Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce» (1984), 83 *Mich. L. Rev.* 477.
- Deech, Ruth. «The Unmarried Father and Human Rights» (1992), 4 *J. Child L.* 3.
- Delorey, Anne Marie. «Joint Legal Custody: A Reversion to Patriarchal Power» (1989), 3 *R.J.F.D.* 33.
- Dickens, Bernard M. «The Modern Function and Limits of Parental Rights» (1981), 97 *L.Q. Rev.* 462.
- Drakich, Janice. «In Search of the Better Parent: The Social Construction of Ideologies of Fatherhood» (1989), 3 *R.J.F.D.* 69.
- Drakich, Janice. «In Whose Best Interests? The Politics of Joint Custody». In Bonnie Fox, ed., *Family Bonds and Gender Divisions: Readings in the Sociology of the Family*. Toronto: Canadian Scholars' Press, 1988.
- Ehrcke, Ann. «Limiting Judicial Discretion in Custody Proceedings on Divorce» (1987), 6 *Rev. can. d. fam.* 211.
- Ellison, Edythe S. «Issues Concerning Parental Harmony and Children's Psychosocial Adjustment» (1983), 53 *Amer. J. Orthopsychiat.* 73.



- Emery, Robert E. "Interparental Conflict and the Children of Discord and Divorce" (1982), 92 *Psych. Bull.* 310.
- Fineman, Martha Albertson. "Dominant Discourse, Professional Language and Legal Change in Child Custody Decisionmaking" (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 727.
- Fineman, Martha Albertson. *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- Finnbogason, Eve, and Monica Townson. *The Benefits and Cost-effectiveness of a Central Registry of Maintenance and Custody Orders*. Ottawa: Status of Women, 1985.
- Folberg, Jay. "Joint Custody". In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983.
- Furstenberg, Frank F., Jr., and Andrew J. Cherlin. *Divided Families: What Happens to Children When Parents Part*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991.
- Gélinas, Louis, et Bartha Maria Knoppers. "Le rôle des experts en droit québécois en matière de garde, d'accès et de protection" (1993), 53 *R. du B.* 3.
- Goldstein, Joseph, Anna Freud and Albert J. Solnit. *Beyond the Best Interests of the Child*. New York: The Free Press, 1979.
- Goldstein, Joseph. "In Whose Best Interest?". In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983.
- Grassby, Miriam. "Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support" (1991), 30 *R.F.L.* (3d) 369.
- Hetherington, E. Mavis, Martha Cox and Roger Cox. "Effects of Divorce on Parents and Children". In Michael E. Lamb, ed., *Nontraditional Families: Parenting and Child Development*. Hillsdale, N.J.: Lawrence Erlbaum & Associates, 1982.
- Holmes, Sheila M. "Imposed Joint Legal Custody: Children's Interests or Parental Rights?" (1987), 45 *U.T. Fac. L. Rev.* 300.
- Johnston, Janet R., Marsha Kline and Jeanne M. Tschann. "Ongoing Postdivorce Conflict: Effects on Children of Joint Custody and Frequent Access" (1989), 59 *Amer. J. Orthopsychiat.* 576.
- LaFave, LeAnn Larson. "Origins and Evolution of the 'Best Interests of the Child' Standard" (1989), 34 *S.D.L. Rev.* 459.
- L'Heureux-Dubé, Claire. "La garde conjointe, concept acceptable ou non?" (1979), 39 *R. du B.* 835.
- Maidment, Susan. *Child Custody and Divorce*. London: Croom Helm, 1984.
- Elster, Jon. «Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child» (1987), 54 *U. Chi. L. Rev.* 1.
- Emery, Robert E. «Interparental Conflict and the Children of Discord and Divorce» (1982), 92 *Psych. Bull.* 310.
- Fineman, Martha Albertson. «Dominant Discourse, Professional Language and Legal Change in Child Custody Decisionmaking» (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 727.
- Fineman, Martha Albertson. *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*. Chicago: University of Chicago Press, 1991.
- Finnbogason, Eve, et Monica Townson. *The Benefits and Cost-effectiveness of a Central Registry of Maintenance and Custody Orders*. (Résumé disponible en français *sub nom. Avantages et rentabilité d'un registre central des ordonnances de pension alimentaire et de garde d'enfants*). Ottawa: Condition féminine Canada, 1985 (10 pp.).
- Folberg, Jay. «Joint Custody». In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983.
- Furstenberg, Frank F., Jr., and Andrew J. Cherlin. *Divided Families: What Happens to Children When Parents Part*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991.
- Gélinas, Louis, et Bartha Maria Knoppers. «Le rôle des experts en droit québécois en matière de garde, d'accès et de protection» (1993), 53 *R. du B.* 3.
- Goldstein, Joseph, Anna Freud and Albert J. Solnit. *Beyond the Best Interests of the Child*. New York: The Free Press, 1979.
- Goldstein, Joseph. «In Whose Best Interest?». In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice*. Toronto: Butterworths, 1983.
- Grassby, Miriam. «Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support» (1991), 30 *R.F.L.* (3d) 369.
- Hetherington, E. Mavis, Martha Cox and Roger Cox. «Effects of Divorce on Parents and Children». In Michael E. Lamb, ed., *Nontraditional Families: Parenting and Child Development*. Hillsdale, N.J.: Lawrence Erlbaum & Associates, 1982.
- Holmes, Sheila M. «Imposed Joint Legal Custody: Children's Interests or Parental Rights?» (1987), 45 *U.T. Fac. L. Rev.* 300.
- Johnston, Janet R., Marsha Kline and Jeanne M. Tschann. «Ongoing Postdivorce Conflict: Effects on Children of Joint Custody and Frequent Access» (1989), 59 *Amer. J. Orthopsychiat.* 576.
- LaFave, LeAnn Larson. «Origins and Evolution of the 'Best Interests of the Child' Standard» (1989), 34 *S.D.L. Rev.* 459.

- Mnookin, Robert H. "Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy" (1975), 39 *Law & Contemp. Probs.* 226.
- Munro, Karen M. "The Inapplicability of Rights Analysis in Post-Divorce Child Custody Decision Making" (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 852. <sup>a</sup>
- Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1988.
- Payne, Julien D., and Brenda Edwards. "Co-operative Parenting After Divorce: A Canadian Perspective" (1989), 11 *Advocates' Q.* 1. <sup>b</sup>
- Perry, Debra. *Access to Children Following Parental Relationship Breakdown in Alberta*. Calgary: Canadian Research Institute for Law and the Family, 1992.
- Richardson, C. James. *Court-based Divorce Mediation in Four Canadian Cities: An Overview of Research Results*. Ottawa: Department of Justice Canada, Family Law Research, 1988. <sup>c</sup>
- Roth, Allan. "The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes" (1976-77), 15 *J. Fam. L.* 423.
- Rutter, Michael. *Maternal Deprivation Reassessed*. Harmondsworth, England: Penguin Books, 1981. <sup>d</sup>
- Rutter, Michael. "Protective Factors in Children's Responses to Stress and Disadvantage". In Martha Whalen Kent and Jon E. Rolf, eds., *Primary Prevention of Psychopathology: Social Competence in Children*, vol. III. Hanover, N.H.: University Press of New England, 1979. <sup>e</sup>
- Ryan, Judith P. "Joint Custody in Canada: Time for a Second Look" (1986), 49 *R.F.L.* (2d) 119.
- Schneider, Carl E. "Religion and Child Custody" (1992), 25 *U. Mich. J.L. Ref.* 879. <sup>f</sup>
- Smart, Carol, and Selma Sevenhuijsen. *Child Custody and the Politics of Gender*. London: Routledge, 1989.
- Smith, Lucy, and Peter Lødrup. "The Child in the Divorce Situation — Factors Determining the Custody Question and the Use of Experts in Custody Cases in Norway". In Ian F. G. Baxter and Mary A. Eberts, eds., *The Child and the Courts*. Toronto: Carswell, 1978. <sup>g</sup>
- Syrtaash, John Tibor. *Religion and Culture in Canadian Family Law*. Toronto: Butterworths, 1992. <sup>h</sup>
- Toope, Stephen J. "Riding the Fences: Courts, Charter Rights and Family Law" (1991), 9 *Can. J. Fam. L.* 55.
- Wallerstein, Judith S., and Sandra Blakeslee. *Second Chances: Men, Women and Children a Decade After Divorce*. New York: Ticknor & Fields, 1989. <sup>i</sup>
- Wallerstein, Judith S., and Joan Berlin Kelly. *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce*. New York: Basic Books, 1980.
- Weisman, Norris. "On Access After Parental Separation" (1992), 36 *R.F.L.* (3d) 35. <sup>j</sup>
- L'Heureux-Dubé, Claire. «La garde conjointe, concept acceptable ou non?» (1979), 39 *R. du B.* 835.
- Maidment, Susan. *Child Custody and Divorce*. London: Croom Helm, 1984.
- Mnookin, Robert H. «Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy» (1975), 39 *Law & Contemp. Probs.* 226.
- Munro, Karen M. «The Inapplicability of Rights Analysis in Post-Divorce Child Custody Decision Making» (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 852.
- Payne, Julien D. *Payne on Divorce*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1988.
- Payne, Julien D., and Brenda Edwards. «Co-operative Parenting After Divorce: A Canadian Perspective» (1989), 11 *Advocates' Q.* 1.
- Perry, Debra. *Access to Children Following Parental Relationship Breakdown in Alberta*. Calgary: Canadian Research Institute for Law and the Family, 1992.
- Richardson, C. James. *La médiation des divorces rattachée aux tribunaux dans quatre villes canadiennes: un aperçu des résultats de recherche*. Ottawa: Ministère de la Justice Canada, Recherche en droit de la famille, 1988.
- Roth, Allan. «The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes» (1976-77), 15 *J. Fam. L.* 423.
- Rutter, Michael. *Maternal Deprivation Reassessed*. Harmondsworth, England: Penguin Books, 1981.
- Rutter, Michael. «Protective Factors in Children's Responses to Stress and Disadvantage». In Martha Whalen Kent and Jon E. Rolf, eds., *Primary Prevention of Psychopathology: Social Competence in Children*, vol. III. Hanover, N.H.: University Press of New England, 1979.
- Ryan, Judith P. «Joint Custody in Canada: Time for a Second Look» (1986), 49 *R.F.L.* (2d) 119.
- Schneider, Carl E. «Religion and Child Custody» (1992), 25 *U. Mich. J.L. Ref.* 879.
- Smart, Carol, and Selma Sevenhuijsen. *Child Custody and the Politics of Gender*. London: Routledge, 1989.
- Smith, Lucy, and Peter Lødrup. «The Child in the Divorce Situation — Factors Determining the Custody Question and the Use of Experts in Custody Cases in Norway». In Ian F.G. Baxter and Mary A. Eberts, eds., *The Child and the Courts*. Toronto: Carswell, 1978.
- Syrtaash, John Tibor. *Religion and Culture in Canadian Family Law*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Toope, Stephen J. «Riding the Fences: Courts, Charter Rights and Family Law» (1991), 9 *Rev. can. d. fam.* 55.
- Wallerstein, Judith S., and Sandra Blakeslee. *Second Chances: Men, Women and Children a Decade After Divorce*. New York: Ticknor & Fields, 1989.

- Weiss, Martin, and Robert Abramoff. "The Enforceability of Religious Upbringing Agreements" (1991), 25 *J. Mar. L. Rev.* 655.
- Weitzman, Lenore J. *The Divorce Revolution*. New York: The Free Press, 1985.
- Zarowny, Steven M. "The Religious Upbringing of Children After Divorce" (1980), 56 *Notre Dame Law*. 160.
- Wallerstein, Judith S., and Joan Berlin Kelly. *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce*. New York: Basic Books, 1980.
- Weisman, Norris. «On Access After Parental Separation» (1992), 36 *R.F.L.* (3d) 35.
- <sup>a</sup> Weiss, Martin, and Robert Abramoff. «The Enforceability of Religious Upbringing Agreements» (1991), 25 *J. Mar. L. Rev.* 655.
- Weitzman, Lenore J. *The Divorce Revolution*. New York: The Free Press, 1985.
- <sup>b</sup> Zarowny, Steven M. «The Religious Upbringing of Children After Divorce» (1980), 56 *Notre Dame Law*. 160.
- APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1, 75 D.L.R. (4th) 46, allowing an appeal in part from a judgment of Proudfoot J. (1989), 24 *R.F.L.* (3d) 193. Appeal allowed in part, L'Heureux-Dubé J. dissenting in the result. Sections 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act* did not violate ss. 2(a), (b), (d) or 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.
- POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1, 75 D.L.R. (4th) 46, qui a accueilli en partie l'appel contre une décision du juge Proudfoot (1989), 24 *R.F.L.* (3d) 193. Pourvoi accueilli en partie, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente quant au résultat. Les paragraphes 16(8) et 17(5) de la *Loi sur le divorce* ne portent pas atteinte aux al. 2a), b) ou d) ni au par. 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.
- <sup>c</sup>
- <sup>d</sup>
- <sup>e</sup>
- Lorne N. MacLean and Fred C. Lowther, for the appellant.
- Lorne N. MacLean et Fred C. Lowther, pour l'appelante.
- W. Glen How, Q.C., and Sarah E. Mott-Trille, for the respondent James K. C. Young.
- W. Glen How, c.r., et Sarah E. Mott-Trille, pour l'intimé James K. C. Young.
- Gordon Turriff, for the respondent W. Glen How.
- Gordon Turriff, pour l'intimé W. Glen How.
- <sup>f</sup>
- <sup>g</sup>
- John M. Burns and Linda How, for the respondent Watch Tower Bible and Tract Society of Canada.
- John M. Burns et Linda How, pour l'intimée Watch Tower Bible and Tract Society of Canada.
- <sup>h</sup>
- Brian Evernden, for the intervener the Attorney General of Canada.
- Brian Evernden, pour l'intervenant le procureur général du Canada.
- Michel Y. Hélie, for the intervener the Attorney General for Ontario.
- Michel Y. Hélie, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.
- Monique Rousseau and Isabelle Harnois, for the intervener the Attorney General of Quebec.
- Monique Rousseau et Isabelle Harnois, pour l'intervenant le procureur général du Québec.
- Shawn Greenberg, for the intervener the Attorney General of Manitoba.
- Shawn Greenberg, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.
- <sup>i</sup>
- <sup>j</sup>

Written submission only for the intervener the Attorney General of British Columbia.

*Gerald D. Chipeur and Karnick Doukmetzian*, for the intervener the Seventh-day Adventist Church in Canada.

The reasons of La Forest and Gonthier JJ. were delivered by

LA FOREST J. — I have had the advantage of reading the reasons of my colleagues. I am in agreement with the reasons of Justice L'Heureux-Dubé that the issue of access should be determined on the basis of what is in the best interest of the child. I also agree with her on the constitutional issue.

On the property and monetary issues, I am in agreement with the reasons of Justice McLachlin. I also agree with her on the principles that should govern costs and accordingly with the order of the Court of Appeal respecting the costs at trial. However, since the appellant was largely successful in the final result, I would allow her costs on this appeal and the Court of Appeal.

Accordingly, I would allow the appeal and restore the order of the trial judge on all matters except the monetary issues, which I would dispose of in the manner proposed by McLachlin J. I would award the appellant her costs at trial as set forth by the Court of Appeal, as well as costs on a party and party basis in this Court and in the Court of Appeal.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting in result) — I have had the advantage of reading the opinion of my colleague, Justice McLachlin. With great deference, I disagree both with her reasons and the result she has reached. Since I do not characterize the issue quite as my colleague does, I will pursue my own analysis.

Mémoire seulement pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Gerald D. Chipeur et Karnick Doukmetzian*, pour l'intervenante l'Église adventiste du septième jour au Canada.

Version française des motifs des juges La Forest et Gonthier rendus par

LE JUGE LA FOREST — J'ai eu l'occasion de lire les motifs de mes collègues. Tout comme le juge L'Heureux-Dubé, je suis d'avis que la question du droit d'accès devrait être tranchée en fonction de l'intérêt de l'enfant. Je suis également d'accord avec elle sur la question constitutionnelle.

En ce qui concerne les questions matérielles et financières, je souscris aux motifs du juge McLachlin. Je suis également d'accord avec elle sur les principes qui devraient régir les dépens et, par conséquent, avec l'ordonnance de la Cour d'appel concernant les dépens en première instance. Toutefois, comme l'appelante a finalement obtenu largement gain de cause, je suis d'avis de lui accorder les dépens ici et devant la Cour d'appel.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance du juge de première instance pour tous les points en litige, à l'exception des questions financières, pour lesquelles je tranche de la façon proposée par le juge McLachlin. Je suis d'avis d'accorder les dépens à l'appelante en première instance, tels que les a fixés la Cour d'appel, ainsi que les dépens comme entre parties devant notre Cour et devant la Cour d'appel.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente quant au résultat) — J'ai eu l'avantage de lire l'opinion de ma collègue, madame le juge McLachlin. En toute déférence, je ne partage ni ses motifs ni le résultat auquel elle en arrive. Étant donné que je ne pose pas la question exactement comme elle le fait, je procéderai à ma propre analyse.

The main issue in this case, in my view, concerns access by a non-custodial parent to his children whose custody was granted to the other parent. More precisely, this Court must determine whether curtailment of access is warranted in the circumstances of this case. The focus of the inquiry is the standard applicable to such a determination. According to the Court of Appeal, the test is one of harm to the children. I disagree. In my view, the only applicable test is the best interests of the children, assessed from a child-centred perspective, a test which is mandated by the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.) (the "Act"), as well as provincial legislation and which is universally applied and constitutionally sound. While the respondent, the father in this case, raises the issues of freedom of religion and expression and the infringement of his guarantees under s. 2(a) and (b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "Charter") due to the trial judge's order restricting access to his children, these questions simply do not arise in the circumstances of this case. If they do, I agree with my colleague that there is no infringement of the *Charter*.

On the related issues of maintenance, division of property and costs, I agree with the trial judge for the reasons that she expressed at length, given her privileged vantage point and her findings of fact. Accordingly, I will deal only with the main issue: access.

### Facts and Judgments

Since the facts leading to the dispute between the parties have been set out by my colleague, I will only point out those most relevant to my subsequent discussion.

The parties, who had two children when they first separated in February, 1987, resumed cohabitation and finally separated in August, 1987, shortly after the birth of their third child. It appears from the evidence that the breakdown of their marriage was due, to a great extent, to religious differences between the parties. The respondent became involved, unbeknownst to the appellant, in the

À mon avis, la principale question ici en litige porte sur le droit d'accès d'un parent non chargé de la garde auprès de ses enfants dont la garde a été confiée à l'autre parent. Plus précisément, notre Cour doit décider si les limites fixées à ce droit d'accès sont justifiées dans les circonstances de cette affaire. Le critère applicable à cette fin est au cœur du débat. Selon la Cour d'appel, ce critère est celui du préjudice caractérisé causé aux enfants. Je ne saurais être d'accord. Selon moi, l'unique critère est celui du meilleur intérêt de l'enfant, évalué du point de vue de l'enfant, critère que prescrit tant la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.) (la «Loi»), que les lois provinciales et critère universellement appliqué et constitutionnellement fondé. Bien que l'intimé, le père en l'espèce, invoque la liberté de religion et d'expression ainsi qu'une atteinte aux droits qui lui sont garantis par les al. 2a) et b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la «Charte») par suite de l'ordonnance du juge de première instance assujettissant son droit d'accès à certaines restrictions, ces questions ne se posent aucunement ici. Même si elles se posaient, je suis d'accord avec ma collègue pour conclure qu'il n'y a pas de violation de la *Charte*.

Sur les questions connexes des aliments, du partage des biens et des dépens, je partage l'avis du juge de première instance pour les motifs qu'elle a longuement exposés, étant donné sa position privilégiée et ses conclusions de fait. En conséquence, je traiterai uniquement de la question principale: le droit d'accès.

### Les faits et les jugements

Les faits qui ont donné naissance au conflit entre les parties ayant été relatés par ma collègue, je me bornerai à souligner ceux que j'estime les plus pertinents pour la discussion qui va suivre.

Les parties, qui avaient deux enfants au moment de leur première séparation en février 1987, ont repris la cohabitation, pour finalement se séparer à nouveau en août 1987, peu après la naissance de leur troisième enfant. Il ressort de la preuve que l'échec de leur mariage est dû en grande partie à leurs divergences d'ordre religieux. Environ deux ans avant la séparation, l'intimé est, en effet,

Jehovah's Witnesses faith some two years before the separation. The children had been baptized in the United Church, and the appellant, an Anglican, apparently did not favour any involvement for herself or the children in her husband's new faith. At the time, the older children were six and eight years of age.

Upon separation, it was common ground between the parties that the appellant should have custody of the children and they have remained at all times since in the care of their mother. On July 12, 1988, the appellant brought an application for divorce and sought spousal and child support, interim and permanent custody of the children and an order enjoining the respondent from inculcating the children in the Jehovah's Witness faith or involving them in church activities. The respondent brought a cross-application for interim joint custody with care and control to the appellant and a declaration that the restrictions sought by his wife violated his and the children's rights under the *Charter*.

In the interim order of August 16, 1988, Scarth L.J.S.C. dismissed the respondent's motion for a declaration and order pursuant to s. 24 of the *Charter*. He granted custody to the appellant, awarded her \$3,500 a month in spousal and child support and specified the following restrictions on the respondent's access:

- a) the Respondent will not take the said children of the marriage to the Respondent's church without the Petitioner's consent and if the Petitioner withholds consent, the Respondent may make application to this court;
- b) the Respondent will not suggest that the three children of the marriage will have to separate from the Petitioner if she does not convert to the Jehovah's Witnesses [*sic*] faith, or that the Petitioner will be punished by God for failing to adhere to that faith;
- c) the Respondent will not deprecate the Petitioner's religion in the presence of the three infant children of the marriage;

devenu, à l'insu de l'appelante, un adepte des Témoins de Jéhovah. Les enfants avaient été baptisées selon le rite de l'Église unie et l'appelante, anglicane, ne souhaitait apparemment pas s'engager elle-même ou engager ses enfants dans la nouvelle religion de son mari. À l'époque, les aînées avaient six et huit ans.

Au moment de la séparation, il était entendu entre les parties que l'appelante aurait la garde des enfants, qui, depuis lors, sont toujours demeurées sous la garde de leur mère. Le 12 juillet 1988, l'appelante a déposé une requête en divorce, y compris une demande de pension alimentaire pour elle-même et les enfants, la garde provisoire et permanente des enfants, y joignant une demande d'enjoindre à l'intimé de s'abstenir de leur inculquer la foi des Témoins de Jéhovah ou de les faire participer à des activités à l'église. Par demande reconventionnelle, l'intimé a sollicité la garde provisoire partagée avec garde et contrôle à l'appelante, en plus d'une déclaration à l'effet que les restrictions demandées par sa femme violaient ses droits ainsi que ceux de ses enfants, droits que leur garantit la *Charte*.

Dans une ordonnance provisoire rendue le 16 août 1988, le juge Scarth a rejeté la requête de l'intimé en vue d'obtenir une déclaration et une ordonnance en vertu de l'art. 24 de la *Charte*. Il a confié la garde des enfants à l'appelante, fixé à 3 500 \$ la pension alimentaire mensuelle pour elle et les enfants, et assujetti le droit d'accès de l'intimé aux restrictions suivantes:

[TRADUCTION]

- a) l'intimé n'amènera pas les enfants à charge à l'église qu'il fréquente sans le consentement de la requérante; si celle-ci refuse son consentement, l'intimé pourra s'adresser à la cour;
- b) l'intimé ne laissera pas entendre que les trois enfants à charge devront se séparer de la requérante si celle-ci ne se convertit pas à la religion des Témoins de Jéhovah, ou que le châtiment de Dieu s'abattra sur elle si elle n'adhère pas à cette religion;
- c) l'intimé ne dénigrera pas la religion de la requérante en présence des trois enfants à charge;

d) the Respondent is enjoined from preventing the said infants from having blood transfusions in the event blood transfusions are required and the Petitioner shall be solely responsible for all health care decisions and choices relative to the said infant children of the marriage.

The respondent appealed the order and instituted a number of further applications in which he sought to vary the interim custody order and the terms and conditions imposed on access. He also applied to set the dates and times of access and sought overnight access. The appeal of the interim order was dismissed by the B.C. Court of Appeal on September 23, 1988 and the applications for interim and permanent custody of the children and variation of the restrictions were rejected by Scarth L.J.S.C. on October 7, 1988. The respondent then appealed the order of October 7, 1988 and sought a declaration that both the order and s. 16(1), (2), (6) and (8) of the Act violated his *Charter* rights. This appeal was dismissed on November 15, 1988. Prior to trial, the respondent also unsuccessfully contested the amount of support to be paid and applied to list the matrimonial home for sale and have the arrears of support accumulated to that date cancelled.

At trial (1989), 24 R.F.L. (3d) 193, on the issue of custody and access, Proudfoot J. (now J.A.) found that the respondent's attempts to argue loss of freedom of religion were but a guise under which he was attempting to gain control of the children's religious upbringing. She held that the respondent would not be denied custody or access because of his religious beliefs and that his freedom of religion had not been infringed. Rather, custody and access would be decided only according to the best interests of the children. She found that the appellant did not oppose access by the respondent, and that the difficulty was created solely by their religious differences. Distinguishing the decision of the Divisional Court of the Supreme Court of Ontario in *Hockey v. Hockey* (1989), 21 R.F.L. (3d) 105, and relying on *Anson*

d) il est interdit à l'intimé d'empêcher les enfants de recevoir une transfusion sanguine en cas de besoin, et la requérante aura l'entière responsabilité de prendre, à leur égard, toutes les décisions et de faire tous les choix en matière de soins de santé.

L'intimé a interjeté appel de cette ordonnance et a présenté de nouvelles requêtes en vue de faire modifier l'ordonnance de garde provisoire ainsi que les conditions dont son droit d'accès avait été assorti. Il a également demandé que soient déterminées les dates et les heures de visite, et que les enfants puissent dormir chez lui. L'appel de l'ordonnance provisoire a été rejeté par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique le 23 septembre 1988, tandis que le juge Scarth rejetait, le 7 octobre 1988, les requêtes visant la garde provisoire et la garde permanente des enfants ainsi que la modification des restrictions au droit d'accès. L'intimé s'est alors pourvu en appel contre l'ordonnance du 7 octobre 1988, demandant qu'il soit déclaré que cette ordonnance et les par. 16(1), (2), (6) et (8) de la Loi portaient atteinte aux droits qui lui sont garantis par la *Charte*. Cet appel a été rejeté le 15 novembre 1988. Avant l'instruction, l'intimé a également contesté, sans succès, le montant de la pension alimentaire et il a demandé la mise en vente de la résidence conjugale ainsi que l'annulation des arrérages de pension alimentaire à cette date.

Lors du procès (1989), 24 R.F.L. (3d) 193, le juge Proudfoot (maintenant de la Cour d'appel) a estimé, sur la question de la garde et de l'accès, que l'intimé n'invoquait la perte de sa liberté de religion que comme prétexte pour contrôler l'éducation religieuse des enfants. Elle a dit que la garde ou l'accès ne lui seraient pas refusés en raison de ses croyances religieuses et qu'il n'y avait pas d'atteinte à sa liberté de religion, mais que toute décision en la matière serait uniquement dictée par l'intérêt des enfants. Elle a souligné que l'appelante ne s'opposait pas au droit d'accès de l'intimé et que la difficulté était uniquement attribuable à leurs divergences religieuses. Distinguant la décision de la Cour divisionnaire de la Cour suprême de l'Ontario *Hockey c. Hockey* (1989), 21 R.F.L. (3d) 105, et s'appuyant sur les affaires *Anson c.*

v. *Anson* (1987), 10 B.C.L.R. (2d) 357 (Co. Ct.), and *Andrews v. Andrews*, B.C.S.C., June 9, 1983, unreported, Proudfoot J. found that both the right and the responsibility to determine a child's education, health care and religion rest with the custodial parent. Citing the decision of the Saskatchewan Court of Appeal in *Brown v. Brown* (1983), 39 R.F.L. (2d) 396, she found that the *Charter* has not affected the general principle enunciated in *DeLaurier v. Jackson*, [1934] S.C.R. 149, that the father's rights in respect of the religious upbringing of his child must yield to the welfare of the child.

Proudfoot J. noted that the original custody order had been made with the respondent's consent and that all the experts agreed that custody should remain with the appellant. The children had indicated in letters written to the judge that they wished to remain with their mother. The evidence was clear that they were opposed to any involvement in the respondent's religious activities and that there had been total disregard for their wishes. The reports of both court experts indicated that the two older children's relationship with their father was deteriorating, that they were under increasing pressure regarding family issues and needed to settle the conflict so they could proceed with their lives. Proudfoot J. found that there was no doubt on the evidence that the religious conflict was causing a problem for the children and that it should be resolved. She granted the appellant custody and guardianship of the children with sole responsibility for their religious upbringing, health care and education and granted the respondent access subject to the following conditions:

a) that the Respondent shall not discuss the Jehovah's Witness religion with the children and shall not take any of the children to any religious services, canvassing or meetings, without the written consent of the Petitioner and shall not expose the children to religious discussions with a third party or parties without the written consent of the Petitioner;

*Anson* (1987), 10 B.C.L.R. (2d) 357 (C. cté), et *Andrews c. Andrews*, C.S.C.-B., 9 juin 1983, inédite, le juge Proudfoot a conclu que le droit et la responsabilité de décider de l'éducation, des soins de santé et de la religion de l'enfant appartenaient à celui des parents qui en a la garde. Citant l'arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan *Brown c. Brown* (1983), 39 R.F.L. (2d) 396, elle a estimé que la *Charte* n'avait pas modifié le principe général énoncé dans l'arrêt *DeLaurier c. Jackson*, [1934] R.C.S. 149, selon lequel les droits du père relativement à l'éducation religieuse de son enfant doivent céder devant le bien-être de l'enfant.

Le juge Proudfoot a signalé que l'ordonnance initiale de garde avait été rendue avec le consentement de l'intimé et que tous les experts étaient d'avis que la garde devrait être laissée à l'appellante. Dans des lettres qu'elles avaient écrites au juge, les enfants avaient indiqué leur désir de rester avec leur mère. La preuve démontrait clairement qu'elles s'opposaient à toute participation aux activités religieuses de l'intimé et qu'on n'avait tenu aucun compte de leurs désirs. Les rapports des deux experts auprès du tribunal faisaient état de la détérioration de la relation du père avec les deux aînées, de l'accroissement de la pression due aux conflits familiaux, et de la nécessité de régler le débat afin de leur permettre de faire leur vie. Le juge Proudfoot a donc conclu qu'il ne faisait aucun doute, d'après la preuve, que le conflit religieux causait un problème aux enfants et qu'il fallait le résoudre. Elle a confié à l'appellante la garde et la tutelle des enfants, ainsi que l'entière responsabilité concernant leur formation religieuse, leurs soins de santé et leur éducation, accordant à l'intimé un droit d'accès assorti des conditions suivantes:

[TRADUCTION]

a) l'intimé devra s'abstenir de discuter de la religion des Témoins de Jéhovah avec les enfants, d'amener l'une ou l'autre d'entre elles à des offices religieux, à des visites de sollicitation ou à des réunions, sans le consentement écrit de la requérante, et de les exposer à des discussions à caractère religieux avec une ou plusieurs tierces parties sans le consentement écrit de la requérante;



- b) that the Respondent is enjoined from preventing any of the three infant children of the marriage from having blood transfusions in the event blood transfusions are required;
- c) and that the Respondent shall not make any adverse remarks with respect to the religious beliefs of the Petitioner . . . .

She further declared that neither the custody order nor the access restrictions infringed the respondent's freedom of religion under the *Charter* and made other incidental findings as to support, the division of matrimonial property and costs, with which I agree as already indicated.

On appeal (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1, the respondent abandoned his custody claim but sought an order for joint guardianship of the children, unrestricted access and a declaration that the restrictions on access violated his and the children's *Charter* rights. Upon reviewing the rights of custodial parents and the historical development of access, Wood J.A. for the majority (Cummings J.A. concurring on this issue) noted that the concept of access did not receive statutory recognition until the Act. Wood J.A. found that the terms of s. 16 of the Act, when taken as a whole, indicate an intention by Parliament to foster substantial changes in the law of custody and access and to facilitate a meaningful and continuing relationship with the children of the marriage and the access parent. In his opinion, the word "contact" within s. 16(10) should be given a broad meaning, and a proper construction of the Act requires the distribution of "rights" between the custodial and the access parent. He found that an order for custody under s. 16(1) of the Act necessarily gives the custodial parent the power to determine the religious upbringing of the child, but does not give that parent the right to prevent the other from sharing his or her views with the child, whether that takes the form of discussions, observances or other related activities. The right of the access parent to share those beliefs is subject only to two limitations: (a) the unwillingness of the child to participate and (b) the power of the court to restrict the access if exposure to the beliefs or practices is, or is likely to be, harmful to the well-being of the child. Such harm

- b) il est interdit à l'intimé d'empêcher l'une ou l'autre des trois enfants à charge de recevoir une transfusion sanguine en cas de besoin;

- c) l'intimé devra s'abstenir de toute remarque désobligeante à l'égard des croyances religieuses de la requérante . . .

Elle a ajouté que ni l'ordonnance de garde ni les restrictions au droit d'accès ne portaient atteinte à la liberté de religion garantie à l'intimé par la *Charte*. En ce qui a trait aux aliments, au partage des biens conjugaux et aux dépens, elle a également rendu des ordonnances accessoires, avec lesquelles j'ai déjà indiqué mon accord.

En appel (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1, l'intimé a renoncé à sa demande de garde, mais a sollicité une ordonnance de tutelle conjointe des enfants, l'accès sans restrictions et une déclaration portant que les restrictions imposées à son droit d'accès violaient ses droits garantis par la *Charte*, ainsi que ceux des enfants. Après avoir passé en revue les droits des parents chargés de la garde et l'évolution historique du droit d'accès, le juge Wood de la Cour d'appel (avec l'appui du juge Cummings sur ce point) a observé, au nom de la majorité, que la notion d'accès n'avait obtenu une reconnaissance législative qu'avec l'adoption de la Loi. Il a estimé que les termes de l'art. 16, pris dans leur ensemble, traduisaient l'intention du législateur d'apporter des changements substantiels en matière de droits de garde et d'accès et de faciliter l'établissement d'une relation valable et suivie entre les enfants et le parent ayant un droit d'accès. À son avis, il convient de donner au mot «contact» utilisé au par. 16(10) un sens large, l'interprétation juste de la Loi nécessitant le partage des «droits» entre le parent gardien et celui qui a un droit d'accès. Il a estimé qu'une ordonnance de garde rendue en vertu du par. 16(1) de la Loi confère obligatoirement au parent gardien le pouvoir de décider de la formation religieuse de l'enfant, sans toutefois lui donner le droit d'empêcher l'autre parent de partager ses opinions avec l'enfant, que ce soit sous forme de discussions, de pratiques ou autres activités connexes. Le droit du parent ayant accès auprès de l'enfant n'est assujéti qu'à deux limites: a) le refus de l'enfant et b) le pouvoir du tribunal

must be “real psychological or physical harm”, established on a civil standard of proof and must be distinguished from the general emotional distress which every child experiences upon divorce.

As to freedom of religion, Wood J.A. was of the view that the issue was whether or not the access parent’s fundamental freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter* is infringed by the long-standing common law rule which would give the custodial parent, as guardian of the child of the marriage, the absolute right to control the extent to which the access parent can expose that child to his or her religious beliefs. After considering the nature of freedom of religion set out in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, Wood J.A. held that an important element of the right to teach and disseminate one’s beliefs must be the right to share those beliefs with one’s children. In his view, it would be a rare case in which a court would be required to determine whether or not the exposure to conflicting religious beliefs or the beliefs themselves was threatening real physical or psychological harm to the child. Before embarking on such an inquiry, a court would require the evidence of an independent expert.

Applying these principles to the facts of the case, Wood J.A. concluded at p. 109 that:

No such harm was diagnosed or anticipated by either of the expert witnesses which the learned trial judge found to be credible. Nor did the evidence establish that the conflict in the religious beliefs of the parents was causing, or likely to cause, such harm.

The evidence went no further than to establish that the children were under some stress, the cause of which was “multi-factorial”, but which obviously included some component related to the religious dispute between the parents. As I have attempted to show such evidence would not even justify the court embarking on any inquiry into the religious beliefs of a parent. It is

de restreindre l’accès si le fait d’être exposé à des croyances ou à des pratiques porte ou est susceptible de porter préjudice au bien-être de l’enfant. Il doit s’agir d’un «préjudice psychologique ou physique réel», dont l’existence doit être établie selon une norme de preuve civile et qu’il faut distinguer de la perturbation émotive générale que vit tout enfant au moment d’un divorce.

En ce qui a trait à la liberté de religion, la question, de l’avis du juge Wood, était de savoir si la liberté de religion fondamentale dont le parent ayant un droit d’accès jouit en vertu de l’al. 2a) de la *Charte* est violée par la règle ancienne de common law donnant au parent gardien, en tant que tuteur de l’enfant à charge, le droit absolu de surveiller la mesure dans laquelle le parent ayant accès peut exposer cet enfant à ses croyances religieuses. Après avoir examiné la nature de la liberté de religion, telle qu’énoncée dans l’arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, le juge Wood a conclu que le droit de partager ses croyances avec ses enfants était un élément important du droit d’enseigner ces croyances et de les propager. À son avis, rares seraient les cas où le tribunal pourrait être appelé à décider si le fait d’être exposé à des croyances religieuses opposées, ou ces croyances en soi, menacent de causer un préjudice physique ou psychologique réel à l’enfant. Avant de procéder à semblable analyse, le tribunal exigerait le témoignage d’un expert indépendant.

Appliquant ces principes aux faits de l’espèce, le juge Wood a conclu, à la p. 109:

[TRADUCTION] Aucun des témoins experts, dont le juge de première instance a reconnu la crédibilité, n’a diagnostiqué l’existence d’un tel préjudice ou appréhendé qu’il ne se produise. La preuve n’a pas davantage établi que le conflit entre les croyances religieuses des parents causait, ou était susceptible de causer, un préjudice de cet ordre.

Tout au plus a-t-il été établi en preuve que les enfants subissaient un certain stress, dont les facteurs étaient multiples, mais dont certaines composantes étaient, à l’évidence, liées à la querelle des parents au sujet de la religion. Ainsi que j’ai tenté de le démontrer, ces éléments de preuve ne permettraient même pas au tribunal de faire enquête sur les croyances religieuses de l’un ou

therefore axiomatic that it would not support any interference with Mr. Young's fundamental freedom of religion under s. 2(a) of the Charter, in the form of the restrictions imposed.

Nonetheless, Wood J.A. held that the respondent was bound to respect the girls' wishes not to accompany him to his place of worship or on his proselytization efforts. Finding no reason to disbelieve the respondent's willingness to do so, Wood J.A. held that there was no basis for the imposition of any restrictions on his rights of access. In the result, he struck out the restrictions on access, found the declaration that the appellant have sole responsibility for the religious upbringing, health care and education of the children unnecessary and struck out the order that neither party make adverse remarks with reference to the religious beliefs of the other.

Southin J.A., dissenting on this issue, after a comprehensive review of parental authority, concluded that the custodial parent today enjoys the "full plenitude" of parental powers historically enjoyed by a guardian even during the time that the child is with the access parent. In her view, nothing in either the Act or the B.C. *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, was intended to limit the long-standing rule that the custodial parent is entitled to "lay down the law" concerning all matters relating to the children even during the time of access. In her view, the word "contact" in s. 16(10) of the Act did not contemplate a right in anyone granted access to disregard the determinations of the custodial parent, as it is a principle of statutory interpretation that (at p. 32) "if Parliament intends to set at naught a long-standing concept of the common law, it does so plainly and not by woolly words capable of more than one interpretation." With respect to the *Charter*, Southin J.A. held that the rights within s. 2 must not be construed in such a way as to deny the existence of parental rights, which are preserved by s. 26 of the *Charter*. She concluded that the appellant may control the children's activities but that she may not control the conversations which take place during the time of access. In her view, the appellant was entitled to establish that it would not be in the best interests of the children to be exposed to the

l'autre des parents. Il est donc évident qu'ils ne justifient pas une atteinte, telles les restrictions imposées en l'espèce, à la liberté de religion fondamentale que garantit à M. Young l'al. 2a) de la Charte.

<sup>a</sup> Néanmoins, le juge Wood a déclaré que l'intimé devait respecter le désir de ses filles de ne pas l'accompagner dans les lieux de culte ou dans ses démarches de prosélytisme. Ne voyant aucune raison de douter de la bonne volonté de l'intimé à cet égard, le juge Wood a conclu que rien ne justifiait l'imposition de restrictions à ses droits d'accès. En définitive, il a annulé les restrictions imposées, décrété inutile la déclaration portant que l'appelante a l'entière responsabilité de la formation religieuse, des soins de santé et de l'éducation des enfants, et révoqué l'interdiction pour chacune des parties de faire des remarques désobligeantes quant aux croyances religieuses de l'autre.

Exprimant sa dissidence sur ce point, le juge Southin a conclu, après un examen approfondi de la notion d'autorité parentale, que celui des parents qui a la garde jouit aujourd'hui de la «plénitude» des pouvoirs parentaux dont le tuteur était historiquement titulaire, et ce, même pendant la période où l'enfant se trouve avec le parent qui a un droit d'accès. À son avis, ni la Loi ni la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 121, ne visent à limiter la règle ancienne suivant laquelle le parent gardien a le droit de «fixer les règles» pour tout ce qui a trait aux enfants, même pendant la période d'accès. D'après elle, l'emploi du terme «contact» au par. 16(10) de la Loi ne vise pas à conférer à toute personne obtenant l'accès le droit d'ignorer les décisions du parent ayant la garde, étant donné le principe d'interprétation des lois voulant que (à la p. 32) [TRADUCTION] «si le législateur entend réduire à néant une notion bien établie de common law, il le fait clairement et non en utilisant des termes flous se prêtant à diverses interprétations». En ce qui concerne la *Charte*, le juge Southin a dit que les droits garantis à l'art. 2 ne devaient pas être interprétés de façon à nier l'existence des droits parentaux, lesquels sont préservés par l'art. 26 de la *Charte*. Elle a conclu que l'appelante pouvait contrôler les activités des enfants mais non les conversations se déroulant pendant les périodes d'exercice du droit d'accès. À son avis, l'appelante

religious observances of the respondent. In the result, she would have ordered that the respondent not take the children to any religious service or have the children accompany him in any religious activity without the written consent of the Petitioner.

### Relevant Statutory Provisions

In the present case, the Court is concerned with the statutory criteria which guide courts in matters of custody and access. A proper starting point, then, is to spell out those provisions of the *Divorce Act*, which are relevant to a discussion of custody and access:

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

(4) The court may make an order under this section granting custody of, or access to, any or all children of the marriage to any one or more persons.

(5) Unless the court orders otherwise, a spouse who is granted access to a child of the marriage has the right to make inquiries, and to be given information, as to the health, education and welfare of the child.

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

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

(9) In making an order under this section, the court shall not take into consideration the past conduct of any

avait le droit d'établir qu'il ne serait pas dans l'intérêt des enfants de les exposer aux pratiques religieuses de l'intimé. En définitive, elle s'est dite d'avis d'ordonner à l'intimé de ne pas amener les enfants à des offices religieux ou de ne pas se faire accompagner par elles dans toute activité à caractère religieux sans le consentement écrit de la requérante.

### Les dispositions législatives pertinentes

Dans la présente instance, sont en jeu les critères législatifs qui servent de guides aux tribunaux en matière de droits de garde et d'accès. Il convient, donc, dès le départ, de reproduire les dispositions de la *Loi sur le divorce* applicables à cet égard:

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

(4) L'ordonnance rendue par le tribunal conformément au présent article peut prévoir la garde par une ou plusieurs personnes des enfants à charge ou de l'un d'eux ou l'accès auprès de ces enfants.

(5) Sauf ordonnance contraire du tribunal, l'époux qui obtient un droit d'accès peut demander et se faire donner des renseignements relatifs à la santé, à l'éducation et au bien-être de l'enfant.

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

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

(9) En rendant une ordonnance conformément au présent article, le tribunal ne tient pas compte de la con-

person unless the conduct is relevant to the ability of that person to act as a parent of a child.

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

17. . . .

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

### Custody

Leaving aside for the moment the constitutional questions stated by Lamer C.J., I wish to focus on the matter of custody and access. While the issue of custody is no longer in dispute, the parties having agreed that the appellant should retain custody of their three children, it is still necessary, to set the stage fully, to examine the rationale underlying the granting of custody.

At common law, the right to custody of children was originally incontestable and reposed with the father to the exclusion of any claims of the mother. The father possessed the full bundle of rights which are an inherent feature of the relationship between parent and child. This right reflected the dominant ideology of the family before this century and was composed of several interrelated concepts. The patriarchal family was the preferred, indeed the only recognized family structure. Fathers were regarded as possessing a natural right to their children, which flowed from the belief that they knew best about the interests of their children and that those interests were best served by upholding their proprietary rights (see S. Maid-

duite antérieure d'une personne, sauf si cette conduite est liée à l'aptitude de la personne à agir à titre de père ou de mère.

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

17. . . .

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

### La garde

Laissant de côté pour l'instant les questions constitutionnelles formulées par le juge en chef Lamer, je mettrai l'accent sur les questions de garde et d'accès. Certes, la question de la garde n'est plus en litige, car les parties ont convenu que l'appelante conserverait la garde de leurs trois enfants; il reste toutefois nécessaire, pour bien situer le contexte, d'examiner les principes sous-jacents à l'attribution de la garde.

En common law, le droit à la garde des enfants était, à l'origine, incontestable; il était dévolu au père, et la mère ne pouvait aucunement y prétendre. Le père était investi de l'ensemble des droits qui sont les attributs inséparables du rapport entre les parents et les enfants. Ce droit traduisait l'idéologie dominante relative à la famille au siècle dernier et il comportait un ensemble de diverses notions. Le patriarcat était la forme préférée, voire la seule forme de famille reconnue. Les pères étaient regardés comme possédant un droit naturel sur leurs enfants, droit qui découlait de la croyance qu'ils étaient les mieux placés pour juger de leur intérêt et que le meilleur moyen de protéger cet intérêt était de maintenir leur droit de propriété

ment, *Child Custody and Divorce* (1984), at pp. 5-6; *In re Agar-Ellis*, [1883] Ch. D. 317). Thus, the sole concern in custody matters was for the rights of the father with little regard for the effect of such decisions on the child. As the famous case of *R. v. De Manneville* (1804), 5 East. 221, 102 E.R. 1054, illustrates, under such a regime, a mother could be denied custody and even access to a child still breast-feeding notwithstanding that the undisputed cause of the marriage breakdown was the cruelty of the father.

Since the 19th century, along with a gradual move toward equality of the sexes in custody presumptions, the focus has shifted from the rights of the parents to those of the child. The first statutory inroads were made in England with the passage of *Talfourd's Act* in 1839 (*An Act to amend the Law relating to the Custody of Infants* (U.K.), 2 & 3 Vict., c. 54) which allowed courts to make an order of access to the mother, and even to award her the custody of children of "tender years", those under the age of seven. However, fathers still retained the presumptive right to custody, a right which would only be disturbed where there was serious reason to believe that his behaviour would be detrimental to the child. In contrast, mothers who engaged in adulterous behaviour were deemed to have threatened the family structure and were presumed unfit to protect the interests of the child and routinely denied custody.

The best interests of the child gained ascendancy as the proper focus of custody decisions at the same time as courts moved toward the equality of women in custody decisions. The power of courts to rule in the best interests of the child was originally found in the equitable *parens patriae* jurisdiction of the Courts of Chancery. Although this power was at first only exercised in respect of the property rights of the child, the concept of the best interests of the child was gradually expanded to include the emotional, physical and spiritual

(voir S. Maidment, *Child Custody and Divorce* (1984), aux pp. 5 et 6; *In re Agar-Ellis*, [1883] Ch. D. 317). Dans les instances concernant la garde, les tribunaux ne tenaient donc compte que des droits du père, l'effet de leur décision sur l'enfant représentant un facteur négligeable. Comme le démontre la célèbre affaire *R. c. De Manneville* (1804), 5 East. 221, 102 E.R. 1054, une mère pouvait, en vertu de ce régime, se voir refuser la garde d'un enfant encore au sein, et même l'accès auprès de celui-ci, malgré le fait que la cruauté du père avait été la cause incontestée de la rupture du mariage.

Depuis le XIX<sup>e</sup> siècle, en même temps que l'égalité des sexes a gagné progressivement du terrain au regard des présomptions en matière de garde, on ne met plus l'accent sur les droits des parents mais bien sur ceux des enfants. La première loi anglaise qui ait marqué ce glissement a été la *Talfourd's Act* adoptée en 1839 (*An Act to amend the Law relating to the Custody of Infants* (R.-U.), 2 & 3 Vict., ch. 54) qui a autorisé les tribunaux à rendre une ordonnance accordant à la mère le droit d'accès auprès de ses enfants en bas âge, c'est-à-dire de moins de sept ans, et même la garde de ceux-ci. Toutefois, la présomption en matière de garde continuait de jouer en faveur du père; il ne pouvait être porté atteinte au droit du père que s'il y avait des motifs sérieux de croire que son comportement serait préjudiciable aux enfants. Par contraste, la mère qui se rendait coupable d'adultère était réputée constituer une menace pour la famille et présumée inapte à protéger l'intérêt des enfants, et elle était systématiquement privée de la garde.

Les tribunaux ont attaché de plus en plus d'importance au meilleur intérêt de l'enfant dans les instances concernant la garde à mesure qu'ils ont reconnu l'égalité des femmes dans ce domaine. Le pouvoir des tribunaux de statuer en fonction de l'intérêt de l'enfant reposait à l'origine sur la compétence *parens patriae* reconnue en *equity* aux Cours de la Chancellerie. Certes, ce pouvoir n'a été exercé au début qu'à l'égard des biens de l'enfant, mais la notion d'intérêt de l'enfant a été graduellement élargie et a fini par s'étendre au bien-

welfare of the child. Changes in the social landscape affecting both the nature of work and the family and growing recognition of the needs of children began to inform custody decisions. With the merger of the courts of equity and common law in the *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (U.K.), 36 & 37 Vict., c. 66, the ability of courts to overrule any common law parental right where found to be in the best interests of the child was confirmed, as s. 25(10) of the Act specifically provided that “In questions relating to the custody and education of infants the rules of equity shall prevail”. In England, Parliament specifically recognized as important a consideration of the welfare of the child in the *Guardianship of Infants Act, 1886* (U.K.), 49 & 50 Vict., c. 27. Upon the passage of the *Guardianship of Infants Act, 1925* (U.K.), 15 & 16 Geo. 5, c. 45, the welfare of the child became the “the first and paramount consideration”. The welfare, or what is now called the best interests, of the child thus prevailed over any potential rights that parents previously held at common law.

A number of rules were developed by courts, presumably predicated on the best interests test, which made the outcome of custody matters dependent upon assumptions as to parents' suitability. The most important of these rules was the tender years doctrine, which was described by an Ontario court in 1933 as the common sense proposition that, in general, children under the age of seven needed the care of their mothers (*Re Orr*, [1933] O.R. 212 (C.A.)). A related presumption favoured the placement of older children with the parent of the same sex. The *Guardianship of Infants Act, 1925*, granted women equal rights to custody over their children in England. In Canada, statutes providing for equality in entitlement to custody were passed in some provinces as early as 1923, although the process of legislative entrenchment was not completed until 1977 (see R. S. Abella, “Family Law in Ontario: Changing Assumptions” (1981), 13 *Ottawa L. Rev.* 1, at p. 13). The net effect of both legislative enactments

être affectif, physique et moral de l'enfant. Les changements dans le paysage social touchant la nature du travail et la famille, ainsi que la reconnaissance croissante des besoins des enfants, ont peu à peu transpiré dans la jurisprudence relative à la garde. Par suite de la fusion des cours d'*equity* et des cours de common law, consacrée par la *Supreme Court of Judicature Act, 1873* (R.-U.), 36 & 37 Vict., ch. 66, le pouvoir des tribunaux de passer outre à un droit parental reconnu en common law, lorsqu'ils estiment qu'il y va de l'intérêt de l'enfant, a été expressément confirmé au par. 25(10) de cette loi: [TRADUCTION] «Dans les questions relatives à la garde et à l'éducation des mineurs, les règles d'*equity* l'emportent.» En Angleterre, le Parlement a reconnu explicitement l'importance du bien-être de l'enfant, dans la *Guardianship of Infants Act, 1886* (R.-U.), 49 & 50 Vict., ch. 27. Avec l'adoption de la *Guardianship of Infants Act, 1925* (R.-U.), 15 & 16 Geo. 5, ch. 45, le bien-être de l'enfant est devenu [TRADUCTION] «la considération première et primordiale». Le bien-être, aujourd'hui appelé le meilleur intérêt, de l'enfant l'emportait désormais sur tout droit dont les parents auraient pu auparavant être titulaires en common law.

Les tribunaux ont élaboré un certain nombre de règles, vraisemblablement fondées sur le critère du meilleur intérêt, selon lesquelles l'issue des instances concernant la garde dépendait de présomptions quant à l'aptitude des parents. La plus importante de ces règles était la doctrine relative aux enfants en bas âge qu'une cour ontarienne a décrite, en 1933, comme une affaire de gros bon sens que, règle générale, les enfants de moins de sept ans ont besoin des soins de leur mère (*Re Orr*, [1933] O.R. 212 (C.A.)). Une présomption connexe voulait que les enfants plus âgés fussent placés avec soit leur père soit leur mère, selon leur sexe. En Angleterre, la *Guardianship of Infants Act, 1925* accordait aux mères des droits égaux à la garde des enfants. Au Canada, certaines provinces ont voté des lois prévoyant l'égalité des droits à la garde dès 1923, bien que le processus de la reconnaissance législative n'ait été mené à terme qu'en 1977 (voir R. S. Abella, «Family Law in Ontario: Changing Assumptions» (1981), 13 *R.D. Ottawa*

and judicially developed presumptions was that women were granted custody of children in the majority of cases.

Although the welfare principle long predates the 1970s, it was at that time that the emerging focus on the rights of children began to supplant the tender years doctrine, as courts adopted the principle expressed by de Grandpré J. in *Talsky v. Talsky*, [1976] 2 S.C.R. 292, at p. 293, that “the paramount consideration in custody matters is the welfare of the infants”. Concurrent with this shift was the dissociation of notions of matrimonial fault from assumptions about parenting ability. Following the Law Reform Commission of Canada’s report on *Family Law* in 1976, the best interests test was entrenched as the sole criterion for the determination of custody and access in the *Divorce Act*. Since then, not only has the best interests of the child become the paramount consideration, legislation has dictated that it be the sole consideration.

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

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

1, à la p. 13). Les textes de loi et les présomptions établies par les tribunaux ont eu pour résultat que les femmes ont obtenu la garde des enfants dans la majorité des cas.

<sup>a</sup> Bien que le principe du bien-être de l’enfant remonte à une époque bien antérieure aux années 1970, c’est durant cette période que les droits de l’enfant ont commencé à supplanter la doctrine relative aux enfants en bas âge, à mesure que les tribunaux ont adopté le principe énoncé par le juge de Grandpré dans l’arrêt *Talsky c. Talsky*, [1976] 2 R.C.S. 292, à la p. 293, selon lequel «la considération prépondérante en matière de garde d’enfants est le bien-être de ceux-ci». Ce glissement a été accompagné par la dissociation des notions de faute matrimoniale, d’une part, et des présomptions au sujet de l’aptitude à être parent, de l’autre. <sup>b</sup> Par suite de la publication, en 1976, du rapport de la Commission de réforme du droit du Canada intitulé *Le droit de la famille*, le critère du meilleur intérêt a été entériné dans la *Loi sur le divorce* comme seul critère applicable à la détermination des droits de garde et d’accès. Depuis, non seulement le meilleur intérêt de l’enfant est devenu la considération prépondérante, mais encore la loi a prescrit qu’il est le seul critère.

<sup>f</sup> En dépit de ces développements relatifs à l’aptitude respective des père et mère à se voir confier la garde, la nature et l’étendue du droit de garde lui-même sont restées assez stables. Les ordonnances en la matière se caractérisent encore avant tout, <sup>g</sup> comme par le passé, par l’attribution implicite, sinon explicite, de l’autorité parentale à la personne qui obtient la garde. Suivant la règle déjà ancienne en common law, une ordonnance de garde emporte le droit à l’exercice de l’autorité parentale, avec tous ses attributs. Si la garde est attribuée uniquement à l’un des parents, celui-ci est investi du droit exclusif d’exercer cette autorité. <sup>h</sup>

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



or her best interests. Indeed, courts have recognized that there is no magic to the parental tie and will, when the best interests of the child warrant, grant custody to a third party. As Dubin J.A. (now C.J.O.) held in *Re Moores and Feldstein*, [1973] 3 O.R. 921, at p. 928:

. . . it is the duty of the Court to view all the circumstances relevant to what is in the interest of the child, including a consideration as to whether the evidence disclosed that the child would benefit from the tie of a child to its mother.

It has long been recognized that the custodial parent has a duty to ensure, protect and promote the best interests of the child. That duty includes the sole and primary responsibility to oversee all aspects of day to day life and long-term well-being, as well as major decisions with respect to education, religion, health and well-being. This is reflected in the decision of the Ontario Court of Appeal in *Kruger v. Kruger* (1979), 25 O.R. (2d) 673, at p. 677, in which Thorson J.A. stated:

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

See also *Baker v. Baker* (1979), 8 R.F.L. (2d) 236 (Ont. C.A.).

A parallel situation exists with respect to the exercise of parental authority on separation or divorce under the *Civil Code of Quebec*. Article 647 of the *C.C.Q.* grants equal rights to parents in the exercise of authority over their children, stating that "[t]he father and mother have the rights and duties of custody, supervision and education of their children". However, art. 569 requires courts to decide questions of custody, maintenance and education of children "in their interest and in the respect of their rights", and art. 570 preserves only the right of the non-custodial parent to surveillance

voit à son intérêt. En effet, les tribunaux ont reconnu que les liens entre parents et enfants n'avaient rien de magique, et ils attribueront la garde à un tiers si l'intérêt de l'enfant le justifie. Comme le dit le juge Dubin (maintenant Juge en chef de l'Ontario) dans l'arrêt *Re Moores and Feldstein*, [1973] 3 O.R. 921, à la p. 928:

[TRADUCTION] . . . la Cour a le devoir de tenir compte de toutes les circonstances pertinentes pour l'intérêt de l'enfant, et doit vérifier si la preuve établit que l'enfant tirerait profit du lien avec sa mère.

Il est reconnu depuis longtemps que le parent gardien a l'obligation de garantir, de protéger et de favoriser le meilleur intérêt de l'enfant. Cette obligation suppose qu'il lui incombe, exclusivement et principalement, de surveiller tous les aspects de la vie quotidienne et du bien-être à long terme de l'enfant, et de prendre les décisions importantes relatives à son éducation, à sa religion, à sa santé et à son bien-être. Cela ressort de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Kruger c. Kruger* (1979), 25 O.R. (2d) 673, à la p. 677, dans lequel le juge Thorson écrit:

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

Voir aussi l'arrêt *Baker c. Baker* (1979), 8 R.F.L. (2d) 236 (C.A. Ont.).

Une situation parallèle est sanctionnée par le *Code civil du Québec* relativement à l'exercice de l'autorité parentale en cas de séparation ou de divorce. L'article 647 *C.C.Q.* accorde des droits égaux aux parents quant à l'exercice de l'autorité sur leurs enfants: «Les père et mère ont, à l'égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation.» Toutefois, les tribunaux doivent, aux termes de l'art. 569, trancher les questions de garde, d'entretien et d'éducation des enfants «dans l'intérêt de ceux-ci et le respect de leurs droits», et l'art. 570 ne réserve que le droit du

over such matters. As Beetz J., writing for this Court, held in *C.(G.) v. V.-F.(T.)*, [1987] 2 S.C.R. 244, at p. 280, the effect of a custody award is to remove the right of the non-custodial parent to exercise his or her parental authority.

The rationale for granting this authority to the custodial parent is described by Gendreau J.A. in *Dussault v. Ladouceur* (1987), 14 R.F.L. (3d) 185 (Que. C.A.), at p. 191, as follows:

[TRANSLATION] It goes without saying that as a general rule, when custody of a child is granted to one parent, he or she then exercises all the attributes of parental authority and the other parent does not normally interfere in the custodial parent's way of doing things, except in the exercise of his or her supervising role. The child's unity of development is preserved in this manner and any scatterings or dislocations that might be harmful to him or her are avoided.

See also *Gunn v. Gunn* (1975), 24 R.F.L. 182 (P.E.I.S.C.); *Benoit v. Benoit* (1972), 6 R.F.L. 180 (Ont. Prov. Ct.), reversed on other grounds (1972), 10 R.F.L. 282 (Ont. C.A.). Similarly, under the B.C. *Family Relations Act*, the custodial parent has the full bundle of rights over the child (*Charlton v. Charlton* (1980), 15 R.F.L. (2d) 220 (B.C.S.C.); *Anson v. Anson, supra*).

As Professor Julien Payne has observed in *Payne on Divorce* (2nd ed. 1988), at p. 144, it has, at times, been thought, both in Canada and elsewhere, that custody and guardianship of a child were different in scope. While the case law is not consistent on this point, the term "custody" has been used in two senses. When used in its wider sense, custody is akin to the concept of guardianship and encompasses the full bundle of parental rights. In its narrower sense, the term refers only to the right to physical custody or day to day care and control of the child (see *Hewer v. Bryant*, [1970] 1 Q.B. 357; *Anson v. Anson, supra*, at p. 363). However, as Payne notes at pp. 144-45, at this point in time, the wider concept of custody is well entrenched in Canadian law:

parent qui n'a pas la garde d'exercer une surveillance sur ces questions. Comme l'écrivait le juge Beetz, au nom de notre Cour, dans l'arrêt *C.(G.) c. V.-F.(T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244, à la p. 280, l'attribution de la garde a pour effet de retirer au parent n'ayant pas la garde le droit d'exercer l'autorité parentale.

Dans l'arrêt *Dussault c. Ladouceur* (1987), 14 R.F.L. (3d) 185 (C.A. Qué.), à la p. 191, le juge Gendreau explique pourquoi le parent gardien est investi de cette autorité:

Il va de soi qu'en règle générale, lorsque la garde d'un enfant est confiée à un parent, il exerce alors tous les attributs de l'autorité parentale et l'autre parent ne s'immisce ordinairement pas dans la façon de faire du gardien, sauf dans l'exercice de son rôle de surveillance. On préserve ainsi l'unité du développement de l'enfant et évite des éparpillements et des déchirements qui pourraient lui être néfastes.

Voir aussi *Gunn c. Gunn* (1975), 24 R.F.L. 182 (C.S.Î.-P.-É.); *Benoit c. Benoit* (1972), 6 R.F.L. 180 (C. prov. Ont.); infirmé pour d'autres motifs par (1972), 10 R.F.L. 282 (C.A. Ont.). De la même façon, sous le régime de la *Family Relations Act* de la Colombie-Britannique, le parent qui a la garde jouit de l'intégralité des droits sur l'enfant (*Charlton c. Charlton* (1980), 15 R.F.L. (2d) 220 (C.S.C.-B.) et *Anson c. Anson*, précité).

Comme le note le professeur Julien Payne dans *Payne on Divorce* (2<sup>e</sup> éd. 1988), à la p. 144, on a cru à certaines époques, au Canada et ailleurs, que la garde et la tutelle d'un enfant avaient une portée différente. Certes, la jurisprudence a varié sur ce point, mais le terme «garde» a été employé dans deux sens. Au sens le plus large, la garde s'apparente à la notion de tutelle et englobe l'intégralité des droits des parents. Au sens plus étroit, le terme s'entend seulement du droit à la garde matérielle ou à la surveillance et aux soins quotidiens de l'enfant (voir *Hewer c. Bryant*, [1970] 1 Q.B. 357 et *Anson c. Anson*, précité, à la p. 363). Toutefois, comme le fait remarquer Payne aux pp. 144 et 145, à notre époque, la notion large de garde est bien établie en droit canadien:

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

This view is reflected in the decision of Huddart Co. Ct. J. in *Anson v. Anson*, *supra*, at p. 366:

There seems to be no limit other than that of the imagination of the bar and bench to the variety of orders that can be devised to ensure the best interests of a child are served by the distribution of custodial rights and duties between the interested adults. The law reports resound with examples. Key, however, is where the residual authority lies. It seems too late to suggest that the term custody be confined to physical care and control with guardianship of the person being the residual concept, including general supervision of the upbringing of the child. The wide meaning is entrenched in federal legislation and in the case law here and elsewhere. [Emphasis added.]

See also *Clarke v. Clarke* (1987), 7 R.F.L. (3d) 176 (B.C.S.C.).

Southin J.A., the dissenting judge on this issue in the Court of Appeal, dealt at p. 31 with the question of custody under the B.C. provincial legislation in the following terms:

I can find nothing in the 1978 Act which warrants an inference that the Legislature intended by it to cut down the powers of guardians as those powers have long been understood. It follows that, if the order giving custody to Mrs. Young is sustained, she has under the Family Relations Act the full right to lay down the law concerning all matters relating to the children even during the time they are with their father for the purpose of his exercise of access.

The non-custodial parent retains certain residual rights over the child as one of its two natural guardians, among which is the right to apply to the court for variation of custody and access terms. Various other entitlements have been recognized at

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

Ce point de vue se reflète aussi dans la décision du juge Huddart de la Cour de comté dans *Anson c. Anson*, précité, à la p. 366:

[TRADUCTION] Lorsqu'il s'agit de garantir l'intérêt de l'enfant par la répartition des droits et des devoirs relatifs à la garde entre les adultes concernés, il semble que la variété des ordonnances ne connaisse d'autre limite que celle de l'imagination des avocats et des juges. Les recueils de jurisprudence regorgent d'exemples. L'élément clef est cependant l'attribution de l'autorité résiduelle. Il semble qu'il soit trop tard pour soutenir que le terme «garde» doit être limité à la surveillance et aux soins matériels et que la tutelle doit être tenue pour le siège de l'autorité résiduelle, qui comprend la surveillance générale de l'éducation de l'enfant. Le sens large est implanté dans la loi fédérale et dans la jurisprudence ici et ailleurs. [Je souligne.]

Voir également *Clarke c. Clarke* (1987), 7 R.F.L. (3d) 176 (C.S.C.-B.).

Madame le juge Southin, dissidente sur ce point en Cour d'appel, a discuté en ces termes, à la p. 31, de la question de la garde sous le régime de la loi de la Colombie-Britannique:

[TRADUCTION] Je ne vois rien dans la loi de 1978 qui nous autorise à inférer que le législateur a voulu diminuer les pouvoirs des tuteurs tels qu'ils sont compris depuis longtemps. Il s'ensuit que, si l'ordonnance confiant la garde à M<sup>me</sup> Young est confirmée, elle se voit accorder, aux termes de la Family Relations Act, le droit exclusif de fixer les règles relativement à toutes les questions touchant les enfants même pendant les périodes où elles sont avec leur père et que celui-ci exerce son droit d'accès.

Le parent qui n'a pas la garde conserve certains droits résiduels sur l'enfant, en tant que l'un de ses deux tuteurs naturels, entre autres le droit de demander au tribunal de modifier les modalités de garde et d'accès. Divers autres droits ont été recon-

common law, including, subject to the best interests of the child, the right to access, the right to contest the child's adoption, the right to claim guardianship of the person of the child upon the death of the custodial parent and the right to succeed to the child's property among others (see *Maidment, supra*, at p. 34; *Dussault v. Ladouceur, supra*; Law Reform Commission of Canada, report on *Family Law, supra*; Law Reform Commission of Canada, *The Custody, Care and Upbringing of Children of Divorcing Spouses*, 1973).

The traditional decision-making power of the custodial parent recognized by law is intimately connected to the welfare of the child, as the need for a secure and constant source of parental responsibility in the life of the child is well understood among those who are knowledgeable in the psychology of children. J. Goldstein, A. Freud and A. J. Solnit in *Beyond the Best Interests of the Child* (1979) identified three imperatives that must govern child placement decisions such as custody arrangements. Such decisions should: safeguard the child's need for continuity of relationships, reflect the child's, not the adult's, sense of time, and take into account the law's inability to supervise interpersonal relationships and the limits of knowledge to make long-range predictions (*supra*, at pp. 31, 40 and 49). The need for continuity generally requires that the custodial parent have the autonomy to raise the child as he or she sees fit without interference with that authority by the state or the non-custodial parent, as it is the inability of the custodial parent to protect those interests sufficiently which poses the real threat to the welfare of the child. A custody award can thus be regarded as a matter of whose decisions to prefer, as opposed to which decisions to prefer. In the words of B. M. Dickens, "The Modern Function and Limits of Parental Rights" (1981), 97 *L.Q. Rev.* 462, at p. 473 "the identification of who is allowed to decide is no less important in theory, and more important in practice, than how choice is to be exercised between options". (See also J. Goldstein, "In Whose Best Interest?", in R. S. Abella and C.

nus en common law sous réserve du meilleur intérêt de l'enfant, notamment le droit d'accès, le droit de contester l'adoption de l'enfant, le droit de revendiquer la tutelle de l'enfant au décès du parent ayant la garde et le droit d'hériter des biens de l'enfant (voir *Maidment, op. cit.*, à la p. 34; *Dussault c. Ladouceur*, précité; Commission de réforme du droit du Canada, *Le droit de la famille, op. cit.*; Commission de réforme du droit du Canada, *La garde, l'administration et l'éducation des enfants de parents qui divorcent*, 1973).

Le pouvoir décisionnel traditionnel du parent gardien, reconnu par la loi, est étroitement lié au bien-être de l'enfant, car le besoin d'une source sûre et constante de responsabilité parentale dans la vie de l'enfant est bien compris des spécialistes de la psychologie des enfants. J. Goldstein, A. Freud et A. J. Solnit ont défini, dans leur ouvrage *Beyond the Best Interests of the Child* (1979), trois impératifs qui doivent guider le tribunal appelé à trancher des questions relatives au placement de l'enfant, dont celle de la garde: voir à satisfaire le besoin de continuité de la relation de l'enfant; refléter la notion du temps de l'enfant et non celle de l'adulte; tenir compte de l'incapacité pour le droit de surveiller les rapports interpersonnels et des limites de nos connaissances en ce qui a trait aux prédictions à long terme (*op. cit.*, aux pp. 31, 40 et 49). Le besoin de continuité exige généralement que le parent gardien puisse élever l'enfant de façon autonome, sans ingérence de l'État ou du parent qui n'a pas la garde, car c'est l'incapacité du parent gardien de protéger suffisamment ces intérêts de l'enfant qui constitue la vraie menace pour son bien-être. On peut donc affirmer qu'en matière d'attribution de garde, il s'agit de déterminer à qui il est préférable de confier la prise de décisions et non pas quelles décisions sont préférables. Pour reprendre les paroles de B. M. Dickens, «The Modern Function and Limits of Parental Rights» (1981), 97 *L.Q. Rev.* 462, à la p. 473: [TRADUCTION] «déterminer qui a le droit de décider n'est pas moins important en théorie, et plus important en pratique, que la manière dont le choix doit s'opérer entre les options». (Voir aussi J. Goldstein, «In Whose Best Interest?», dans R. S.

L'Heureux-Dubé, eds., *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), at p. 124.)

As Goldstein, Freud and Solnit stress, an important function of the law on divorce or separation is to reinforce the remainder of the family unit so that children may get on with their lives with as little disruption as possible. Courts are not in a position, nor do they presume to be able, to make the necessary day-to-day decisions which affect the best interests of the child. That task must rest with the custodial parent, as he or she is the person best placed to assess the needs of the child in all its dimensions. In my view, this was eloquently expressed by Weatherston J. (later J.A.) in *McCahill v. Robertson* (1974), 17 R.F.L. 23 (Ont. S.C.), at pp. 23-24:

A child must know where its home is and to whom it must look for guidance and admonition and the person having custody and having that responsibility must have the opportunity to exercise it without any feeling by the infant that it can look elsewhere. It may be an unfortunate thing for the spouse who does not have custody that he or she does lose a great deal of the authority and indeed to some extent the love and affection of the child that might otherwise be gained, but this is one of the things which is inherent in separation and divorce. The parents cannot have it both ways. As I say, in my view, it is vitally necessary that the child know where its home is, to whom it is responsible and that there be no doubt in the mind of the child as to that. Within those limits, the parent who does not have custody should, of course, have access to the child under terms which are as reasonably generous as possible, but without interfering with that basic responsibility on the parent having custody. [Emphasis added.]

Once a court has determined who is the appropriate custodial parent, it must, indeed it can do no more than, presume that that parent will act in the best interests of the child. As the New Brunswick Court of Appeal stated in *Fougere v. Fougere* (1987), 77 N.B.R. (2d) 381, at p. 384:

Once courts award custody they must, in our view, support the custodial parent in that parent's reasonable efforts to bring up the children, including the right of

Abella et C. L'Heureux-Dubé, dir., *Family Law: Dimensions of Justice* (1983), à la p. 124.)

Comme le soulignent Goldstein, Freud et Solnit, une fonction importante des lois en matière de divorce ou de séparation vise le renforcement de ce qui reste de la cellule familiale, de sorte que les enfants puissent reprendre leur vie et subir le moins de perturbations possible. Les tribunaux ne sont pas en mesure, ni ne prétendent l'être, de prendre les décisions quotidiennes qui touchent l'intérêt de l'enfant. C'est au parent gardien que revient cette tâche, car il est le mieux placé pour évaluer les besoins de l'enfant dans toutes ses dimensions. À mon avis, dans l'affaire *McCahill c. Robertson* (1974), 17 R.F.L. 23 (C.S. Ont.), aux pp. 23 et 24, le juge Weatherston (plus tard juge de la Cour d'appel) a exprimé cette idée de façon éloquentte:

[TRADUCTION] Un enfant doit savoir où est son foyer et de qui doivent venir les conseils et les réprimandes, et la personne qui a la garde et à qui incombe cette responsabilité doit avoir la possibilité de s'en acquitter sans que l'enfant ait l'impression qu'il peut se tourner vers quelqu'un d'autre. Il est peut-être malheureux pour l'époux qui n'a pas la garde de perdre, en grande partie, son autorité et, en fait, jusqu'à un certain point, l'amour et l'affection de l'enfant qu'il pourrait autrement s'attirer, mais c'est un aspect inhérent de la séparation et du divorce. Les parents ne peuvent pas gagner sur les deux tableaux. Je le répète, il est absolument nécessaire à mon sens que l'enfant sache où est son foyer, à qui il doit rendre des comptes et qu'il n'y ait aucun doute là-dessus dans son esprit. À l'intérieur de ces limites, le parent qui n'a pas la garde doit, bien sûr, avoir accès auprès de l'enfant à des conditions aussi généreuses qu'il est raisonnablement possible, mais sans s'immiscer dans cette responsabilité fondamentale du parent gardien. [Je souligne.]

Une fois que le tribunal a déterminé à qui il convient de confier la garde, il doit et, en réalité, il ne peut rien faire de plus, présumer que le parent agira dans le meilleur intérêt de l'enfant. Ainsi que le note la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick dans l'arrêt *Fougere c. Fougere* (1987), 77 R.N.-B. (2d) 381, à la p. 384:

[TRADUCTION] Nous sommes d'avis que les tribunaux, une fois qu'ils ont accordé la garde, se doivent d'appuyer les efforts que fait le parent gardien pour élever

the custodial parent to decide questions relating to the religious upbringing of the children.

As has been widely observed by those studying the nature and sources of changes in family institutions, popular notions of parenthood and parenting roles have undergone a profound evolution both in Canada and elsewhere in the world in recent years (see generally M. A. Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform* (1991); L. J. Weitzman, *The Divorce Revolution* (1985); J. Drakich, "In Whose Best Interests? The Politics of Joint Custody", in B. Fox, ed., *Family Bonds and Gender Divisions: Readings in the Sociology of the Family* (1988); C. Smart and S. Sevenhuijsen, *Child Custody and the Politics of Gender* (1989), and S. B. Boyd, "Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?", in K. Busby, L. Fainstein and H. Penner, eds., *Equality Issues in Family Law: Considerations for Test Case Litigation* (1990)). One of the central tenets of this new vision is that child care both is no longer and should no longer be exclusively or primarily the preserve of women. Society has largely moved away from the assumptions embodied in the tender years doctrine that women are inherently imbued with characteristics which render them better custodial parents (for a discussion, see D. L. Chambers, "Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce" (1984), 83 *Mich. L. Rev.* 477). Moreover, both economic necessity and the movement toward social and economic equality for women have resulted in an increase in the number of women in the paid workforce. Many people have tended to assume that a natural result of this change would be the concurrent sharing of household and child-care responsibilities with spouses, companions and, of course, fathers. In addition, the increased emphasis on the participation of fathers in the raising of children and financial support after divorce gave rise to claims by fathers and fathers' rights groups for legislative changes that would entitle them to the benefit of neutral presumptions in custody decisions.

les enfants, y compris dans le droit de ce parent à décider des questions relatives à l'éducation religieuse des enfants.

Comme le font observer généralement ceux qui étudient la nature et les sources des changements dans les institutions familiales, les notions populaires de paternité, de maternité et de rôles des parents ont connu au cours des dernières années une profonde évolution au Canada et ailleurs dans le monde (voir, de façon générale, M. A. Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform* (1991); L. J. Weitzman, *The Divorce Revolution* (1985); J. Drakich, «In Whose Best Interests? The Politics of Joint Custody», dans B. Fox, dir., *Family Bonds and Gender Divisions: Readings in the Sociology of the Family* (1988); C. Smart et S. Sevenhuijsen, *Child Custody and the Politics of Gender* (1989), et S. B. Boyd, «Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?», dans K. Busby, L. Fainstein et H. Penner, dir., *Equality Issues in Family Law: Considerations for Test Case Litigation* (1990)). Selon l'un des préceptes au cœur de cette nouvelle façon de voir, le soin des enfants n'est plus et ne devrait plus être réservé exclusivement ni principalement aux femmes. La société s'est largement écartée des présomptions incarnées dans la doctrine relative aux enfants en bas âge selon lesquelles les femmes sont dotées de qualités inhérentes qui les rendent plus aptes à s'occuper des enfants (pour une analyse, voir D. L. Chambers, «Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce» (1984), 83 *Mich. L. Rev.* 477). Au surplus, tant les nécessités économiques que la tendance vers l'égalité sociale et économique des femmes ont entraîné une augmentation du nombre des femmes sur le marché du travail. Nombre de gens ont eu tendance à supposer que ce changement amènerait naturellement les époux, les compagnons et, bien sûr, les pères à partager les tâches ménagères et le soin des enfants. En outre, l'accent croissant mis sur la participation des pères à l'éducation des enfants et aux obligations alimentaires après le divorce a conduit des pères et des groupements de pères à revendiquer des modifications législatives qui leur accorderaient le bénéfice de présomptions neutres dans les litiges en matière de garde.

A corollary of the acceptance of neutral parenting roles is the notion that children after divorce need to maintain contact with both parents. It is now widely assumed to be self-evident in the child's best interests to ensure the non-custodial parent's involvement in the life of the child. One result of these changes has been the emergence of joint custody awards which are predicated explicitly on equality of parental responsibilities and the belief that children's interests are served by maximizing the involvement of both parents in decisions concerning the child.

The custody provisions of the Act reflect, to some degree, this evolving view of parental roles. Under the best interests test, courts no longer automatically grant custody according to the tender years doctrine. Instead, decisions are made according to the best interests of the child without the benefit of a presumption in favour of the mother, or, for that matter, the father. Subsection 16(4) of the Act, for the first time, specifies that a court may make joint custody orders. Subsection 16(10) of the Act contains the "friendly parent" rule which directs courts when granting custody to take into account the willingness of the parent seeking custody to maximize the contact of the other parent with the child of the marriage. It is clear, then, that the Act envisages contact between the child and each of its parents as a worthy goal which should be, all other things being equal, in the best interests of the child. This is a value which courts have always recognized in generally granting generous access to the non-custodial parent.

Wood J.A., however, has interpreted the Act as reflecting significant changes to the traditional law of custody and access. More specifically, he expressed the view that s. 16(10) of the Act indicates a desire on the part of Parliament to enlarge the concept of access beyond its traditional scope. Therefore, according to him, the traditional deci-

L'acceptation de rôles neutres pour les parents emporte comme corollaire la notion que les enfants ont, après le divorce, besoin de maintenir le contact avec leurs deux parents. Il est désormais acquis, au point d'être l'évidence même, qu'il y va du meilleur intérêt de l'enfant que le parent qui n'a pas la garde s'implique dans sa vie. Ces changements ont conduit, entre autres, à l'émergence d'ordonnances de garde partagée qui reposent explicitement sur l'égalité des responsabilités parentales et sur la croyance que la maximisation de la participation des deux parents dans les décisions concernant les enfants sert leur meilleur intérêt.

Les dispositions de la Loi touchant la garde reflètent, dans une certaine mesure, cette évolution de la mentalité en ce qui a trait aux rôles des parents. Selon le critère du meilleur intérêt, les tribunaux ne confient plus automatiquement la garde sur la base de la théorie relative aux enfants en bas âge. Ils prennent plutôt en considération le meilleur intérêt de l'enfant sans faire jouer de présomption en faveur de la mère ou, quant à cela, en faveur du père. Le paragraphe 16(4) de la Loi, pour la première fois, précise que le tribunal peut rendre une ordonnance de garde partagée. Le paragraphe 16(10) énonce la règle du «parent animé de bonnes intentions» selon laquelle le tribunal doit tenir compte, dans l'attribution de la garde, du fait que la personne qui demande la garde est disposée ou non à maximiser la communication entre l'enfant et l'autre parent. Il est donc clair que la Loi fait du maintien du contact entre l'enfant et chacun de ses parents un objectif louable qui doit, toutes choses égales par ailleurs, favoriser le meilleur intérêt de l'enfant. C'est là une valeur que les tribunaux ont toujours reconnue en confiant généralement un généreux droit d'accès au parent qui n'a pas la garde.

Le juge Wood de la Cour d'appel, cependant, a interprété la Loi comme reflétant des changements importants dans les règles traditionnelles du droit en matière de garde et d'accès. Plus précisément, il a exprimé l'avis que le par. 16(10) de la Loi indique la volonté du législateur d'élargir le concept d'accès au delà de sa portée traditionnelle. Par

sion-making power of custodial parents has been curtailed by s. 16 which, taken as a whole, requires a distribution of rights between the parents.

To that end, Wood J.A. relies on the views expressed about the nature of custody in the English decision of *Dipper v. Dipper*, [1980] 2 All E.R. 722, as approximating the philosophy found in the Act. In that case, the English Court of Appeal held at p. 733:

... it [is] a fallacy which continues to raise its ugly head that, on making a custody order, the custodial parent has a right to take all the decisions about the education of the children in spite of the disagreements of the other parent. That is quite wrong. The parent is always entitled, whatever his custodial status, to know and be consulted about the future education of the children and any other major matters. If he disagrees with the course proposed by the custodial parent he has the right to come to the court in order that the difference may be determined by the court.

The "right to know" is, of course, embodied in the Act, but the "right to be consulted" and to have disagreements aired in Court is not. The only ground set out in the Act on which to contest a decision of the custodial parent is to show that the decision is contrary to the best interests of the child. Courts in Canada have never adopted the view that the custodial parent's decisions are subject to the approval of the non-custodial parent, and that such disagreements must be resolved in court.

Furthermore, in my view, there is nothing in the Act which mandates such a reversal in the philosophy of custody as held up to now. The Law Reform Commission of Canada, report on *Family Law*, *supra*, on which the Act is based, defines custody at p. 46 in the following manner:

4.4 "Custody" has several legal meanings. It stands for the whole collection of legal powers (many of which connote parental obligations as much as "rights") of fathers and mothers over their children: the power to

conséquent, d'après lui, le pouvoir traditionnel des parents gardiens a été réduit par l'art. 16, qui, pris dans son ensemble, exige une répartition des droits entre les parents.

À cet égard, le juge Wood s'appuie sur le point de vue exprimé par la Cour d'appel anglaise dans l'arrêt *Dipper c. Dipper*, [1980] 2 All E.R. 722, au sujet de la nature de la garde qui, selon lui, se rapproche de la philosophie sous-jacente à la Loi. Dans cette affaire, le tribunal anglais affirme à la p. 733:

[TRADUCTION] ... c'est une erreur qui fait sans cesse sa réapparition que de croire que, lorsqu'une ordonnance de garde est rendue, le parent qui a la garde a le droit de prendre toutes les décisions concernant l'éducation des enfants malgré la désapprobation de l'autre parent. C'est tout à fait faux. Tout parent a toujours le droit, peu importe sa situation juridique quant à la garde, de se faire donner des renseignements et d'être consulté au sujet de l'éducation des enfants et de toute autre question importante. S'il n'approuve pas la ligne de conduite suivie par le parent gardien, il a le droit de demander au tribunal de trancher le différend.

Le «droit de se faire donner des renseignements» est, bien entendu, inscrit dans la Loi mais le «droit d'être consulté» et de saisir le tribunal du désaccord ne l'est pas. La Loi ne prévoit qu'un seul motif pour lequel les décisions du parent gardien peuvent être contestées, soit la preuve qu'elles sont contraires au meilleur intérêt de l'enfant. Les tribunaux canadiens n'ont jamais adopté le point de vue selon lequel les décisions du parent gardien doivent être approuvées par l'autre parent et selon lequel ces désaccords doivent être réglés par les tribunaux.

Par surcroît, à mon avis, la Loi n'a pas pour effet d'opérer un tel revirement de la philosophie qui a prévalu jusqu'à maintenant en matière de garde. Dans son rapport, *Le droit de la famille*, *op. cit.*, dont s'inspire la Loi, la Commission de réforme du droit du Canada définit la garde aux pp. 50 et 51 en ces termes:

4.4 Le terme de «garde» a plusieurs sens en droit. Il représente tout l'ensemble des pouvoirs juridiques (dont plusieurs dénotent des obligations parentales autant que des «droits») que les pères et mères ont sur leurs



raise and control the child, to determine the nature and amount of the child's education, to determine his or her religious upbringing, to administer the child's property, to grant or withhold consent to the marriage of an under-age child, to apply to the courts on his or her behalf, and so on. In its narrower sense, it means simply "care and upbringing" or, to use a more vivid but unfortunate phrase, "possession".

4.5 Where custody is granted to one parent, the courts afford the other the right to "reasonable access" — usually worked out between the parents, but where they cannot agree, as directed by the judge.

This description of custody mirrors the traditional elements of parental authority and in no way suggests a blending of the rights of the access parent with those of the custodial parent. While the Act specifies that access is a value to be preserved, the objective in s. 16(10) that a child have "as much contact with each spouse" is immediately qualified by the proviso "as is consistent with the best interests of the child" (emphasis added). Thus, it is clear that maximum contact is not an unbridled objective, and that it must be curtailed wherever the welfare of the child requires it. The best interests of the child remain the prism through which all other considerations are refracted.

Professor Payne, in *Payne on Divorce, supra*, at p. 144, shares the view that the access provisions in the Act do not confer any authority on the non-custodial parent to participate in the major decisions of a child's life. Rather, s. 16(5) of the Act provides that "[u]nless the court orders otherwise, a spouse who is granted access to a child of the marriage has the right to make inquiries, and to be given information, as to the health, education and welfare of the child". It does not mandate that the custodial parent consult with the access spouse when making such decisions with respect to the child. (See also *Anson v. Anson, supra*). Custody as defined in s. 2(1) of the Act "includes care, upbringing and any other incident of custody". Payne states at pp. 145-46:

enfants; le pouvoir d'élever et de surveiller l'enfant, de déterminer la nature et l'étendue de son éducation, de déterminer son éducation religieuse, d'administrer ses biens, d'accorder ou de refuser le consentement au mariage d'un enfant mineur, de plaider en son nom devant les tribunaux, etc. Dans un sens plus restreint, le terme signifie simplement «l'entretien et l'éducation» ou, pour utiliser un terme malencontreux mais qui fait image, la «possession».

4.5 Lorsque la garde est accordée à l'un des parents, les tribunaux accordent à l'autre un «droit de visite raisonnable»; les modalités en sont généralement établies par les parents ou, à défaut d'accord entre les parents, par le juge.

Cette définition de la garde reprend les éléments traditionnels de l'autorité parentale et ne suggère aucunement la fusion des droits du parent qui a un droit d'accès et de ceux du parent gardien. Certes, la Loi précise que l'accès est une valeur à préserver, mais l'objectif, énoncé au par. 16(10), que l'enfant doit avoir «avec chaque époux le plus de contact» est immédiatement tempéré par la réserve «compatible avec son propre intérêt» (je souligne). De toute évidence, le contact maximum n'est donc pas un objectif absolu et il doit être limité chaque fois que le bien-être de l'enfant l'exige. Le meilleur intérêt de l'enfant reste le prisme à travers duquel tous les autres facteurs doivent être examinés.

Dans *Payne on Divorce, op. cit.*, à la p. 144, le professeur Payne est, lui aussi, d'avis que les dispositions de la Loi relatives à l'accès n'attribuent pas au parent qui n'a pas la garde le droit de participer aux décisions importantes dans la vie d'un enfant. Le paragraphe 16(5) de la Loi dispose plutôt que «[s]auf ordonnance contraire du tribunal, l'époux qui obtient un droit d'accès peut demander et se faire donner des renseignements relatifs à la santé, à l'éducation et au bien-être de l'enfant». Il ne prescrit pas que le parent gardien consulte l'autre parent avant de prendre ces décisions touchant l'enfant. (Voir aussi *Anson c. Anson*, précité.) Suivant la définition du terme «garde» au par. 2(1) de la Loi, «[s]ont assimilés à la garde le soin, l'éducation et tout autre élément qui s'y rattache.» Payne écrit, aux pp. 145 et 146:

The provisions of the *Divorce Act, 1985*, and particularly the definitions of “custody” and “accès” in subsection 2(1) of the Act, apparently preclude Canadian courts from reverting to a narrow definition of custody. The word “includes” in the definition of custody necessarily implies that the term embraces a wider range of powers than those specifically designated in subsection 2(1). . . . The opinions expressed in *Kruger v. Kruger, supra*, have thus been statutorily endorsed by the *Divorce Act, 1985*. Consequently, in the absence of a successful application to vary an unqualified sole custody disposition with respect to all or any of the incidents of custody, the non-custodial spouse with access privileges is a passive bystander who is excluded from the decision-making process in matters relating to the child’s welfare, growth and development. This remains true notwithstanding that subsection 16(10) of the *Divorce Act, 1985* provides that the court shall promote “maximum contact” between the child and the non-custodial parent to the extent that this is consistent with the best interests of the child. [Emphasis added.]

I could not agree more, given the wording of the Act itself and the generally accepted view of custody both before and since its enactment. The Act neither suggests nor requires the division of parental responsibilities between the custodial and access parent. If Parliament had intended such a result, it would have used much clearer and less ambiguous language.

It goes without saying that I do not share the assertion of my colleague that “the proposition, put to us in argument, that the custodial parent should have the right to forbid certain types of contact between the access parent and the child, must fail” (p. 119). The proposition is not one of “rights”; it is one of duty and obligation to the child’s best interests. For example, a custodial parent, aware of sexual or other abuse by the non-custodial parent would be remiss in his or her duty to the child not to cut off access by the abuser immediately, with or without a court order. One cannot stress enough that it is from the perspective of the child’s interests that these powers and responsibilities must be assessed, as the “rights” of the parent are not a criterion.

[TRADUCTION] Les dispositions de la *Loi de 1985 sur le divorce* et, en particulier, les définitions des termes «garde» et «accès» au par. 2(1) de la Loi interdisent apparemment aux tribunaux canadiens de revenir à une définition étroite de la garde. L’expression «sont assimilés» employée pour définir la garde implique nécessairement que le terme vise un éventail plus large de pouvoirs que ceux énumérés au par. 2(1). [ . . . ] Les opinions émises dans l’arrêt *Kruger c. Kruger*, précité, ont donc été sanctionnées dans la *Loi de 1985 sur le divorce*. En conséquence, en l’absence d’ordonnance modificative de l’ordonnance confiant la garde inconditionnellement à l’un des parents, par rapport à la totalité ou à l’un des éléments de la garde, l’époux qui n’a pas la garde mais un droit d’accès n’est qu’un observateur passif qui est exclu du processus décisionnel relatif aux questions concernant le bien-être, la croissance et le développement de l’enfant. C’est vrai même si le par. 16(10) de la *Loi de 1985 sur le divorce* porte que le tribunal doit favoriser le maximum de contact entre l’enfant et le parent qui n’a pas la garde, dans la mesure où cela est compatible avec l’intérêt de l’enfant. [Je souligne.]

Je suis tout à fait d’accord, compte tenu du texte de la Loi et du courant de pensée général sur la garde avant l’adoption de la Loi et depuis lors. La Loi ne suppose ni n’exige la division des responsabilités parentales entre les parents. Si le législateur avait voulu ce résultat, il aurait utilisé un langage beaucoup plus clair et moins ambigu.

Il va sans dire que je ne souscris pas à l’affirmation de ma collègue, lorsqu’elle dit qu’«il faut rejeter l’argument selon lequel celui des parents qui a la garde devrait avoir le droit d’interdire certains types de contact entre l’enfant et celui qui a un droit d’accès» (p. 119). Il ne s’agit pas, en l’occurrence, de «droits», mais bien de devoir et d’obligation dans l’intérêt de l’enfant. Par exemple, le parent gardien, sachant que le parent qui n’a pas la garde se livre à des agressions sexuelles ou autres, manquerait à son devoir envers l’enfant s’il ne mettait pas fin immédiatement au droit d’accès du coupable, avec ou sans ordonnance judiciaire. On ne saurait trop insister sur le fait que c’est dans l’optique de l’intérêt de l’enfant qu’il convient d’évaluer ces pouvoirs et responsabilités, car les «droits» d’un parent n’entrent pas en ligne de compte.

The arguments in favour of increased authority over the child by the access parent are closely related to those which support a presumption in favour of joint custody (see J. Folberg, "Joint Custody", in R. S. Abella and C. L'Heureux-Dubé, eds., *supra*, at p. 185). They rest on the premise that the relationship of authority and obligation that existed between each of the parents and the child during the marriage should and can continue, despite the fact that the parents may no longer be willing or able to cooperate on its exercise. While joint custody may remain an ideal solution in proper cases, particularly when parents are willing and able to cooperate, such premises are often based on illusion rather than reality and may, in the words of Thorson J.A., amount to "a triumph of optimism over prudence" (*Kruger v. Kruger*, *supra*, at p. 681).

Unlike in other jurisdictions, the Act contains no presumption in favour of joint custody. Nor have Canadian courts generally accepted the view that joint custody is to be preferred in judicial orders as to custody and access. Beside the fact that the term "joint custody" is a misnomer (see C. L'Heureux-Dubé, "La garde conjointe, concept acceptable ou non?" (1979), 39 *R. du B.* 835), courts have demonstrated a strong hesitation to making joint custody orders, since in those custody disputes which end up before the courts, the animosity between parents does not generally favour such dispositions. Thorson J.A. observed in *Kruger v. Kruger*, *supra*, at p. 678 that:

Above all, [joint custody] requires a willingness by both parents to work together to ensure the success of the arrangement. Such a willingness must be sincere and genuine; *by its very nature it is not something that can be imposed by a Court* on two persons, one or both of whom may be unwilling or reluctant to accept it in all its implications. Like marriage itself if it is to succeed, it is an arrangement that has to be worked out by two persons who are determined, or their own will and in good faith, to make it work. [Emphasis in original.]

Les arguments qui favorisent une autorité accrue sur l'enfant au profit du parent qui a un droit d'accès se rattachent de près à ceux qui appuient l'adoption d'une présomption favorisant la garde partagée (voir J. Folberg, «Joint Custody», dans R. S. Abella et C. L'Heureux-Dubé, dir., *op. cit.*, à la p. 185). Ils sont fondés sur la prémisse que la relation d'autorité et d'obligation qui existait entre chacun des parents et l'enfant durant le mariage doit et peut continuer, en dépit du fait que les parents ne sont peut-être plus disposés à coopérer pour l'exercer, ou capables de le faire. Certes, la garde partagée peut demeurer la solution idéale dans les cas qui s'y prêtent, surtout si les parents sont prêts à coopérer et capables de le faire, mais de telles prémisses reposent souvent sur une illusion et non sur la réalité, et elles peuvent, pour citer le juge Thorson, représenter le [TRADUCTION] «triomphe de l'optimisme sur la prudence» (arrêt *Kruger c. Kruger*, précité, à la p. 681).

Contrairement à ce qui est le cas ailleurs, la Loi ne contient aucune présomption en faveur de la garde partagée. Les tribunaux canadiens n'ont pas non plus accepté, en général, l'idée qu'il faille préférer la garde partagée lorsqu'il s'agit de rendre une ordonnance de garde et d'accès. Outre le fait que le terme anglais «*joint custody*» est impropre (voir C. L'Heureux-Dubé, «La garde conjointe, concept acceptable ou non?» (1979), 39 *R. du B.* 835), les tribunaux se sont révélés très hésitants à rendre des ordonnances de garde partagée parce que, dans les instances qui aboutissent devant eux, ces ordonnances sont généralement contre-indiquées en raison de l'animosité entre les parents. Dans l'arrêt *Kruger c. Kruger*, précité, à la p. 678, le juge Thorson fait observer:

[TRADUCTION] Par-dessus tout, [la garde partagée] suppose que les deux parents veuillent bien collaborer afin d'assurer le succès de l'entente. Cette bonne volonté doit être sincère et authentique; *par nature, cette solution ne saurait être imposée par le tribunal* aux deux personnes si l'une d'elles ou si toutes deux ne sont pas disposées ou rechignent à l'accepter avec toutes ses conséquences. Comme le mariage lui-même, cet arrangement ne peut réussir que s'il est arrêté par deux personnes déterminées à le faire réussir, de leur plein gré et de bonne foi. [En italique dans l'original.]

When parents are willing and able to share parenting responsibilities, they usually do so by agreement, which courts generally uphold (*Kruger v. Kruger, supra; Baker v. Baker, supra; Keyes v. Gordon* (1985), 45 R.F.L. (2d) 177 (N.S.C.A.); *Dussault v. Ladouceur, supra; Droit de la famille — 316*, [1986] R.D.F. 651 (Que. C.A.)). Courts are also reluctant to interfere with shared parenting arrangements that have survived for a period of time after parental separation or divorce (see J. D. Payne and B. Edwards, "Co-operative Parenting After Divorce: A Canadian Perspective" (1989), 11 *Advocates' Q.* 1, at pp. 13-15; S. M. Holmes, "Imposed Joint Legal Custody: Children's Interests or Parental Rights?" (1987), 45 *U.T. Fac. L. Rev.* 300).

But the reality of divorce and the circumstances of the parties cannot easily be dismissed. When implementing the objectives of the Act, whether considering joint custody or fashioning access orders, courts, in my view, must be conscious of the gap between the ideals of shared parenting and the social reality of custody and childcare decisions. Despite the neutrality of the Act, forces such as wage rates, job ghettos and socialization about care giving still operate in a manner that cause many women to "choose" to take on the care giving role both during marriage and after divorce. Hence, "we remain a good distance away from the kind of equality which would make decisions between mothers and fathers as to who is going to leave the workforce to care for young children truly gender neutral" (S. B. Boyd, "Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?", *supra*, at p. 76; S. B. Boyd, "Child Custody Law and the Invisibility of Women's Work" (1989), 96 *Queen's Q.* 831). Moreover, research uniformly shows that men as a group have not yet embraced responsibility for childcare. The vast majority of such labour, both before and after divorce, is still performed by women, whether those women work outside the home or not, and women remain the sole custodial parent in the majority of cases by mutual consent of the parties (see *Evaluation of the Divorce Act — Phase II: Monitoring and Evaluation*, at p. 99; J. Drakich,

Quand les parents sont disposés à partager les responsabilités parentales, et capables de le faire, ils concluent habituellement un accord, que le tribunal approuve généralement (*Kruger c. Kruger; Baker c. Baker*, précités; *Keyes c. Gordon* (1985), 45 R.F.L. (2d) 177 (C.A.N.-É.); *Dussault c. Ladouceur*, précité; *Droit de la famille — 316*, [1986] R.D.F. 651 (C.A. Qué.)). Les tribunaux hésitent, en outre, à modifier les accords de garde partagée qui ont survécu durant un certain laps de temps après la séparation ou le divorce (voir J. D. Payne et B. Edwards, «Co-operative Parenting After Divorce: A Canadian Perspective» (1989), 11 *Advocates' Q.* 1, aux pp. 13 à 15; S. M. Holmes, «Imposed Joint Legal Custody: Children's Interests or Parental Rights?» (1987), 45 *U.T. Fac. L. Rev.* 300).

Mais la réalité du divorce et la situation des parties ne peuvent être facilement écartées. Lorsqu'ils mettent en œuvre les objectifs de la Loi, que ce soit en envisageant la garde partagée ou en concevant une ordonnance d'accès, les tribunaux doivent, à mon sens, être conscients de l'écart entre l'idéal du partage des tâches parentales et la réalité sociale des décisions en matière de garde et de soin des enfants. Malgré la neutralité de la Loi, des forces telles que les taux de rémunération, les ghettos du marché de l'emploi et la socialisation des soins agissent encore de manière à amener nombre de femmes à «choisir» de se charger du soin des enfants durant le mariage et après le divorce. C'est pourquoi [TRADUCTION] «nous sommes encore loin du type d'égalité qui ferait en sorte qu'absolument aucune distinction de sexe ne joue lorsque les pères et les mères décident qui va laisser son emploi pour s'occuper des jeunes enfants» (S. B. Boyd, «Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?», *loc. cit.*, à la p. 76; S. B. Boyd, «Child Custody Law and the Invisibility of Women's Work» (1989), 96 *Queen's Q.* 831). En outre, les études montrent uniformément que les hommes, en tant que groupe, n'ont pas encore assumé la responsabilité du soin des enfants. Dans une très grande majorité de cas, ce sont les femmes qui accomplissent toujours ces tâches, tant avant qu'après le divorce, qu'elles occupent un emploi rémunéré ou non, et les femmes obtiennent la

“In Search of the Better Parent: The Social Construction of Ideologies of Fatherhood” (1989), 3 *C.J.W.L.* 69). Nor does a joint custody order in most cases result in truly shared custody. Rather, in day-to-day practice, joint custody tends to resemble remarkably sole custody, as in many such orders care and control remain with one person (C. J. Richardson, *Court-based Divorce Mediation in Four Canadian Cities: An Overview of Research Results* (1988), at p. 35; S. B. Boyd, “Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?”, *supra*, at p. 72; M. Fineman, “Dominant Discourse, Professional Language and Legal Change in Child Custody Decisionmaking” (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 727). The person who has performed the primary care giving role within the marriage as a rule retains that obligation upon separation and divorce. Thus, the lived experience of childcare for both women and children after divorce has changed much less than we might suppose or wish. As J. D. Payne and B. Edwards advise, “[i]n light of such empirical data, which encompass the *Divorce Act* of 1968 and the *Divorce Act, 1985*, popular assumptions that public attitudes towards sexual stereotyping and parenting roles after divorce have undergone radical change must be viewed with caution” (“Co-operative Parenting After Divorce: A Canadian Perspective”, *supra*, at p. 8. See also F. Furstenberg and A. J. Cherlin, *Divided Families: What Happens to Children When Parents Part* (1991), at p. 74).

Since in the present case, the respondent requested joint custody at trial but abandoned this claim on appeal and since his claim for joint guardianship also failed, it is not necessary to labour the point. One can only note that the trial judge made a finding of fact that the respondent

garde exclusive dans la majorité des cas par consentement mutuel (voir *Évaluation de la Loi sur le divorce — Étape II: Contrôle et évaluation*, à la p. 111; J. Drakich, «In Search of the Better Parent: The Social Construction of Ideologies of Fatherhood» (1989), 3 *R.J.F.D.* 69). Et même en cas d’ordonnance de garde partagée, dans la plupart des cas il n’y a pas de véritable partage de la garde. Dans la vie quotidienne, la garde partagée a plutôt tendance à ressembler remarquablement à la garde exclusive, car on a observé qu’en ce qui concerne bon nombre d’ordonnances de ce type, les soins et la surveillance sont le lot d’une seule personne (C. J. Richardson, *La médiation des divorces rattachée aux tribunaux dans quatre villes canadiennes: un aperçu des résultats de recherche* (1988), à la p. 32; S. B. Boyd, «Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?», *loc. cit.*, à la p. 72; M. Fineman, «Dominant Discourse, Professional Language and Legal Change in Child Custody Decisionmaking» (1988), 101 *Harv. L. Rev.* 727). La personne qui s’est chargée principalement de pourvoir au soin des enfants durant le mariage continue, en règle générale, d’assumer ce rôle après la séparation et le divorce. En conséquence, la réalité vécue par les femmes et les enfants sur le plan du soin des enfants après le divorce a changé beaucoup moins que nous pourrions le supposer ou le souhaiter. Comme le préconisent J. D. Payne et B. Edwards, [TRADUCTION] «[v]u ces données, qui se rapportent tant à la *Loi sur le divorce* de 1968 qu’à la *Loi de 1985 sur le divorce*, il y a lieu de considérer avec circonspection les hypothèses populaires selon lesquelles les attitudes du public à l’égard des stéréotypes sexuels et des rôles des parents après le divorce ont changé radicalement» («Co-operative Parenting After Divorce: A Canadian Perspective», *loc. cit.*, à la p. 8. Voir aussi F. Furstenberg et A. J. Cherlin, *Divided Families: What Happens to Children When Parents Part* (1991), à la p. 74).

Comme, en l’espèce, l’intimé a demandé la garde partagée au procès mais a abandonné sa revendication en appel et que sa demande de tutelle conjointe a également été rejetée, il n’est pas nécessaire de s’étendre sur ce point. On peut seulement faire remarquer que le juge de première

desired custody simply in order to control the religious upbringing of the children.

Support for the decisions of the custodial parent in the discharge of his or her responsibilities remains crucial if the child is to flourish. The conferral of decision-making authority on the custodial parent acknowledges and reflects the actual day-to-day reality of this task. It is well documented that the single parent bearing primary responsibility for the care of children often labours under increased social, economic and emotional burdens that far exceed those of the intact family. That burden is acutely felt by the children, who typically experience a myriad of hardships in this situation (see M. Grassby, "Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support" (1991), 30 R.F.L. (3d) 369). These may include a reduction in the standard of living, fewer resources for discretionary activities such as sports, artistic and leisure activities, frequent changes of residence, disruptions of friendships and often less parental attention, as the custodial parent is commonly required to devise new ways of fulfilling continuing needs with diminished resources. In the face of the enduring tasks and obligations of the custodial parent, courts must be wary of any expansion of the traditional rights of the non-custodial parent. The clear risk is that such changes will simply reduce the decision-making power of the custodial parent, without any parallel reduction in the responsibilities. This creates no benefit, and may amount to pure disturbance, both to the women who, as a rule, provide the primary care and to the children who must function within such a regime.

The perception that upholding the authority of the custodial parent emphasizes the rights of the parent at the expense of the interests of the child misconceives the problem. It is precisely to ensure the best interests of the child that the decision-making power is granted to the custodial parent, as that person is uniquely situated to assess, understand, ensure and promote the needs of the child. This, of course, is also consistent with the fact that

instance a conclu des faits que l'intimé voulait la garde simplement pour contrôler l'éducation religieuse des enfants.

Appuyer les décisions du parent chargé de la garde qui assume ses responsabilités reste essentiel à l'épanouissement de l'enfant. Attribuer le pouvoir décisionnel au parent gardien, c'est reconnaître et refléter la réalité quotidienne de cette tâche. Est bien documenté le fait que la vie des familles monoparentales, du point de vue social, économique et affectif, est souvent beaucoup plus pénible que celle des familles intactes. Ce fardeau est ressenti par les enfants, qui, dans une telle situation, connaissent habituellement de nombreuses difficultés (voir M. Grassby, «Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support» (1991), 30 R.F.L. (3d) 369). Ces difficultés sont, notamment, la baisse du niveau de vie, la diminution des ressources à consacrer aux dépenses discrétionnaires, par exemple, pour les sports, les arts et les loisirs, les déménagements fréquents, les amitiés brisées et souvent la réduction des soins du parent, car ce dernier est couramment obligé de trouver de nouvelles façons de satisfaire des besoins toujours aussi grands avec moins de ressources. Étant donné les tâches et les obligations persistantes du parent gardien, les tribunaux doivent beaucoup hésiter à étendre les droits traditionnels du parent qui n'a pas la garde. Pareille extension risquerait nettement de réduire simplement le pouvoir décisionnel du parent gardien, sans diminuer d'autant ses responsabilités. Elle n'offre aucun avantage et ne peut qu'amener des perturbations, tant pour les femmes qui, en règle générale, s'occupent principalement des enfants, que pour les enfants qui doivent se plier à ce régime.

Percevoir le maintien de l'autorité du parent gardien comme un accroissement des droits du parent aux dépens de l'intérêt de l'enfant c'est mal concevoir le problème. C'est précisément dans le but de protéger l'intérêt de l'enfant que le tribunal attribue le pouvoir décisionnel au parent gardien car celui-ci est exceptionnellement bien placé pour évaluer, comprendre, garantir et favoriser les besoins de l'enfant. Cela est aussi, bien sûr, com-

the custodial parent bears both the legal obligation to care for the child and the legal liability for the child's acts.

As a practical matter, the unending litigation occasioned by disputes over parental authority exacts a financial cost that few custodial parents can bear. It is no secret that the vast majority of such parents are women. As emphasized in *Moge v. Moge*, [1992] 3 S.C.R. 813, women are often severely disadvantaged economically upon separation and divorce. Both women and, of necessity, the children under their care often suffer a dramatic fall in the standard of living upon divorce. The cost of ongoing litigation can only exacerbate this decline by diverting whatever scarce resources exist away from day-to-day needs of the remaining family.

As I stated at the outset, the custodial parent remains the decision-maker in all aspects of the child's life. It is to avoid the spectre of the child as the field upon which the battle of competing parental rights is played out that the law confirms the authority of the custodial parent. This policy serves two functions: it precludes such contests entirely and it provides the necessary support to the parent who bears the responsibility for the child. The wisdom of this approach lies in recognizing the ease with which the interests of the child could be obscured or forgotten were courts to get into the business of parcelling out jurisdiction over the emotional, spiritual and physical welfare of the child between parents who no longer agree. This brings us to the heart of this case, a consideration of the nature of access.

#### Access

As indicated previously, the Act specifies the powers of courts in matters of access. Under s. 16(6), the trial judge possesses broad discretion to "impose such other terms, conditions or restrictions in connection therewith" as he or she thinks "fit and just". However, that discretion is to be exercised strictly from the perspective of the inter-

patible avec le fait que le parent gardien doit à la fois s'acquitter de l'obligation légale de s'occuper de l'enfant et assumer la responsabilité des actes de cet enfant.

<sup>a</sup> En pratique, les litiges sans fin causés par les désaccords sur l'exercice de l'autorité parentale occasionnent des frais que peu de parents gardiens peuvent supporter. Personne n'ignore que, dans la vaste majorité des cas, ces parents sont des femmes. Comme on le souligne dans l'arrêt *Moge c. Moge*, [1992] 3 R.C.S. 813, les femmes sont souvent grandement désavantagées sur le plan financier au moment de la séparation et du divorce. <sup>b</sup> Tant les femmes que, cela va de soi, les enfants dont elles s'occupent, subissent souvent une baisse radicale de leur niveau de vie après le divorce. <sup>c</sup> Le coût de litiges interminables ne peut qu'amplifier <sup>d</sup> cette baisse, en accaparant les rares ressources susceptibles d'être consacrées aux besoins quotidiens du reste de la famille.

Comme je l'ai dit au début, c'est au parent qui a la garde qu'il revient de prendre les décisions concernant tous les aspects de la vie de l'enfant. C'est pour éviter que l'enfant ne devienne l'enjeu que se disputent les parents pour faire valoir leurs droits, que la loi confirme l'autorité du parent qui en a la garde. Cette politique législative vise deux objectifs: prévenir de telles disputes et accorder l'appui nécessaire au parent qui assume la responsabilité de l'enfant. La sagesse de cette approche réside dans la reconnaissance de la facilité avec laquelle l'intérêt de l'enfant pourrait être masqué ou oublié si les tribunaux s'avisait de partager entre des parents qui sont en désaccord le pouvoir relatif au bien-être affectif, moral et physique de l'enfant. <sup>e</sup> Voilà qui nous amène au cœur du présent litige, soit la nature de l'accès. <sup>f</sup> <sup>g</sup> <sup>h</sup>

#### L'accès

<sup>i</sup> Comme je l'ai indiqué précédemment, la Loi précise les pouvoirs des tribunaux en matière d'accès. Aux termes du par. 16(6), le juge du procès possède un large pouvoir discrétionnaire pour imposer les «modalités ou restrictions» qu'il estime «justes et appropriées». Ce pouvoir discrétionnaire, cependant, doit être exercé strictement <sup>j</sup>

ests of the child, as s. 16(8) requires courts to “take into consideration only the best interests of the child of the marriage as determined by reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child”. Section 16(5) confers on a parent granted access, again subject to the discretion of the judge, the right to be informed about the child. Finally, s. 16(10) directs courts to give effect to the principle that “a child of the marriage should have as much contact with each spouse as is consistent with the best interests of the child”.

I am in agreement with my colleague that s. 16(10) indicates that Parliament has expressed its opinion that contact with each parent is valuable. On the other hand, it must also be recognized that the goal of maximum contact is not absolute and that access may be restricted where there is evidence that such contact would otherwise conflict with the best interests of the child. This limitation on maximum contact is both abundantly clear on a straightforward reading of the section and consistent with the spirit of the Act and its focus on the best interests of the child. In my view, the analysis may and should stop at this point. However, the Court of Appeal adopts quite a different test, that of “real psychological or physical harm” as the proper criterion which should govern access. Given McLachlin J.’s assertion, at p. 127, that:

The majority of the Court of Appeal, by contrast, saw the matter less in terms of the custodial parent’s “right” to decide all religious matters affecting the children, and more in terms of the best interests of the children. Unfettered by notions of the custodial parent’s rights, the majority of the Court of Appeal asked simply what was in the best interests of the child.

Thus, for the majority in the Court of Appeal, the prime concern was the best interests of the child.

I find it useful to contrast such analysis with what, in fact Wood J.A., for the majority of the Court of Appeal, said in the following extract:

at p. 98:

en fonction du meilleur intérêt de l’enfant, le par. 16(8) exigeant que les tribunaux «ne [tiennent] compte que de l’intérêt de l’enfant à charge, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d’une façon générale, de sa situation». Le paragraphe 16(5) confère au parent obtenant un droit d’accès, sous réserve encore là du pouvoir discrétionnaire du juge, le droit d’obtenir des renseignements sur l’enfant. Enfin, le par. 16(10) prescrit aux tribunaux d’appliquer le principe selon lequel «l’enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt».

Je suis d’accord avec ma collègue pour dire que le législateur, au par. 16(10), s’est exprimé sur la valeur du contact avec chacun des parents. Par ailleurs, on doit aussi reconnaître que l’objectif de favoriser un maximum de contact n’est pas absolu, et que l’accès peut être restreint lorsqu’il est établi que ce contact serait par ailleurs contraire au meilleur intérêt de l’enfant. Cette limitation ressort on ne peut plus clairement d’une simple lecture du paragraphe, en plus d’être conforme à l’esprit de la Loi et à l’accent qu’elle met sur le meilleur intérêt de l’enfant. À mon avis, l’analyse peut et devrait s’arrêter là. Toutefois, la Cour d’appel adopte un critère tout à fait différent, soit le «préjudice psychologique ou physique réel» comme étant celui qui devrait régir l’accès. Étant donné l’affirmation suivante du juge McLachlin (à la p. 127):

En revanche, les juges majoritaires de la Cour d’appel ont mis l’accent moins sur le «droit» du parent gardien de prendre toutes les décisions en matière religieuse touchant les enfants, que sur l’intérêt de ceux-ci. Ne s’estimant pas liés par la notion des droits du parent gardien, les juges majoritaires se sont simplement demandé quel était l’intérêt de l’enfant.

Ainsi, pour la Cour d’appel, à la majorité, la préoccupation primordiale est l’intérêt de l’enfant.

J’estime utile de contraster une telle analyse avec ce que, en fait, le juge Wood, au nom de la majorité de la Cour d’appel, a dit dans l’extrait suivant:

à la page 98:



The right of the access parent to share his or her religious beliefs with the child flows from the provisions of s. 16(10) of the Divorce Act of 1985. In my view it is subject to only two limitations:

(a) the unwillingness of the child to participate in such sharing, and

(b) the powers of the court to restrict that right on the grounds that exposure to the religious beliefs or practices of the access parents is, or is likely to be, harmful to the well being of the child.

The second [limitation] also seems straightforward, but it contains a complexity that requires discussion. Obviously if it can be established, on a civil standard of proof, that exposure to conflicting religious doctrines is causing the child psychological harm, or that by engaging in the observance of, or activities associated with, the religious beliefs of the access parent, the child is suffering real psychological or physical harm, the well being of that child would clearly require the court to intervene by way of an order which would eliminate the potential for such harm to continue. In those cases where such harm could be anticipated on a balance of probabilities, there would be grounds for an order that would avoid the problems before it begins.

But, in the exercise of the court's duty to protect the well being of the child, care must be taken to ensure that real harm of the sort, and arising in the manner, just described is distinguished from the general emotional distress which every child experiences when confronted with both the reality of divorce and the turmoil which characterizes the post-divorce relationship of many ex-spouses. The former can properly be addressed by judicial intervention. The latter is inevitable, and in most cases lies beyond the influence of any order of the court.

at p. 103:

Obviously, if the exercise by each [parent] of their individual freedom of religion, caused or threatened the probability of real psychological or physical harm to their children, state sanctioned intervention to preserve those interests would be justified under s. 1 of the Charter, but such action would only be justified to the extent

[TRANSLATION] Le droit du parent ayant un droit d'accès de partager ses croyances religieuses avec l'enfant découle des dispositions du par. 16(10) de la Loi sur le divorce de 1985. À mon avis, il n'est assujéti qu'à deux limites:

a) le refus de l'enfant de participer à un tel partage,

b) les pouvoirs du tribunal de restreindre ce droit, au motif que le fait d'être exposé aux croyances ou pratiques religieuses du parent ayant un droit d'accès porte ou est susceptible de porter préjudice au bien-être de l'enfant.

La seconde [limite] semble également directe, mais elle renferme un élément complexe qui exige qu'on s'y arrête. De toute évidence, s'il peut être démontré, selon une norme de preuve civile, que le fait d'être exposé à des doctrines religieuses opposées cause à l'enfant un préjudice psychologique ou que par l'observance des croyances religieuses du parent ayant un droit d'accès ou par des activités reliées à celles-ci, l'enfant subit un préjudice psychologique ou physique réel, il serait nécessaire pour le bien-être de cet enfant que la cour intervienne au moyen d'une ordonnance qui éliminerait la possibilité qu'un tel préjudice se poursuive. Dans les cas où, selon la prépondérance des probabilités, un tel préjudice pourrait être prévu, il y aurait des motifs de rendre une ordonnance qui permettrait d'éviter les problèmes avant qu'ils ne se présentent.

Toutefois, dans l'exercice du devoir de la cour de veiller au bien-être de l'enfant, il convient de faire en sorte qu'une distinction soit établie entre le préjudice réel du genre décrit précédemment et qui survient de cette manière et la perturbation émotive générale que vit tout enfant qui doit faire face à la réalité du divorce et au bouleversement qui caractérise les rapports après le divorce d'un grand nombre d'ex-conjoints. Une intervention judiciaire peut traiter adéquatement du premier préjudice. Le second est inévitable et, dans la plupart des cas, ne relève pas de l'influence d'une ordonnance de la cour.

i à la page 103:

[TRANSLATION] De toute évidence, si l'exercice par chaque [parent] de sa liberté de religion causait ou était susceptible de causer une possibilité de préjudice psychologique ou physique réel à leurs enfants, l'intervention de l'État pour protéger ces intérêts serait justifiée aux termes de l'article premier de la Charte, mais ne le

that its purpose was accomplished in the matter least intrusive to the fundamental freedoms of each parent.

While I do not share the doubt which Southin J.A. has expressed concerning the existence of the *parens patriae* jurisdiction of the Supreme Court of this province, I do agree that any interference with the exercise of parental judgement, on what constitutes the best interests of their children, could only be justified on the basis of evidence establishing the probability of real harm, either physical or psychological. The jurisdiction to interfere, of course, exists in connection with any matter which creates, or threatens such real harm, and does not depend upon the harm originating in any disagreement between the parents. Thus any such harm occasioned by a religious doctrine or practice in which both parents joined would equally justify state sanctioned interference with their freedom of religion.

at pp. 104-5:

Of necessity, however, there are limitations to the exercise of that freedom. From what has been said so far, the obvious limitations are:

(a) the consent of the child to participate in the process of teaching or dissemination, and

(b) the power of the court to restrict the right of the access parent to teach and disseminate his or her religious beliefs to the child on the grounds that exposure to the religious beliefs or practices of the access parent is, or is likely to be, harmful to the well being of the child.

at p. 105:

. . . I do not believe that it can be invoked as a rule which would oblige the court to shrink from its duty to determine whether or not the exposure to conflicting religious beliefs, or the content of a religious doctrine, is threatening real harm to the welfare of a child of the marriage.

But it will be a rare case where such an issue could legitimately arise. As has been noted, it could arise in those few cases where it could credibly be asserted that exposure either to conflicting religious doctrines, or to the doctrines of the religious belief of one of the parents, is causing or is likely to cause the child real harm of a physical or psychological nature.

serait que dans la mesure où son but serait réalisé de la manière qui porterait le moins atteinte aux libertés fondamentales de chaque parent.

Bien que je ne partage pas le doute qu'a soulevé le juge Southin en ce qui concerne la compétence *parens patriae* de la Cour suprême de la province, je conviens que toute atteinte à l'exercice du jugement des parents relativement à ce qui constitue le meilleur intérêt de leurs enfants, ne pourrait être justifiée que sur le fondement d'une preuve établissant la possibilité d'un préjudice réel, soit physique, soit psychologique. Évidemment, la compétence pour agir existe en ce qui concerne toute question qui crée ou est susceptible de créer un tel préjudice réel et ne dépend pas du préjudice qui résulte d'un désaccord entre les parents. Par conséquent, un tel préjudice causé par une doctrine ou une pratique religieuses à laquelle appartiennent les deux parents justifierait également une intervention sanctionnée par l'État dans leur liberté de religion.

aux pages 104 et 105:

[TRADUCTION] Toutefois, il y a nécessairement des limites à l'exercice de cette liberté. D'après ce qui a déjà été dit, les limites évidentes sont les suivantes:

a) le consentement de l'enfant à participer au processus d'enseignement ou de propagation,

b) le pouvoir de la cour de restreindre le droit du parent ayant un droit d'accès d'enseigner et de propager ses croyances religieuses à l'enfant, au motif que le fait d'être exposé à ces croyances ou pratiques religieuses porte ou est susceptible de porter préjudice au bien-être de l'enfant.

à la page 105:

[TRADUCTION] . . . je ne crois pas que l'on puisse l'invoquer comme règle qui obligerait la cour à s'écarter de son devoir de déterminer si le fait d'être exposé à des croyances religieuses opposées ou le contenu d'une doctrine religieuse, est susceptible de causer un préjudice réel au bien-être d'un enfant à charge.

Mais il est rare qu'une telle situation puisse survenir légitimement. Comme je l'ai fait remarquer précédemment, elle pourrait survenir dans les rares cas où l'on pourrait affirmer de façon crédible que le fait d'être exposé à des croyances religieuses opposées ou aux doctrines des croyances religieuses de l'un des parents, cause ou est susceptible de causer à l'enfant un préjudice réel de nature physique ou psychologique.

In such cases the evidence which will establish such harm will not come from a critical evaluation of the religious beliefs of either parent. That sort of evidence takes its force exclusively from the personal value judgments of either person whose evaluation is offered or the judge who hears it. Rather the threshold evidence, which will justify the court embarking on an inquiry into real physical or psychological harm caused by a religious doctrine, will be that of an independent expert whose opinion is based upon generally accepted, objective, scientific criteria for the diagnosis and evaluation of the harm alleged.

at pp. 107-8:

It reinforces my view that the following principles of law are applicable to the issue of access restrictions which this case presents:

(g) Mr. Young's fundamental freedom of religion under s. 2(a) of the Charter, to teach and disseminate his religious beliefs to his children, is limited only to the extent that the exercise of that freedom causes, or threatens the probability of, real physical or psychological harm to the children.

at p. 108:

In my view both [Huddart J. and Proudfoot J.] correctly perceived that no issue of real harm, either physical or psychological, arose in this case. If any such issue had presented itself, it would have been manifest from the evidence of the expert witnesses who examined the children on a number of occasions, and who undoubtedly would have identified the existence of, or the potential for, real harm to the children arising from their father's religious beliefs, if such existed. In the absence of any such evidence, there was no basis upon which the court could legitimately entertain any inquiry into the substance of his religious beliefs.

At no time did the learned trial judge refuse to admit any evidence relevant to the issue of the children's best interests. Her decision not to admit any evidence related to the tenets of the Jehovah's Witness faith was the natural and irresistible result of the fact that the dispute between these two parents had its genesis in the intolerance of each for the religious beliefs of the other. Theirs was a dispute between beliefs, not a dispute over

Dans de tels cas, la preuve qui démontrera un tel préjudice ne proviendra pas d'une évaluation critique des croyances religieuses de l'un ou l'autre parent. Ce genre de preuve tire sa force exclusivement des jugements de valeur personnels de la personne dont l'évaluation est présentée ou du juge qui l'entend. La preuve préliminaire qui justifiera que la cour examine si une doctrine religieuse cause un préjudice physique ou psychologique réel viendra plutôt d'un expert indépendant dont l'opinion est fondée sur des critères scientifiques généralement acceptés et objectifs pour diagnostiquer et évaluer le préjudice allégué.

aux pages 107 et 108:

[TRADUCTION] Mon opinion est renforcée par le fait que les principes de droit suivants s'appliquent à la question des restrictions en matière d'accès qui est soulevée en l'espèce:

g) La liberté de religion fondamentale de M. Young que prévoit l'al. 2a) de la Charte, d'enseigner et de propager ses croyances religieuses à ses enfants, n'est limitée que dans la mesure où l'exercice de cette liberté cause ou est susceptible de causer un préjudice physique ou psychologique réel aux enfants.

à la page 108:

[TRADUCTION] À mon avis, ils ont tous les deux [le juge Huddart et le juge Proudfoot] indiqué à bon droit qu'aucune question de préjudice physique ou psychologique réel ne se posait en l'espèce. Si une telle question s'était posée, elle se serait manifestement dégagee de la déposition des témoins experts qui ont interrogé les enfants à plusieurs reprises et qui sans doute auraient décelé, si tel état le cas, l'existence ou la possibilité d'un préjudice réel découlant pour les enfants des croyances religieuses de leur père. En l'absence d'une telle preuve, il n'y avait aucun fondement en vertu duquel la cour pouvait légitimement examiner la substance des croyances religieuses du père.

Le juge de première instance n'a jamais refusé d'admettre un élément de preuve pertinent relativement à la question du meilleur intérêt des enfants. Sa décision de ne pas admettre d'éléments de preuve relatifs aux préceptes des témoins de Jehovah résultait naturellement et nécessairement du fait que le conflit entre les deux parents découlait de l'intolérance religieuse dont ils faisaient preuve l'un envers l'autre. Il s'agissait d'un conflit entre croyances, et non pas d'un conflit sur la question de savoir si un préjudice réel serait causé à leurs

whether real harm would befall their children as a result of the religious beliefs of one or the other.

and, finally, at p. 109:

I have reviewed the evidence which was offered in support of those restrictions. In my view it fell far short of establishing that any real harm would befall the children from Mr. Young's exercise of his fundamental freedom to teach and disseminate his religious beliefs to them. No such harm was diagnosed or anticipated by either of the expert witnesses which the learned trial judge found to be credible. Nor did the evidence establish that the conflict in the religious beliefs of the parents was causing, or was likely to cause, such harm.

The evidence went no further than to establish that the children were under some stress, the cause of which was "multi-factorial", but which obviously included some component related to the religious dispute between the parents. [Emphasis (by underlining) added.]

This, in my view, leaves absolutely no doubt that the only basis for the Court of Appeal's reversal of the orders of the trial judge, which the court could not have said more clearly, was the absence of harm, which, in their view, was not established in evidence. We are far from the best interests of children test. Affirming the Court of Appeal's judgment on this point, my colleague, while repeating profusely that the best interests of children is the sole test, is in fact applying the harm test, which is the only basis on which the Court of Appeal reversed the trial judge who, in their opinion, did not apply that test.

Neither logic, necessity nor the terms of the Act mandate such an equation. As I will discuss later, the best interests of the child encompasses more than the absence of harm and I cannot agree that this objective compels the conclusion that there must be evidence of "real and significant harm to the child" before contact with the access parent can be limited in any manner.

In contrast to custody, there is little jurisprudence or doctrine on the nature of access rights,

enfants en raison des croyances religieuses de l'un ou de l'autre.

et, enfin, à la p. 109:

[TRADUCTION] J'ai examiné les éléments de preuve qui ont été présentés à l'appui de ces restrictions. À mon avis, ils n'ont pas du tout réussi à démontrer qu'un préjudice réel serait causé aux enfants en raison de l'exercice par M. Young de sa liberté fondamentale de leur enseigner et de leur propager ses croyances religieuses. Aucun des témoins experts, dont le juge de première instance a reconnu la crédibilité, n'a diagnostiqué l'existence d'un tel préjudice ou appréhendé qu'il ne se produise. La preuve n'a pas davantage établi que le conflit entre les croyances religieuses des parents causait, ou était susceptible de causer, un préjudice de cet ordre.

Tout au plus a-t-il été établi en preuve que les enfants subissaient un certain stress, dont les facteurs étaient multiples, mais dont certaines composantes étaient, à l'évidence, liées à la querelle des parents au sujet de la religion. [Je souligne.]

À mon avis, il ne fait donc absolument aucun doute que le seul moyen sur lequel la Cour d'appel pouvait se fonder pour infirmer les ordonnances du juge de première instance, ce que la cour ne pouvait énoncer plus clairement, était que, à son avis, la preuve n'a permis d'établir aucun préjudice. Nous sommes loin du critère du meilleur intérêt de l'enfant. Ma collègue, qui confirme l'arrêt de la Cour d'appel sur ce point, tout en répétant maintes fois que le seul critère est celui du meilleur intérêt de l'enfant, applique en fait le critère du préjudice, qui constitue le seul fondement sur lequel la Cour d'appel pouvait infirmer la décision du juge de première instance qui, à son avis, n'a pas appliqué ce critère.

Or, ni la logique, ni la nécessité, ni le texte de la Loi n'obligent à faire cette équation. Comme je le démontrerai plus loin, le meilleur intérêt de l'enfant suppose davantage que l'absence de préjudice et je ne peux partager l'opinion voulant qu'il faille obligatoirement conclure à la nécessité d'une preuve de «préjudice réel et important» avant que le contact avec le parent exerçant un droit d'accès puisse être limité de quelque façon.

Contrairement au droit de garde, il y a peu de jurisprudence ou de doctrine sur la nature des

probably because access has never been understood to confer entitlements on the non-custodial parent other than those which are specified in court orders. The fundamental principle, however, that has always been recognized by courts is that the right to access is limited in scope and is conditioned and governed by the best interests of the child. *Anson v. Anson, supra*, at p. 368, in my view, properly circumscribes the right of access at this stage in time as follows:

Access can thus be regarded as a form of temporary possession with the powers granted by an access order being limited to those necessary to ensure the well-being of the child during the visitation periods. Access confers no right in the parent to influence the upbringing of the child — that is for the parent with custody or guardianship. . . . However, under the Divorce Act, 1985 s. 16(5), a parent granted access has a right to make inquiries and to be given information as to the health, education and welfare of the child, unless otherwise ordered by a court.

Thus, the role of the access parent is “that of a very interested observer, giving love and support to [the child] in the background” (*Pierce v. Pierce*, [1977] 5 W.W.R. 572 (B.C.S.C. in chambers), at p. 575. See also *Gubody v. Gubody*, [1955] O.W.N. 548 (H.C.), and *Sudeyko v. Sudeyko* (1974), 18 R.F.L. 273 (B.C.S.C.)).

In the words of Wilson J., “there is considerable support for the view that access as a distinct juridical concept is purely a creature of statute” (*Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at p. 130). Apart from legislative provisions, there are no pre-existing or parallel rights of access at common law.

The *Civil Code of Quebec* for its part recognizes no right of access but states simply:

570 Whether custody is entrusted to one of the spouses or to a third person, the father and mother retain the right of watching over the maintenance and education of the children, and are obliged to contribute thereto in proportion to their means.

droits d'accès, probablement parce qu'on n'a jamais pensé que l'accès pouvait conférer au parent n'ayant pas la garde d'autres droits que ceux précisés dans les ordonnances judiciaires. Le principe fondamental toutefois, qui a toujours été reconnu par les tribunaux, est que le droit d'accès a une portée limitée et qu'il est conditionné et régi par le meilleur intérêt de l'enfant. L'extrait suivant de l'arrêt *Anson c. Anson*, précité, à la p. 368, circonscrit à mon avis avec justesse le droit d'accès à ce stade:

[TRADUCTION] L'accès peut donc être considéré comme une forme de possession temporaire, les pouvoirs accordés par ordonnance se limitant à ceux qui sont nécessaires pour assurer le bien-être de l'enfant pendant les périodes de visite. L'accès ne confère aucun droit d'influencer l'éducation de l'enfant — qui relève du parent qui a la garde et la tutelle. [ . . . ] Toutefois, en vertu du par. 16(5) de la Loi de 1985 sur le divorce, le parent qui obtient un droit d'accès peut, sauf ordonnance contraire du tribunal, demander et se faire donner des renseignements relatifs à la santé, à l'éducation et au bien-être de l'enfant.

Ainsi, le rôle du parent ayant un droit d'accès est [TRADUCTION] «celui d'un observateur très intéressé, donnant amour et appui à [l'enfant] dans l'ombre» (*Pierce c. Pierce*, [1977] 5 W.W.R. 572 (C.S.C.-B. en chambre), à la p. 575. Voir également *Gubody c. Gubody*, [1955] O.W.N. 548 (H.C.), et *Sudeyko c. Sudeyko* (1974), 18 R.F.L. 273 (C.S.C.-B.)).

Pour reprendre les mots de madame le juge Wilson, «il existe un appui considérable pour l'opinion que le droit de visite en tant que concept juridique distinct est purement une création de la loi» (*Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, à la p. 130). Hormis les dispositions législatives, il n'y a donc pas de droits d'accès préexistants ou parallèles en common law.

Le *Code civil du Québec* ne reconnaît pas, quant à lui, le droit d'accès mais dispose simplement:

570 Que la garde des enfants ait été confiée à un des époux ou à une tierce personne, les père et mère conservent le droit de surveiller leur entretien et leur éducation et sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.

However, art. 30 of the *Civil Code of Lower Canada* provides that “[i]n every decision concerning a child, the child’s interest and the respect of his rights must be the determining factors”. Article 543 of the *Civil Code of Quebec* obliges courts “to see to the interests of the child, at all stages of divorce proceedings”. Article 569 directs courts to decide matters of custody, maintenance and education of the children, in their interest and in the respect of their rights. Thus, in both civil and common law jurisdictions, access exists only to the extent it is provided by statute and where it is in the best interests of the child.

One can find in both case law and doctrine discussion and debate as to whether access is more properly understood as a right of the parent or of the child. (See Weitzman, *supra*, at p. 230; R. Deech, “The Unmarried Father and Human Rights” (1992), 4 *J. Child L.* 3; and Maidment, *supra*, at p. 40. See also *Frame v. Smith*, *supra*.) Some have regarded access as an entitlement which belongs to the parent absent any compelling reason to disallow it, such as the safety of the child (*Tocco v. Tocco* (1977), 4 R.F.L. (2d) 174 (Ont. C.A.)). However, as is consistent with the focus on the best interests of the child in the Act, the more perceptive view at this time both in the literature and case law is that access is more properly regarded as a right of the child, not a right of the parent. As Bernard Dickens has stated, the modern function of parental rights is not to enforce powers of custody and control parents enjoy over their children, but to permit parents to discharge their duties to their children (*supra*, at p. 471). This view accords with the decision of this Court in *Racine v. Woods*, [1983] 2 S.C.R. 173, in which Wilson J. summarized the proper focus in the following words, at p. 185:

... it is the parental tie as a meaningful and positive force in the life of the child and not in the life of the parent that the court has to be concerned about. As has been emphasized many times in custody cases, a child is not a chattel in which its parents have a proprietary

Cependant, l’art. 30 du *Code civil du Bas-Canada* prévoit que «[l]’intérêt de l’enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet». L’article 543 du *Code civil du Québec* oblige les tribunaux, «[à] tout moment de l’instance en divorce [...] à veiller aux intérêts de l’enfant». L’article 569 prévoit que le tribunal statue sur la garde, l’entretien et l’éducation des enfants, dans l’intérêt de ceux-ci et le respect de leurs droits. Ainsi, en droit civil comme en common law, le droit d’accès n’existe que dans la mesure où la loi le prévoit et où il est dans l’intérêt de l’enfant.

La question de savoir s’il convient de concevoir l’accès comme un droit du parent ou comme un droit de l’enfant est analysée et débattue tant en jurisprudence qu’en doctrine. (Voir Weitzman, *op. cit.*, à la p. 230; R. Deech, «The Unmarried Father and Human Rights», (1992), 4 *J. Child L.* 3, et Maidment, *op. cit.*, à la p. 40. Voir également l’arrêt *Frame c. Smith*, précité.) Selon certains, l’accès est un droit qui appartient au parent, faute d’un motif majeur de le lui refuser, telle la sécurité de l’enfant (*Tocco c. Tocco* (1977), 4 R.F.L. (2d) 174 (C.A. Ont.)). Cependant, conformément à l’accent mis sur l’intérêt de l’enfant dans la Loi, l’opinion qui s’accrédite le plus aujourd’hui dans la doctrine et dans la jurisprudence est que l’accès est, à bon droit, considéré davantage comme un droit de l’enfant que comme un droit du parent. Ainsi que l’affirme Bernard Dickens, les droits parentaux ont pour fonction, dans la société moderne, non pas de permettre l’exécution forcée des pouvoirs de garde et de surveillance dont les parents sont titulaires à l’égard de leurs enfants, mais de permettre aux parents de s’acquitter de leurs obligations envers eux (*loc. cit.*, à la p. 471). Cette opinion est conforme à l’arrêt de notre Cour, *Racine c. Woods*, [1983] 2 R.C.S. 173, dans lequel madame le juge Wilson résume en ces termes l’interprétation qu’il convient de retenir, à la p. 185:

... la cour doit se soucier du lien parental comme force positive et significative dans la vie de l’enfant, et non dans la vie du parent. Comme on l’a souvent souligné dans les affaires de garde d’enfant, un enfant n’est pas un bien sur lequel les parents ont un droit de propriété;

interest; it is a human being to whom they owe serious obligations.

Some years later, in *Frame v. Smith, supra*, at p. 132, Wilson J., although dissenting on another point, clearly said that:

The access right has become the child's right, not the parent's right, and it would be a regressive step to recognize today a cause of action in the parent based on an outmoded concept of parental rights in children . . .

Access rights exist in recognition of the fact that it is normally in the interests of the child to continue and foster the relationship developed with both parents prior to the divorce or separation. This being said, the right to access and the circumstances in which it takes place must be perceived from the vantage point of the child. Wherever the relationship to the non-custodial parent conflicts with the best interests of the child, the furtherance and protection of the child's best interests must take priority over the desires and interests of the parent.

As the ultimate goal of access is the continuation of a relationship which is of significance and support to the child, access must be crafted to preserve and promote that which is healthy and helpful in that relationship so that it may survive to achieve its purpose. Accordingly, it is in the interests of the child, and arguably also in the interests of the access parent, to remove or mitigate the sources of ongoing conflict which threaten to damage or prevent the continuation of a meaningful relationship.

Wood J.A. expressed the general concern that access rights remain vulnerable to the caprices of a vengeful custodial parent. In my view, courts should not be too quick to presume that the access concerns of the custodial parent are unrelated to the best interests of the child. Although the myth is that the custodial parent typically attempts to obstruct access of the other parent, studies in Canada, England and the United States indicate that the problem tends to be quite the reverse (see Richardson, *supra*; Weitzman, *supra*, at p. 230;

c'est un être humain envers lequel ils ont des obligations sérieuses.

Quelques années plus tard, dans l'arrêt *Frame c. Smith*, précité, à la p. 132, madame le juge Wilson, bien que dissidente sur un autre point, a clairement dit:

Le droit de visite est devenu le droit de l'enfant et non celui du parent et reconnaître aujourd'hui que le parent a une cause d'action fondée sur un concept démodé de droit parental à l'égard des enfants constituerait un recul . . .

Les droits d'accès existent en reconnaissance du fait qu'il est normalement dans l'intérêt de l'enfant de poursuivre et de développer la relation qu'il a établie avec l'un et l'autre de ses parents avant le divorce ou la séparation. Cela dit, le droit d'accès et les circonstances dans lesquelles il s'exerce doivent être envisagés du point de vue privilégié de l'enfant. Dès que la relation avec le parent qui n'a pas la garde entre en conflit avec le meilleur intérêt de l'enfant, la poursuite et la protection de cet intérêt doivent donc avoir préséance sur les désirs et l'intérêt du parent.

Le droit d'accès ayant comme objet ultime la poursuite d'une relation enrichissante pour l'enfant, l'accès doit être conçu de façon à préserver et à promouvoir les éléments sains et utiles pour atteindre ce but. Il est par conséquent dans l'intérêt de l'enfant et, peut-on aussi soutenir, dans celui du parent ayant un droit d'accès, d'éliminer ou d'atténuer les sources répétées de conflit susceptibles de nuire à une relation valable ou d'en empêcher la poursuite.

Le juge Wood s'est interrogé de façon générale sur la vulnérabilité des droits d'accès devant les caprices d'un parent gardien vengeur. À mon avis, les tribunaux ne devraient pas présumer trop rapidement que les craintes du parent chargé de la garde ne sont pas liées à l'intérêt de l'enfant. Bien que le mythe veuille que le parent gardien typique tente d'entraver l'accès de l'autre parent, les études menées au Canada, en Angleterre et aux États-Unis indiquent que c'est plutôt l'inverse qui tend à se produire (voir Richardson, *op. cit.*;

and Maidment, *supra*, at p. 68). At the outset, it must not be forgotten that a parent who is granted access has no obligation to exercise those rights, and neither the child nor the custodial parent can force an access parent to comply with such an order, even though access might have been determined to be in the best interests of the child.

In Canada, the *Evaluation of the Divorce Act — Phase II: Monitoring and Evaluation*, *supra*, at p. 111, discloses that access is denied to non-custodial parents by courts in only 2.4 percent of cases. However, those access rights which are granted by courts are often not exercised, and over the long run there is a process of gradual disengagement of many non-custodial parents from active involvement with their children, particularly if they remarry or become part of new family constellations (see N. Weisman, "On Access After Parental Separation" (1992), 36 R.F.L. (3d) 35). The authors of the *Evaluation* report at pp. 114-15 that over 40 percent of parents granted access either never see their children or see them no more than once a month. Moreover, those parents who exercise access do so less frequently than in the previous study (*Evaluation of the Divorce Act, 1985 — Phase I: Collection of Baseline Data* (1987)), and the level and involvement of access parents is low and appears to be worsening over time. By contrast, many custodial parents express concern about the effects on their children of fathers' absence and the most commonly voiced complaint concerning access is that such rights are not exercised, or are exercised irregularly (Richardson, *supra*, at p. 36). Thus, as the authors of the *Evaluation* conclude, any lack of contact between non-custodial parents and their children can rarely be attributed to a denial of access (pp. 134-35). (Similar results were recently reported in D. Perry, *Access to Children Following Parental Relationship Breakdown in Alberta* (1992).)

Furthermore, when considering the role of access parents with respect to their children, courts should not be blind to the broader context in which custody and access are exercised. A vast number

Weitzman, *op. cit.*, à la p. 230; et Maidment, *op. cit.*, à la p. 68). Il ne faut pas oublier, au départ, que le parent à qui sont consentis des droits d'accès n'a aucune obligation d'exercer ces droits, et ni l'enfant ni le parent gardien ne peuvent le forcer à se conformer à une telle ordonnance, même si l'on a jugé qu'il y allait de l'intérêt de l'enfant.

Au Canada, le rapport intitulé *Évaluation de la Loi sur le divorce — Étape II: Contrôle et évaluation*, *op. cit.*, révèle, à la p. 124, que le droit d'accès n'est refusé aux parents non gardiens que dans 2,4 pour 100 des cas. Toutefois, il arrive souvent que les droits d'accès accordés par les tribunaux ne soient pas exercés et, à long terme, il se produit un désengagement graduel de nombreux parents non gardiens à l'égard de leurs enfants, en particulier s'ils se remarient ou deviennent membres de nouvelles constellations familiales (voir N. Weisman, «On Access After Parental Separation» (1992), 36 R.F.L. (3d) 35). Les auteurs de l'*Évaluation* signalent, à la p. 127, que plus de 40 pour 100 des parents ayant obtenu un droit d'accès soit ne voient jamais leurs enfants, soit ne les voient pas plus d'une fois par mois. De plus, les parents qui exercent leur droit le font moins fréquemment que ne le révélait l'étude antérieure (*Évaluation de la Loi de 1985 sur le divorce — Phase I: Cueillette des données de base* (1987)); leur niveau d'engagement est faible et paraît diminuer avec le temps. En revanche, de nombreux parents gardiens se disent préoccupés par l'effet de l'absence du père sur leurs enfants et le grief le plus communément formulé en ce qui concerne le droit d'accès est que ce droit n'est pas exercé ou l'est irrégulièrement (Richardson, *op. cit.*, à la p. 33). Ainsi, suivant la conclusion des auteurs de l'*Évaluation*, il est rare que le manque de contact entre les enfants et le parent n'en ayant pas la garde soit attribuable au refus du parent gardien (à la p. 149). (D. Perry fait état de résultats semblables dans *Access to Children Following Parental Relationship Breakdown in Alberta* (1992).)

En outre, lorsqu'ils examinent le rôle des parents ayant un droit d'accès auprès de leurs enfants, les tribunaux ne devraient pas fermer les yeux sur le contexte global dans lequel s'exercent



of non-custodial parents are in default of their most serious obligations to their children, as is the respondent in this appeal: the responsibility to provide economic support. In 1985, E. Finnbogason and M. Townson reported in *The Benefits and Cost-effectiveness of a Central Registry of Maintenance and Custody Orders* (1985), that all existing studies indicated default rates in child support payments of over 50 percent, and the Law Reform Commission estimated the true rate to be as high as 75 percent. (See also A. M. Delorey, "Joint Legal Custody: A Reversion to Patriarchal Power" (1989) 3 *C.J.W.L.* 33, at p. 43, and Drakich, "In Whose Best Interests? The Politics of Joint Custody", *supra*). The most pressing issue in child custody and access is the burden borne by women and children as a consequence of the failure of men to accept their responsibilities to their children. As Ruth Deech noted, *supra*, at p. 6, "[t]he reality is the call on fathers to pay more, not to enjoy more rights." There is a certain irony in the claim to greater contact and control on the part of access parents in the face of such widespread neglect of children's basic needs.

Where there is a genuine problem with access, the non-custodial parent is not without recourse in any case. This stems from the statutory directive to facilitate access where it is in the child's best interests and the role of the judge as the arbiter of those interests in the case of a dispute between the parents. Generally, courts will grant liberal access to the non-custodial parent and usually this is consistent with the best interests of the child. Parents will also normally respect their children's wishes and best interests with regard to access. Most of the time, parents are able to reach an agreement as to custody and access without the intervention of courts, sometimes with the help of psycho-social services attached to courts or elsewhere. This, of course, is to be encouraged as it is in the best interests of children to minimize conflict in this area. Unfortunately, however, disagreements between

les droits de garde et d'accès. Un nombre considérable de parents non gardiens font défaut à leurs plus importantes obligations envers leurs enfants, comme l'intimé dans le présent pourvoi, qui a manqué à sa responsabilité de fournir une aide financière. E. Finnbogason et M. Townson ont signalé en 1985 dans «*Avantages et rentabilité d'un registre central des ordonnances de pension alimentaire et de garde d'enfants*» (1985), que d'après toutes les études existantes, le taux de défaut de paiement des pensions alimentaires pour enfants était de plus de 50 pour 100, et la Commission de réforme du droit a estimé que le taux véritable atteignait 75 pour 100. (Voir également A. M. Delorey, «*Joint Legal Custody: A Reversion to Patriarchal Power*» (1989), 3 *R.J.F.D.* 33, à la p. 43, et Drakich, «*In Whose Best Interests? The Politics of Joint Custody*», *loc. cit.*). La question la plus pressante en matière de garde et d'accès est la charge qu'impose aux femmes et aux enfants le défaut des pères d'assumer leurs responsabilités envers ces derniers. Comme le souligne Ruth Deech, *loc. cit.*, à la p. 6, [TRADUCTION] «*[L]a réalité, c'est qu'on demande aux pères de payer davantage, non de jouir de plus de droits.*» Il y a, de la part des parents ayant un droit d'accès, une certaine ironie à réclamer plus de contact et de contrôle alors que la négligence à l'égard des besoins fondamentaux des enfants est si répandue.

Lorsque l'accès pose un problème véritable, le parent privé de la garde n'est pas, de toute façon, sans recours. Cela ressort de la directive législative qu'ont reçue les tribunaux de faciliter l'accès lorsqu'il y va de l'intérêt de l'enfant, et du rôle du juge en tant qu'arbitre de cet intérêt en cas de conflit entre les parents. De façon générale, les tribunaux accordent au parent non gardien de larges droits d'accès, ce qui est habituellement conforme à l'intérêt de l'enfant. Normalement, les parents respectent les désirs et l'intérêt de leurs enfants en la matière. Le plus souvent, les parents sont en mesure de parvenir à une entente sans l'intervention des tribunaux, parfois avec l'aide de services psycho-sociaux, rattachés aux tribunaux ou non. Cette solution doit certainement être encouragée puisqu'il est dans l'intérêt de l'enfant de réduire autant que possible les conflits dans ce domaine.

parents do reach the courts and in such cases the judge must draw the line. That line must always be drawn in favour of the best interests of the child, from a child-centred perspective.

The difficulty, of course, always lies in determining what does constitute the best interests of the child, which brings us to the next issue.

### Best Interests of the Child

The issue of the best interests of the child raises considerations at a number of different levels. First, the content of the rule must be discussed. Second, its constitutionality must be determined. Finally, the appropriate standard for its application must be established. All of these issues form the basis of the respondent's arguments in support of the Court of Appeal's ruling as to access.

#### 1. *Content of the Rule*

As I discussed in the context of custody, the statutory recognition of the best interests of the child in the Act marks the culmination of a long evolution of the focus in custody and access decisions. From the era in which the enforcement of paternal rights was at the forefront of the courts' concern, through a time where the merits of each parent's claims were weighed, we have now reached the point where the sole question to be determined in custody and access arrangements is the best interests of the child. Indeed, the legislation makes it quite explicit that only the best interests of the child as they are comprehensively understood should be considered in such adjudications. This evolution was recognized by Wilson J. in *Frame v. Smith*, *supra*, at p. 132:

At first the courts were much more comfortable assessing the competing claims of parents than they were in trying to decide what was in the best interests of children. But over time the best interest of children increasingly became an important concern of the court and today it is the paramount concern. . . . In light of these developments it can be said with some assurance

Malheureusement, toutefois, des désaccords entre parents parviennent devant les tribunaux, et le juge doit alors tracer la ligne. Cela doit toujours se faire dans le meilleur intérêt de l'enfant, et dans la perspective de l'enfant.

La difficulté, évidemment, consiste toujours à déterminer en quoi consiste l'intérêt de l'enfant, ce qui nous amène à la question suivante.

### L'intérêt de l'enfant

La question de l'intérêt de l'enfant soulève des considérations de plusieurs ordres. En premier lieu, il faut analyser le contenu de la règle. En deuxième lieu, il faut en vérifier la constitutionnalité. Enfin, il faut établir le critère pertinent. Toutes ces questions constituent la base de l'argumentation de l'intimé à l'appui de la décision de la Cour d'appel relative au droit d'accès.

#### 1. *Le contenu de la règle*

Comme je l'ai indiqué dans le contexte de la garde, la consécration du meilleur intérêt de l'enfant dans la Loi marque le point culminant d'une longue évolution quant à l'orientation des décisions en matière de garde et d'accès. De l'époque où les tribunaux se préoccupaient avant tout de faire respecter les droits du père, en passant par celle où les demandes de chacun des parents étaient étudiées selon leur mérite respectif, nous sommes maintenant arrivés au point où la seule question à trancher en ce qui concerne les modalités de garde et d'accès est le meilleur intérêt de l'enfant. Il ressort, en effet, très clairement des textes législatifs que l'on doit tenir compte à cet égard uniquement du meilleur intérêt de l'enfant, pris au sens large. Le juge Wilson a reconnu cette évolution dans l'arrêt *Frame c. Smith*, précité, à la p. 132:

Au départ les tribunaux étaient plus à l'aise pour évaluer les réclamations concurrentes des parents qu'ils ne l'étaient pour tenter de décider ce qui constituait l'intérêt véritable des enfants. Avec le temps l'intérêt véritable des enfants est devenu de plus en plus une préoccupation importante des tribunaux et aujourd'hui c'est la préoccupation principale. [ . . . ] On peut dire avec une

that the concept of "parental rights" has fallen into dis-  
favour. Parental responsibilities yes, but rights no.

The courts have moved inevitably and stead-  
fastly in this direction since the 19th century. In *In*  
*re McGrath (Infants)*, [1893] 1 Ch. 143, at p. 148,  
the English Court of Appeal determined that a  
court should have unfettered scope to consider the  
best interests of the child, even where it interfered  
with the father's rights with respect to religion,  
holding:

The dominant matter for the consideration of the Court  
is the welfare of the child. But the welfare of a child is  
not to be measured by money only, nor by physical  
comfort only. The word welfare must be taken in its  
widest sense. The moral and religious welfare of the  
child must be considered as well as its physical well-  
being.

This Court has followed suit and unremittingly  
endorsed the position that in the face of any threat  
to the welfare of the child, parental interests must  
give way. As long ago as *DeLaurier v. Jackson*,  
*supra*, at pp. 153-54, Crocket J. held:

If the general welfare of the child requires that the  
father's rights in respect of the religious faith in which  
his offspring is to be reared, should be suspended or  
superseded, the courts in the exercise of their equitable  
jurisdiction have undoubted power to override them, as  
they have the power to override all other parental rights,  
though in doing so they must act cautiously . . .

Due consideration is, of course, to be given in all  
cases to the father's wishes but if the court is satisfied in  
any case upon a consideration of all the facts and cir-  
cumstances, as shown by the evidence, that the father's  
wishes conflict with the child's own best interests,  
viewed from all angles — material, physical, moral,  
emotional and intellectual as well as religious — then  
the father's wishes must yield to the welfare of the  
child.

The Court reached the same conclusion in *King v.*  
*Low*, [1985] 1 S.C.R. 87, finding that such a result  
was consistent with both modern authority in other  
jurisdictions and previous decisions of this Court  
in *Racine v. Woods*, *supra*, and *Beson v. Director*  
*of Child Welfare (Nfld.)*, [1982] 2 S.C.R. 716. The

certain assurance que, vu ces changements, le concept  
de «droits parentaux» est tombé en défaveur. Il s'agit  
des responsabilités parentales mais non des droits.

C'est la voie que les tribunaux ont invariable-  
ment et résolument suivie depuis le XIX<sup>e</sup> siècle.  
Dans *In re McGrath (Infants)*, [1893] 1 Ch. 143, à  
la p. 148, la Cour d'appel anglaise a décidé que le  
tribunal devait avoir toute latitude pour évaluer  
l'intérêt de l'enfant, même lorsque cet intérêt porte  
atteinte aux droits du père en matière de religion.  
Elle a statué:

[TRADUCTION] La question primordiale dont la Cour doit  
se préoccuper est le bien-être de l'enfant. Cependant le  
bien-être de l'enfant ne se mesure pas seulement en  
termes d'argent ou de confort matériel. Le terme bien-  
être doit s'entendre dans son sens le plus large. Le bien-  
être moral et religieux de l'enfant doit compter autant  
que son bien-être matériel.

Suivant cette tendance, notre Cour n'a cessé  
d'appuyer la position selon laquelle les intérêts  
parentaux doivent céder devant toute menace  
pesant sur le bien-être de l'enfant. Dès l'arrêt  
*DeLaurier c. Jackson*, précité, le juge Crocket a  
statué, aux pp. 153 et 154:

[TRADUCTION] Si le bien-être général de l'enfant exige  
que les droits du père à l'égard de la foi religieuse dans  
laquelle il souhaite élever sa progéniture soient suspen-  
dus ou supplantés, les tribunaux ont, dans l'exercice de  
leur compétence en *equity*, le pouvoir indubitable de  
passer outre à ces droits, tout comme ils ont le pouvoir  
de passer outre à tous les autres droits parentaux, bien  
qu'ils doivent agir alors avec circonspection . . .

Dans tous les cas, bien sûr, il faut prendre dûment en  
considération les désirs du père. Mais si le tribunal est  
convaincu, dans un cas donné, après examen de tous les  
faits et circonstances mis en preuve, que les désirs du  
père entrent en conflit avec l'intérêt propre de l'enfant  
vu sous tous les angles — matériel, physique, moral,  
affectif, intellectuel et religieux — alors les désirs du  
père doivent céder devant le bien-être de l'enfant.

La Cour est arrivée à la même conclusion dans  
l'arrêt *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, estimant  
qu'un tel résultat était compatible tant avec la  
jurisprudence récente d'autres tribunaux qu'avec  
ses arrêts antérieurs *Racine c. Woods*, précité, et  
*Beson c. Director of Child Welfare (T.-N.)*, [1982]

nature of the judicial determination of the best interests was described by McIntyre J. in *King v. Low* at p. 101 as follows:

... the dominant consideration to which all other considerations must remain subordinate must be the welfare of the child. This is not to say that the question of custody will be determined by weighing the economic circumstances of the contending parties. The matter will not be determined solely on the basis of the physical comfort and material advantages that may be available in the home of one contender or the other. The welfare of the child must be decided on a consideration of these and all other relevant factors, including the general psychological, spiritual and emotional welfare of the child. It must be the aim of the Court, when resolving disputes between rival claimants for the custody of a child, to choose the course which will best provide for the healthy growth, development and education of the child so that he will be equipped to face the problems of life as a mature adult. Parental claims must not be lightly set aside, and they are entitled to serious consideration in reaching any conclusion. Where it is clear that the welfare of the child requires it, however, they must be set aside. [Emphasis added].

These words express the important notion that courts must be directed to create or support the conditions which are most conducive to the flourishing of the child. They are, in my view, as applicable in the context of access arrangements as they are in the determination of custody.

A determination of the best interests of the child encompasses a myriad of considerations, as child custody and access decisions have been described as “ones of human relations in their most intense and complex form”. In contrast to most issues that come before the courts, such decisions are “person-oriented” rather than “act-oriented” and require an evaluation of “the whole person viewed as a social being” (L. LaFave, “Origins and Evolution of the ‘Best Interests of the Child’ Standard” (1989), 34 *S.D.L. Rev.* 459; R. H. Mnookin, “Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy” (1975), 39 *Law & Contemp. Probs.* 226). Courts are required to predict the happening of future events rather than to assess the legal import of past acts and judge the

2 R.C.S. 716. Le juge McIntyre a décrit ainsi, dans l’arrêt *King c. Low*, à la p. 101, la façon dont les tribunaux doivent décider de l’intérêt de l’enfant:

... la considération primordiale à laquelle toutes les autres considérations doivent rester subordonnées doit être le bien-être de l’enfant. Cela ne signifie pas qu’on doit trancher la question de la garde en évaluant la situation matérielle des parties. Cette question ne sera pas déterminée seulement à partir du confort physique et des avantages matériels que peut offrir le foyer de l’une ou de l’autre des parties. Le bien-être de l’enfant doit être déterminé en tenant compte de ces facteurs et de tous les autres éléments pertinents, dont le bien-être général de l’enfant sur les plans psychologique, spirituel et émotif. Lorsque la Cour est appelée à trancher des différends entre des parties réclamant la garde d’un enfant, elle doit avoir comme objectif de choisir la solution qui sera la plus à même d’assurer à l’enfant une croissance, une éducation et un développement sains qui l’armeront pour faire face aux problèmes de la vie quand il sera adulte. Les demandes des parents ne doivent pas être écartées à la légère et il faut les examiner avec attention avant d’en arriver à une décision. Cependant, elles doivent être écartées lorsqu’il est évident que le bien-être de l’enfant l’exige. [Je souligne.]

Ce passage exprime une notion importante, savoir que les tribunaux doivent avoir pour consigne de créer ou de favoriser les conditions les plus propices à l’épanouissement de l’enfant. À mon avis, il est aussi pertinent eu égard aux modalités d’accès qu’il ne l’est en ce qui concerne la détermination de la garde.

La détermination de l’intérêt de l’enfant suppose une myriade de considérations, les décisions en matière de garde et d’accès ayant été décrites comme [TRADUCTION] «touchant les relations humaines dans toute leur intensité et leur complexité». Contrairement à la plupart des questions dont les tribunaux sont saisis, ces décisions s’articulent autour des «personnes» plutôt qu’around de leurs «actes», et exigent une appréciation de [TRADUCTION] «l’ensemble de la personne perçue comme un être social» (L. LaFave, «Origins and Evolution of the «Best Interests of the Child» Standard» (1989), 34 *S.D.L. Rev.* 459; R. H. Mnookin, «Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy» (1975), 39 *Law & Contemp. Probs.* 226). Les tribunaux sont appelés

effect of various relationships on the best interests of the child, all the while weighing innumerable variables without the benefit of a simple formula.

In making a determination as to the best interests of the child, courts must attempt to balance such considerations as the age, physical and emotional constitution and psychology of both the child and his or her parents and the particular milieu in which the child will live. These considerations, which underlie the common law, are clearly set out in art. 30 of the *Civil Code of Lower Canada*:

30 In every decision concerning a child, the child's interest and the respect of his rights must be the determining factors.

Consideration may be given in particular to the child's age, sex, religion, language, character and family surroundings, and the other circumstances in which he lives. [Emphasis added.]

Probably one of the most significant factors in many cases will be the relationship that the child entertains with his or her parents. This must necessarily encompass such considerations as the strength of the emotional ties and the role of the person who has provided primary care in the life of the child.

Goldstein, Freud and Solnit's *Beyond the Best Interests of the Child*, *supra*, while perhaps lacking in empirical data, remains an influential analysis of the psychological needs of children following divorce. The authors emphasize, among other factors, the importance of continuity in the child's relationships and conclude that the major focus of custody decisions should be to preserve and protect the relationship between the child and his or her psychological parent. As Weisman reports, *supra*, at p. 47, there is some consensus in favour of this view in recent research. Goldstein later went as far as to say that, while continuing access is normally in the best interests of the child, this is the case only where there is agreement between parents and no court order to effect access is

à prédire des événements futurs plutôt qu'à évaluer la conséquence juridique de gestes antérieurs et à juger des effets de relations variées sur l'intérêt de l'enfant, tout en appréciant d'innombrables variables sans pouvoir recourir à une formule simple.

Pour déterminer l'intérêt de l'enfant, les tribunaux doivent s'efforcer de pondérer des facteurs tels l'âge, l'état physique, affectif et psychologique, tant de l'enfant que de ses parents, et le milieu particulier dans lequel l'enfant vivra. Ces facteurs, implicites en common law, sont clairement énoncés à l'art. 30 du *Code civil du Bas-Canada*:

30 L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet.

On peut prendre en considération, notamment, l'âge, le sexe, la religion, la langue, le caractère de l'enfant, son milieu familial et les autres circonstances dans lesquelles il se trouve. [Je souligne.]

L'un des facteurs les plus importants sera probablement, dans de nombreux cas, la relation que l'enfant entretient avec ses parents. À cet égard, il faudra nécessairement tenir compte de la force des liens affectifs et du rôle de la personne qui, dans la vie de l'enfant, lui a prodigué les soins essentiels.

Malgré peut-être ses lacunes au niveau des données empiriques, l'ouvrage de Goldstein, Freud et Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child*, *op. cit.*, reste fondamental pour l'analyse des besoins psychologiques des enfants à la suite d'un divorce. Les auteurs y font ressortir, entre autres, l'importance de la continuité des liens avec l'enfant et concluent que les décisions en matière de garde devraient viser avant tout à préserver et à protéger les liens entre l'enfant et son parent psychologique. Comme le signale Weisman, *loc. cit.*, à la p. 47, la recherche récente témoigne d'un certain consensus en faveur de cette tendance. Goldstein a même affirmé subséquemment que si l'accès suivi est normalement dans l'intérêt de l'enfant, cela n'est vrai que lorsqu'il y a entente entre les parents et

required (Goldstein, "In Whose Best Interest?", in R. S. Abella and C. L'Heureux-Dubé, eds., *supra*). While the Act places the emphasis on the best interests of the child rather than the wishes of the custodial parent, Weisman observes at p. 62, *supra*,<sup>a</sup> that research indicates that "the child's relationship with the custodial parent may well be the most important factor affecting long-term outcome. Judges should therefore exercise caution before intervening in any manner that may introduce added stress to this relationship".<sup>b</sup>

Custody and access decisions are pre-eminently exercises in discretion. Case by case consideration of the unique circumstances of each child is the hallmark of this process. This Court recognized in *Moge v. Moge*, *supra*,<sup>d</sup> in the context of spousal support decisions, that the discretion vested in the trial judge is essential to effect the very purposes outlined in the Act. The wide latitude under the best interests test permits courts to respond to the spectrum of factors which can both positively and negatively affect a child. Such discretion also permits the judge to focus on the needs of the particular child before him or her, recognizing that what may constitute stressful or damaging circumstances for one child may not necessarily have the same effect on another.<sup>e</sup>

While the best interests test provides the focus and perspective from which to assess custody and access decisions, the test has nonetheless been subject to evaluation and criticism from various sources. The most common concern is that it is essentially indeterminate and fails to provide the necessary direction and criteria with which to make custody and access decisions (Mnookin, *supra*).<sup>f</sup> Some commentators have observed that the broad scope of the test may permit the best interests of the child to become hostage to parental rights rhetoric (K. M. Munro, "The Inapplicability of Rights Analysis in Post-Divorce Child Custody Decision Making" (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 852).<sup>g</sup> Others note that, devoid of presumptions, the test

qu'une ordonnance du tribunal à cet égard n'est pas nécessaire (Goldstein, «In Whose Best Interest?» dans R. S. Abella et C. L'Heureux-Dubé, dir., *op. cit.*). Alors que la Loi met l'accent sur l'intérêt de l'enfant plutôt que sur les désirs du parent gardien, Weisman fait observer, à la p. 62, *loc. cit.*, que la recherche indique qu'«[TRADUCTION] «il se peut fort bien que la relation de l'enfant avec le parent qui en a la garde soit le facteur le plus important à long terme. Les juges devraient donc faire montre de prudence avant d'intervenir d'une façon qui risquerait d'introduire dans cette relation un stress additionnel»».

Les décisions relatives à la garde et à l'accès relèvent principalement de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire. Ce processus se caractérise par l'examen cas par cas des circonstances propres à chaque enfant. Dans l'arrêt *Moge c. Moge*, précité,<sup>e</sup> où il était question de pension alimentaire au conjoint, notre Cour a reconnu que le pouvoir discrétionnaire conféré au juge de première instance était essentiel aux fins mêmes de la Loi. La grande latitude que laisse le critère de l'intérêt permet aux tribunaux de tenir compte de toute la gamme des facteurs susceptibles d'avoir sur un enfant une influence à la fois positive et négative. Ce pouvoir discrétionnaire permet également au juge de concentrer son attention sur les besoins de l'enfant qu'il a devant lui, en reconnaissant que ce qui peut être cause de stress ou de préjudice pour l'un ne l'est pas nécessairement pour l'autre.<sup>f</sup>

Bien qu'il constitue le pivot central des décisions en matière de garde et d'accès, et qu'il indique l'angle sous lequel celles-ci doivent être prises, le critère du meilleur intérêt de l'enfant a fait néanmoins l'objet d'examen et de critiques de diverses sources. On lui reproche le plus souvent d'être essentiellement indéterminée et de ne pas préciser l'orientation et les normes nécessaires pour la prise de ces décisions (Mnookin, *loc. cit.*).<sup>g</sup> Selon certains commentateurs, la large portée du critère peut faire en sorte que l'intérêt de l'enfant devienne l'otage de la rhétorique des droits parentaux (K. M. Munro, «The Inapplicability of Rights Analysis in Post-Divorce Child Custody Decision Making» (1992), 30 *Alta. L. Rev.* 852). D'autres

becomes a competition between psychological experts and lawyers concerning the prevailing psychological notions of child rearing (Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, *supra*). Women in particular have become concerned that the importance of women's work in caring for young children can be devalued under the best interests test, as judges consider such factors as the superior financial position of most fathers when deciding custody matters (S. B. Boyd, "Potentialities and Perils of the Primary Caregiver Presumption" (1991), 7 *C.F.L.Q.* 1). Others claim that the test permits cultural bias in custody and access decisions and is a recipe for the abuse of judicial discretion (S. J. Toope, "Riding the Fences: Courts, Charter Rights and Family Law" (1991), 9 *Can. J. Fam. L.* 55, at p. 67). See also A. Ehrcke, "Limiting Judicial Discretion in Custody Proceedings on Divorce" (1987), 6 *Can. J. Fam. L.* 211; J. P. Ryan, "Joint Custody in Canada: Time for a Second Look" (1986), 49 *R.F.L.* (2d) 119; Department of Justice of Canada, *Custody and Access: Public Discussion Paper* (1993).

In my view, without minimizing these concerns and risks, it is crucial to distinguish between the criticism of the best interests test and the best interests of the child as an objective. Despite concerns about the application of the test, no one has questioned the best interests of the child as the proper focus of custody and access determinations. In the words of Maidment, *supra*, at p. 161:

... the welfare of the child holds the central position in the resolution of custody cases. Whatever the practice, the law places the child protection or nurturance philosophy at the centre of the decision-making process, and whatever interpretations are given to the welfare principle, nowadays the pre-eminence of the child-centred approach receives universal support.

Furthermore, it is significant that no other test has been broadly endorsed to replace it. At the end of the day, the test has been described as "the least

soulignent que, faute de présomptions, l'application de ce critère donne lieu à une compétition entre avocats et experts en psychologie au sujet des notions prédominantes en matière d'éducation des enfants (Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, *op. cit.*). Les femmes, en particulier, craignent que le recours à ce critère ne conduise à une dévaluation de l'importance de leur travail de dispensatrices de soins aux jeunes enfants, car les juges prennent en considération des facteurs telle la position financière plus avantageuse de la plupart des pères lorsqu'ils rendent une décision relative à la garde (S. B. Boyd, «Potentialities and Perils of the Primary Caregiver Presumption» (1991), 7 *C.F.L.Q.* 1). D'autres encore estiment que le critère est un terrain propice aux préjugés culturels et à l'abus du pouvoir discrétionnaire des juges (S. J. Toope, «Riding the Fences: Courts, Charter Rights and Family Law» (1991), 9 *Rev. can. d. fam.* 55, à la p. 67). Voir également: A. Ehrcke, «Limiting Judicial Discretion in Custody Proceedings on Divorce» (1987), 6 *Rev. can. d. fam.* 211; J. P. Ryan, «Joint Custody in Canada: Time for a Second Look» (1986), 49 *R.F.L.* (2d) 119; Ministère de la Justice du Canada, *Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès* (1993).

Sans vouloir minimiser ces préoccupations et ces risques, j'estime qu'il est crucial d'établir une distinction entre la critique du critère du meilleur intérêt de l'enfant et l'intérêt de l'enfant en tant qu'objectif. Malgré les craintes que suscite l'application du critère, nul n'a remis en question l'importance du meilleur intérêt de l'enfant comme pivot des décisions en matière de garde et d'accès. Selon Maidment, *op. cit.*, à la p. 161:

[TRADUCTION] ... le bien-être de l'enfant se situe au cœur du règlement des litiges en matière de garde. Quelle que soit la pratique, la loi place la protection de l'enfant ou philosophie de la nurturance au centre du processus de prise de décision dans ce domaine et, peu importe l'interprétation de ce principe, la prééminence de la démarche axée sur l'enfant est aujourd'hui universellement reconnue.

De plus, il est révélateur qu'aucun critère de substitution n'ait fait l'objet d'un large consensus. En dernière analyse, le critère de l'intérêt de l'en-

detrimental available alternative for safeguarding the child's growth and development" and most of the suggested guidelines or presumptions are in fact designed to give content to the test in furtherance of the welfare of the child. (See Goldstein, Freud and Solnit, *supra*, at p. 53. See also Mnookin, *supra*.)

It is also worthwhile to recall that the best interests test initially fulfilled its purpose because the presumptions such as the tender years doctrine provided the necessary content on which to base custody and access decisions (Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform, supra*, at p. 84). Courts not only presumed that mothers were naturally better custodial parents, but also relied on the parent who had since the beginning provided primary care to the child to continue to act in its best interests. As this Court noted in *Talsky v. Talsky, supra*, at p. 293, the tender years doctrine was not so much a rule of law as "purely . . . a principle of common sense".

With the removal of such presumptions however, courts are now faced with competing claims concerning the best interests of the child. In the result, a number of presumptions have been suggested to govern the best interests test in custody decisions, the most common of which is the primary caregiver presumption. (See Boyd, "Potentialities and Perils of the Primary Caregiver Presumption", *supra*). This presumption has developed in response to the trend toward joint custody, and the resultant erosion in both the financial resources and the authority of the parent with day-to-day obligations for child rearing. Boyd expresses the concerns underlying this presumption as follows at p. 6:

. . . a misplaced application of "equality" is evident in legislative and judicial trends toward entrenching fathers' rights in child custody law, such as joint custody and access enforcement. The importance of ensuring "equal" fatherly input into children's lives after fam-

fant a été décrit comme [TRADUCTION] «la solution la moins préjudiciable à la croissance et au développement de l'enfant», et la plupart des lignes directrices ou des présomptions suggérées visent en fait à l'étoffer dans le sens de la préservation du bien-être de l'enfant. (Voir Goldstein, Freud et Solnit, *op. cit.*, à la p. 53. Voir également Mnookin, *loc. cit.*)

Il convient également de rappeler qu'à l'origine, le critère de l'intérêt de l'enfant atteignait son but parce que les présomptions, telle la doctrine des enfants en bas âge, fournissaient la substance sur laquelle les décisions relatives à la garde et à l'accès pouvaient s'appuyer (Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform, op. cit.*, à la p. 84). Non seulement les tribunaux présumaient que les mères étaient naturellement de meilleurs parents gardiens, mais ils comptaient sur le parent qui, depuis le début, avait prodigué à l'enfant les soins essentiels, pour continuer à agir dans son intérêt. Ainsi que l'a souligné notre Cour dans l'arrêt *Talsky c. Talsky*, précité, à la p. 293, la doctrine des enfants en bas âge n'était pas tant une règle de droit qu'un principe dicté «uniquement [par le] bon sens».

Toutefois, avec la disparition de ces présomptions, les tribunaux se retrouvent aujourd'hui devant des parties qui se disputent l'intérêt de l'enfant, si bien qu'on a mis de l'avant un certain nombre de présomptions afin d'encadrer le critère de l'intérêt de l'enfant en matière de garde, la plus commune étant celle du principal pourvoyeur de soins. (Voir Boyd, «Potentialities and Perils of the Primary Caregiver Presumption», *loc. cit.*) Cette présomption s'est développée en réponse au courant favorisant la garde partagée et à l'érosion consécutive des ressources financières et de l'autorité du parent aux prises avec les obligations quotidiennes qu'impose l'éducation d'un enfant. Boyd exprime ainsi, à la p. 6, les considérations sous-jacentes à cette présomption:

[TRADUCTION] . . . une conception inappropriée de la notion d'«égalité» est manifeste dans les courants législatifs et judiciaires qui tendent à consacrer les droits des pères en matière de garde d'enfants, telles la garde partagée et l'exécution forcée du droit d'accès. On a peut-



ily breakdown even if they were not “equally” involved before, has been elevated to arguably too high a level in recent years. The form which this trend often takes — retaining an active and full role for both father and mother in making decisions concerning the child (joint legal custody) — potentially inhibits the autonomy and exercise of discretion by the parent with physical care of the child.

However, as she points out, one of the principal rationales for endorsing this presumption is not to supplant the best interests of the child as the ultimate objective but to ensure that those interests are protected. The presumption explicitly restores the values of commitment and demonstrated ability to nurture as well as continued psychological parenting to the child, factors which may be overshadowed by other considerations in custody disputes. The primary caregiver presumption thus recognizes the obligations and supports the authority of the parent engaged in day-to-day tasks of child rearing.

In assessing all the relevant considerations, courts must be careful that the ideals of parental sharing and equality do not overcome the lived reality of custody and access arrangements and that the child’s needs and concerns are accommodated and not obscured by abstract claims of parental rights. This is not to say that the parent’s interests may not coincide with the child’s interests or that a court may never validly take a parent’s interests into consideration. However, to further the best interests of the child, a recognition of the close relationship between the needs of the child and the needs of the remaining family unit of which he or she is a part is essential. As Abella J.A. held in *M. (B.P.) v. M. (B.L.D.E.)* (1992), 97 D.L.R. (4th) 437, for the majority, at p. 459:

[The best interests of the child] by no means excludes the parental perspective. The needs of children and their parents are obviously inextricable, particularly between children and the parent on whom they depend for their day-to-day care, where only one parent has this primary responsibility. The structure of an environment that fits

être trop insisté, ces dernières années, sur l’importance d’assurer une contribution «égale» du père dans la vie des enfants après la dislocation de la famille, même si cette contribution n’était pas «égale» auparavant. La forme sous laquelle se traduit souvent cette tendance — savoir le souci de conserver au père et à la mère un rôle pleinement actif dans les décisions concernant l’enfant (garde légale partagée) — risque potentiellement de saper l’autonomie et la marge discrétionnaire du parent qui a la garde physique de l’enfant.

Cependant, comme elle le souligne, l’une des principales raisons justifiant l’adoption de cette présomption n’est pas de supplanter l’intérêt de l’enfant en tant qu’objectif ultime, mais de veiller à ce que cet intérêt soit protégé. La présomption rétablit explicitement les valeurs d’engagements et d’habileté démontrée à s’occuper de l’enfant, ainsi que du maintien du lien psychologique avec lui, facteurs que d’autres considérations peuvent reléguer dans l’ombre lorsque la garde est en litige. La présomption en faveur du principal pourvoyeur de soins reconnaît ainsi les obligations et appuie l’autorité du parent qui s’occupe jour après jour de l’éducation de l’enfant.

Dans l’appréciation qu’ils font de l’ensemble des éléments pertinents, les tribunaux doivent veiller à ce que l’idéal de partage et d’égalité des parents ne masque pas la réalité concrète des arrangements relatifs à la garde et à l’accès, et à ce qu’il soit tenu compte des besoins et des préoccupations de l’enfant et que ceux-ci ne soient pas obscurcis par la revendication, dans l’abstrait, de droits parentaux. Cela ne signifie pas que l’intérêt d’un parent ne peut pas coïncider avec celui de l’enfant ou qu’un tribunal ne pourra jamais le prendre valablement en considération. Cependant, il est essentiel, dans l’intérêt de l’enfant, de reconnaître les liens étroits qui existent entre ses besoins et ceux du reste de la cellule familiale dont il fait partie. Voici ce qu’en dit le juge Abella dans *M. (B.P.) c. M. (B.L.D.E.)* (1992), 97 D.L.R. (4th) 437, au nom de la majorité, à la p. 459:

[TRADUCTION] [L’intérêt de l’enfant] n’exclut d’aucune façon la prise en compte du point de vue parental. De toute évidence, les besoins des enfants et de leurs parents sont inextricablement liés, particulièrement entre les enfants et le parent dont ils dépendent pour les soins quotidiens, lorsqu’un seul des parents assume cette res-

the child's interests would undoubtedly be reinforced if the economic and emotional needs, especially of custodial parents, were factored in, given the symbiosis of their sense of well-being.

Moreover, as Weisman, *supra*, concludes at p. 36:

. . . access issues often present the most intractable problems in all family law. On occasion, fairness and enforceability are impossible to achieve, and the most for which one can hope is the least detrimental alternative for the child.

In the final analysis, when considering the best interests of the child, it may be a virtue rather than a sin for the judge to be pragmatic and take into consideration both the strengths and shortcomings of the parties and the limits of human nature. To do so is only to recognize that, in some circumstances, the perfect may be the enemy of the good. Courts must always be mindful that not only the benefit but also the real cost and burden of all custody and access arrangements ultimately falls on the children themselves.

## 2. *Constitutionality of the Best Interests Test*

It would seem to be self-evident that the best interests test is value neutral, and cannot be seen on its face to violate any right protected by the *Charter*. Indeed, as an objective, the legislative focus on the best interests of the child is completely consonant with the articulated values and underlying concerns of the *Charter*, as it aims to protect a vulnerable segment of society by ensuring that the interests and needs of the child take precedence over any competing considerations in custody and access decisions.

Nonetheless, in his claim that the access order infringes his freedom of religion under the *Charter*, the respondent challenges the constitutionality of the best interests test on a number of grounds. First, he alleges that the discretion conferred on judges under the best interests test violates the

responsabilité première. Étant donné la symbiose de leurs sentiments de bien-être, l'environnement favorable à l'enfant verrait sa structure indubitablement renforcée si les besoins économiques et affectifs, en particulier ceux des parents gardiens, entraient en considération.

De plus, ainsi que conclut Weisman, *op. cit.*, à la p. 36:

[TRADUCTION] . . . les questions relatives au droit d'accès présentent souvent les problèmes les plus épineux de tout le droit de la famille. Dans certains cas, il est impossible d'assurer l'équité et le caractère exécutoire des décisions, et le mieux qu'on puisse espérer est la solution la moins préjudiciable possible pour l'enfant.

En dernière analyse, lorsqu'il prend en considération le meilleur intérêt de l'enfant, c'est à bon plutôt qu'à mauvais escient que le juge fera montre de pragmatisme et appréciera les forces et les faiblesses respectives des parties ainsi que les limites de la nature humaine. Agir ainsi équivaut simplement à reconnaître que le mieux est parfois l'ennemi du bien. Les tribunaux doivent toujours être conscients que ce sont les enfants eux-mêmes qui, en dernier ressort, non seulement bénéficient des arrangements concernant la garde et l'accès mais en portent aussi le fardeau réel.

## 2. *La constitutionnalité du critère de l'intérêt de l'enfant*

Il semble évident que le critère du meilleur intérêt de l'enfant a une valeur neutre et qu'il ne peut, en soi, violer un droit protégé par la *Charte*. De fait, en tant qu'objectif, l'accent mis dans la loi sur le meilleur intérêt de l'enfant correspond tout à fait aux valeurs explicites et aux préoccupations implicites de la *Charte*, puisqu'il vise à protéger un segment vulnérable de la société en veillant à ce que l'intérêt et les besoins de l'enfant l'emportent, en matière de garde et d'accès, sur toute autre considération concurrente.

Néanmoins, dans sa prétention que l'ordonnance d'accès porte atteinte à la liberté de religion que lui garantit la *Charte*, l'intimé attaque la constitutionnalité du critère de l'intérêt de l'enfant en faisant valoir un certain nombre de moyens. En premier lieu, il allègue que le pouvoir discrétionnaire ainsi

*Charter*. Second, he claims that the test is so vague that it cannot be said to be "prescribed by law" and, accordingly, any violation of his freedom of religion, cannot be justified by the test under s. 1 of the *Charter*. Leaving aside for the moment the alleged infringement of freedom of religion of the respondent and his children under the *Charter*, in my opinion, both of these contentions must fail.

As I observed in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, this Court has previously found that the mere existence of broad judicial discretion in a legislative provision is not in itself sufficient to attract the application of the *Charter*, nor can the presence or scope of such discretion alone give rise to an inference that *Charter* rights are thereby infringed. One such instance was the decision in *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, where the issue arose in the context of a challenge to the wide discretion of the police to fingerprint suspects. In that case, La Forest J., writing for the Court, stated at p. 410:

The existence of the discretion conferred by the statutory provisions does not, in my view, offend principles of fundamental justice.

Indeed, this Court recently held in *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, that the presence of the residual discretion of a judge may itself be a constitutional requirement in some instances, in order that there be a means of balancing the competing rights and interests of the individual and the state.

In *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711, Gonthier J., dissenting, observed at p. 754 that:

... the identification of a measure of discretion conferred by means of a legislative provision cannot alone provide the basis for a constitutional evaluation of that provision. Nor can the identification of possible parameters of that discretion, for a discretion which is referred to as being fettered can be one which is limited not only by appropriate constraints but also by those which are inappropriate or unsuitable. The more important issue which remains, therefore, is what kind of discretion is

conféré aux juges viole la *Charte*. En second lieu, il soutient que le critère est à ce point vague qu'il ne peut constituer «une règle de droit» et que, en conséquence, toute violation de sa liberté de religion ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. En excluant pour le moment l'atteinte alléguée à la liberté de religion dont l'intimé et ses enfants jouissent en vertu de la *Charte*, ces deux prétentions doivent, à mon avis, être rejetées.

Comme je l'ai noté dans l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, notre Cour a, dans des arrêts antérieurs, conclu que le simple fait qu'une disposition législative confère un large pouvoir discrétionnaire ne suffit pas en soi à donner ouverture à l'application de la *Charte*, pas plus qu'on ne peut déduire de l'existence ou de la portée de ce pouvoir discrétionnaire qu'il y a, par là même, violation de droits garantis par la *Charte*. L'un de ces arrêts est l'affaire *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, où était en cause le large pouvoir discrétionnaire des policiers de prendre les empreintes digitales des suspects. Le juge La Forest y dit, au nom de la Cour, à la p. 410:

L'existence d'un pouvoir discrétionnaire conféré par ces dispositions législatives ne porte pas atteinte, à mon avis, aux principes de justice fondamentale.

De fait, notre Cour a conclu récemment dans l'arrêt *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, que la présence d'un pouvoir discrétionnaire résiduel peut, dans certains cas, être une exigence constitutionnelle, afin qu'il y ait un moyen par lequel le juge puisse apprécier les droits et les intérêts contradictoires du particulier et de l'État.

Dans l'arrêt *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711, le juge Gonthier, dissident, fait observer, à la p. 754:

... le seul fait qu'il existe un pouvoir discrétionnaire conféré par une disposition législative ne peut en soi servir de base à une évaluation constitutionnelle de cette disposition. L'existence de paramètres possibles de ce pouvoir discrétionnaire ne le peut pas non plus, car un pouvoir discrétionnaire dont on dit qu'il est entravé peut être un pouvoir limité non seulement par des contraintes appropriées mais également par celles qui ne le sont pas ou qui sont inadéquates. La question la plus importante

conferred, and the capacity of the words of the legislative provision to support the type of reasoning which the matter under adjudication requires. [Emphasis added.]

Thus, discretion cannot be considered in the absence of an examination of the legislative objectives, and the important question is whether the presence of such discretion can be rationally tied to those objectives. For the reasons which I shall delineate hereinafter when considering the vagueness of the best interests test, it is clear that broad judicial discretion is crucial to the proper implementation of the legislative objective of securing the best interests of the child.

This Court has had occasion to consider the concept of vagueness of legislative provisions in the context of the *Charter* on a number of occasions in recent years (see *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606). While these cases all dealt with vagueness in the criminal context, a number of principles may be derived from this jurisprudence which are useful in the present context. The underlying concern is that a legislative provision be capable of providing a framework or guide within which judicial decisions can be made. The threshold for constitutional violation due to vagueness in legislative provisions is relatively high, and it is not necessary that such provisions carry a precise technical meaning or provide certainty as to the result (*R. v. Butler, supra*; *Osborne v. Canada (Treasury Board), supra*, and *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*). Rather, the standard requires that the provisions permit the framing of an intelligible legal debate with respect to the objectives contained in the legislation.

qui demeure est donc de connaître la nature du pouvoir discrétionnaire qui est conféré et la mesure dans laquelle le libellé de la disposition législative peut étayer le raisonnement qu'exige la question à trancher. [Je souligne.]

Ainsi, on ne peut analyser un pouvoir discrétionnaire sans examiner les objectifs de la loi, et la question importante est de savoir si la présence d'un tel pouvoir se rattache rationnellement à ces objectifs. Pour les motifs que j'exposerai ci-après lorsque j'aborderai la question de l'imprécision du critère de l'intérêt, il est manifeste que l'existence d'un large pouvoir discrétionnaire des juges est essentielle à la mise en œuvre adéquate de l'objectif de protéger l'intérêt de l'enfant.

Notre Cour a examiné à plusieurs reprises ces dernières années la notion d'imprécision des dispositions législatives dans le contexte de la *Charte* (voir *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'art. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606). Bien que tous ces arrêts traitent de l'imprécision en matière criminelle, un certain nombre de principes qui y sont énoncés peuvent s'avérer utiles dans le présent contexte. La considération sous-jacente est que la disposition législative doit pouvoir fournir un cadre ou constituer un guide pour la prise de décisions judiciaires. Le seuil au-delà duquel il y a inconstitutionnalité pour imprécision d'une disposition législative est relativement élevé, et il n'est pas nécessaire qu'il se dégage de cette disposition un sens technique précis ou une certitude quant au résultat (*R. c. Butler*; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)* et *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précités). La norme exige plutôt que les dispositions permettent la tenue d'un débat judiciaire intelligible eu égard aux objectifs visés par la loi.

The doctrine of vagueness was defined most recently by Gonthier J. for this Court in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, at p. 643 as follows:

... a law will be found unconstitutionally vague if it so lacks in precision as not to give sufficient guidance for legal debate.

The question which arises, then, under the vagueness requirements of constitutional validity, is whether the best interests test is so uncertain as to be incapable of guiding a consideration of the factors relevant to custody and access determinations. In my opinion, it is not.

A similar question arose concerning the concept of the "public interest" in the recent decision of this Court in *R. v. Morales*, *supra*, where Gonthier J., while dissenting on this issue, set out a framework for considering the constitutional validity of broad legislative concepts which are nonetheless designed to encompass a specific set of concerns and interests. He described "public interest" in the following manner at p. 751:

... a notion which has traditionally been recognized as affording a means of referring to the special set of considerations which are relevant to those legal determinations concerned with the relationship of the represented private interest or interests and the broader interest of the public.

The same type of characterization is appropriate to the best interests test. The "best interests of the child" can be regarded as the term employed to refer to the spectrum of considerations encompassed by the needs of the child, as distinct from those of any other party, in the determination of custody and access disputes. The fact that it must be applied to the facts of each case does not militate in favour of its unconstitutionality. Rather, this feature is part and parcel of what makes decisions in the best interests of the child possible at all.

As its widespread adoption and application suggest, the best interests of the child standard cannot

Le juge Gonthier a défini récemment, au nom de notre Cour, ce qu'il faut entendre par la théorie de l'imprécision dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 643:

... une loi sera jugée d'une imprécision inconstitutionnelle si elle manque de précision au point de ne pas constituer un guide suffisant pour un débat judiciaire.

La question qui se pose, alors, au regard des exigences de la constitutionnalité de l'imprécision, est de savoir si le critère de l'intérêt de l'enfant est à ce point incertain qu'il ne donne aucune indication susceptible d'éclairer l'examen des facteurs pertinents aux fins de la prise d'une décision en matière de garde et d'accès. À mon avis, ce n'est pas le cas.

Une question semblable s'est posée à propos de la notion d'«intérêt public» dans l'arrêt récent de notre Cour *R. c. Morales*, précité, où le juge Gonthier, bien que dissident sur cette question, a établi un cadre d'analyse de la constitutionnalité de notions législatives larges qui visent néanmoins un ensemble particulier de préoccupations et d'intérêts. Il a décrit ainsi l'«intérêt public», à la p. 751:

... une notion qui traditionnellement a été reconnue comme offrant le moyen de désigner les considérations particulières pertinentes aux décisions judiciaires concernant les rapports entre l'intérêt ou les intérêts privés en cause et l'intérêt plus général du public.

Le même type de définition est applicable au critère de l'intérêt de l'enfant. L'expression «intérêt de l'enfant» peut, en effet, être conçue comme renvoyant à l'ensemble des considérations qu'englobent les besoins de l'enfant, par opposition à ceux des autres parties, dans le règlement des litiges en matière de garde et d'accès. La nécessité d'appliquer le critère aux faits particuliers de chaque espèce ne constitue pas un argument en faveur de son inconstitutionnalité. C'est plutôt l'un des éléments qui rend possible la prise même de décisions dans l'intérêt de l'enfant.

Ainsi qu'en témoigne l'étendue de son adoption et de son application, le critère de l'intérêt de l'en-

be regarded as unconstitutionally vague. On the contrary, the best interests test is universally recognized as the foundation of modern family law around the world and is legislatively entrenched in both common law and civil jurisdictions in the United States, Australia and Europe. Moreover, the need to make the best interests of the child the primary consideration in all actions concerning children, including legal proceedings, is specifically recognized in international human rights documents such as the United Nations *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, Art. 3(1). In my view, this amply demonstrates both the enduring value of the best interests test as a legal norm capable of meaningful application and the broad recognition of the interests of children in the field of human rights.

It is important to recall that the vagueness of a legislative provision cannot be examined in the abstract but must be considered within the context of the particular legislative objectives in question, bearing in mind that some objectives will require a panoply of judicial remedies for their meaningful fulfilment. As Beetz J. observed in *R. v. Morgentaler*, *supra*, at p. 107, “[f]lexibility and vagueness are not synonymous”. Nor should the vagueness of a provision be considered solely with reference to the words of the statute. The Ontario Court of Appeal held in *R. v. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163, at p. 173:

It has been recognized that the void for vagueness doctrine is not to be applied to the bare words of the statutory provision but, rather, to the provision as interpreted and applied in judicial decisions.

See also *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, at p. 1157.

This Court held recently in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, at p. 627 that, among the factors with which courts should be concerned when the vagueness of a law is at issue are:

fant ne peut être considéré comme étant inconstitutionnellement imprécis. Au contraire, il est universellement reconnu comme le fondement du droit familial moderne et il jouit d’une consécration législative dans les juridictions tant de common law que de droit civil aux États-Unis, en Australie et en Europe. De plus, la nécessité de faire de l’intérêt de l’enfant la considération primordiale dans toute action concernant des enfants, y compris les procédures judiciaires, est expressément reconnue dans les documents internationaux relatifs aux droits de la personne, telle la *Convention relative aux droits de l’enfant* des Nations Unies, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3(1). À mon avis, cela démontre amplement la valeur indéniable du critère de l’intérêt de l’enfant en tant que norme juridique pertinente et la large reconnaissance que l’intérêt des enfants jouit, en tant que droit de la personne, d’une valeur digne de protection en soi.

Il importe de rappeler que l’imprécision d’une disposition législative ne peut s’apprécier dans l’abstrait, mais bien au regard des objectifs législatifs particuliers en cause, en tenant compte que, pour atteindre certains de ces objectifs, il faudra recourir à une panoplie de remèdes judiciaires. Comme l’a fait observer le juge Beetz dans l’arrêt *R. c. Morgentaler*, précité, à la p. 107, «[s]ouplesse n’est pas synonyme d’imprécision». L’imprécision ne s’apprécie pas davantage uniquement en fonction du texte de la loi. Dans l’arrêt *R. c. LeBeau* (1988), 41 C.C.C. (3d) 163, la Cour d’appel de l’Ontario a conclu en ces termes, à la p. 173:

[TRADUCTION] Il a été reconnu que la théorie de la nullité pour imprécision ne s’applique pas aux seuls termes de la disposition législative mais, plutôt, à la disposition telle qu’elle a été interprétée et appliquée dans les décisions judiciaires.

Voir également *Renvoi relatif à l’art. 193 et à l’al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, à la p. 1157.

Notre Cour a établi récemment dans l’arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 627, qu’au nombre des facteurs que les tribunaux devraient prendre en considération lorsqu’est soulevée la question de l’imprécision d’une règle de droit, figurent les suivants:

... (a) the need for flexibility and the interpretive role of the courts, (b) the impossibility of achieving absolute certainty, a standard of intelligibility being more appropriate and (c) the possibility that many varying judicial interpretations of a given disposition may exist and perhaps coexist. . . .

Child custody and access decisions engage all of these considerations, as the best interests of the child remain, in the words of Abella J.A., "as fluid as each child's circumstances" (*M. (B.P.) v. M. (B.L.D.E.)*, *supra*, at p. 459). As I have discussed earlier in these reasons, when fashioning custody and access orders, courts are concerned with the design of future living arrangements which may be affected by a multitude of different factors. In establishing this *modus vivendi*, courts must consider not only the circumstances which might ideally be in the best interests of the child, but must also weigh the capacity of the parties to fulfil and endure the conditions which are set for custody and access. Thus, family law statutes, and child custody provisions in particular, probably best exemplify the type of legislation in which broad judicial discretion is necessary to fulfil the legislative purpose effectively.

Furthermore, the best interests test has been judicially applied for decades, and the case law provides a large body of jurisprudence to which courts may resort when considering factors relevant to the best interests test.

In my opinion, the prophetic caution of Gonthier J. in *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, *supra*, at p. 642, is particularly apposite in the circumstances of this case:

One must be wary of using the doctrine of vagueness to prevent or impede State action in furtherance of valid social objectives, by requiring the law to achieve a degree of precision to which the subject-matter does not lend itself.

It should not be assumed that a grant of discretion is an invitation to exercise personal prejudice,

... a) la nécessité de la souplesse et le rôle des tribunaux en matière d'interprétation; b) l'impossibilité de la précision absolue, une norme d'intelligibilité étant préférable; c) la possibilité qu'une disposition donnée soit susceptible de nombreuses interprétations qui peuvent même coexister. . . .

Les décisions rendues en matière de garde et d'accès englobent l'ensemble de ces facteurs, la notion d'intérêt de l'enfant demeurant, selon les termes du juge Abella, [TRADUCTION] «aussi fluide que la situation particulière de chaque enfant» (*M. (B.P.) c. M. (B.L.D.E.)*, précité, à la p. 459). Comme je l'ai dit précédemment, les tribunaux qui rendent des ordonnances de garde et d'accès sont appelés à mettre au point des arrangements sur lesquels pourront influencer, dans l'avenir, une multitude de facteurs. En établissant ce *modus vivendi*, les tribunaux doivent non seulement envisager les circonstances qui, idéalement, seraient dans l'intérêt de l'enfant, mais également apprécier l'aptitude des parties à se conformer aux conditions prescrites et à les tolérer. Ainsi, les lois en matière familiale et, en particulier, les dispositions relatives à la garde des enfants, constituent probablement le meilleur exemple du type de texte législatif dans lequel l'octroi d'un large pouvoir discrétionnaire est nécessaire à l'atteinte efficace de l'objectif visé.

De plus, le critère de l'intérêt de l'enfant est appliqué depuis des décennies et les tribunaux disposent d'une abondante jurisprudence à laquelle ils peuvent recourir lorsqu'ils examinent les facteurs pertinents à cet égard.

À mon avis, la mise en garde prophétique du juge Gonthier dans l'arrêt *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité, à la p. 642, convient tout particulièrement dans les circonstances de l'espèce:

Il faut hésiter à recourir à la théorie de l'imprécision pour empêcher ou gêner l'action de l'État qui tend à la réalisation d'objectifs sociaux légitimes, en exigeant que la loi atteigne un degré de précision qui ne convient pas à son objet.

On ne devrait pas présumer que l'octroi d'un pouvoir discrétionnaire est une invitation à donner

as it is well established in the jurisprudence that discretion in every instance must be exercised judicially and in conformity with the objectives and standards of the legislation. The application of the best interests test, if done in an individual case according to irrelevant or improper criteria, remains subject to the normal process of review on appeal.

Having analyzed the content of the best interests of the child standard prescribed in the Act in matters of custody and access and determined its constitutionality, what burden of proof must the custodial parent meet to obtain an order restricting access?

### 3. Evidence

One might have thought that the clear and unequivocal language of the Act makes the best interests of the child the only consideration in matters of custody and access, and that the only evidence required for an order limiting access would be evidence indicating that the exercise of access in a particular manner is in the best interests of the child. This is the test which was applied in this case by all of the judges, including those at the Court of Appeal, who were seized of the matter at the interim stage, as well as the trial judge. The Court of Appeal, however, relying in particular on the decision of the Ontario Supreme Court in *Hockey v. Hockey*, *supra*, would elevate the test to one of harm which the custodial parent must show in order to restrict access to the children by the non-custodial parent. I say at the outset that, even under such a severe test, the appellant has established that restrictions are required. However, the question is whether harm is the test. My answer is a clear no for the reasons that follow.

As I noted above, the Court of Appeal has equated the alleged absence of harm in this case with the best interests of the child. However, no rationale is proposed for so defining the best interests of the child. Moreover, nothing in the Act

cours à ses préjugés personnels, car il est bien établi en jurisprudence que, dans tous les cas, le pouvoir discrétionnaire doit être exercé judiciairement et en conformité avec les objectifs et les normes fixés dans la loi. Si, dans une espèce donnée, l'application du critère de l'intérêt de l'enfant se fait en fonction de normes non pertinentes ou inadéquates, elle demeure assujettie au processus normal de contrôle par voie d'appel.

Une fois analysé le contenu du critère de l'intérêt de l'enfant dont la Loi prescrit l'application en matière de garde et d'accès, et une fois établie sa constitutionnalité, quelle est la charge de la preuve qui incombe au parent gardien qui veut obtenir une ordonnance restreignant le droit d'accès?

### 3. La preuve

On aurait pu penser que le langage clair et non équivoque de la Loi fait du meilleur intérêt de l'enfant le seul facteur à prendre en considération en matière de garde et d'accès, et que la seule preuve requise aux fins d'une ordonnance restreignant l'accès serait une preuve établissant que l'exercice de ce droit d'une façon particulière est dans l'intérêt de l'enfant. C'est le critère qu'ont appliqué en l'espèce tous les juges, y compris ceux de la Cour d'appel, qui ont été saisis de l'affaire au stade provisoire, et le juge de première instance. La Cour d'appel, toutefois, s'appuyant en particulier sur la décision de la Cour suprême de l'Ontario dans *Hockey c. Hockey*, précité, appliquerait un critère plus rigoureux, soit celui du préjudice caractérisé que le parent gardien doit établir en vue de restreindre le droit d'accès du parent non gardien auprès des enfants. D'emblée, je dis que, même au regard d'un critère aussi rigoureux, l'appelante a fait la preuve de la nécessité de restreindre l'accès. La question, toutefois, est de savoir si le préjudice caractérisé est bien le critère applicable. Ma réponse est nettement négative pour les motifs qui suivent.

Comme je l'ai souligné précédemment, la Cour d'appel a traité comme équivalents l'absence de préjudice caractérisé alléguée en l'espèce et l'intérêt de l'enfant. Aucune justification cependant, n'est proposée pour ainsi définir l'intérêt de l'en-



mandates or even suggests that “real danger of significant harm to the child” be the sole consideration in matters of custody and access.

Subsection 16(8) of the Act directs that the best interests of the child are to be determined “by reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child”. There is no mention of harm at all in this list of considerations, and nothing supports the inference that the best interests of the child not only can but also should be encompassed by the simple concept of absence of harm, thus making harm the controlling factor in custody and access decisions. On the contrary, the adoption of the harm test would require courts to ignore the very factors which are set out in the Act and which have guided the courts up until now in custody and access decisions. While it is self-evident that if the exercise of access by the non-custodial parent harms the child, access must be curtailed; even in the absence of harm the best interests of the child may also warrant such curtailment.

The harm test by which the Court of Appeal proposes to qualify the best interests test inverts the basic focus of the inquiry into custody and access. Under the best interests test, courts must consider how to best foster the child’s overall development and protect the child from conflict and the disruptive effects of divorce at a vulnerable point in his or her life. In contrast, the harm test essentially requires a court to determine how much conflict and stress a child should be required to endure in order that the parent’s wishes may prevail. Once the pendulum swings in that direction, it is difficult to control. If not this much stress, why not a little more? If one type of conflict, why not that? Moreover, it may be difficult if not impossible, even for an expert, to determine with any degree of accuracy whether the child has been harmed or will be harmed in the long run. However, the most serious deficiency of the harm test is the following. While the effects of custody and

fant. Qui plus est, il n’y a rien dans la Loi qui oblige ou même propose que la présence d’un «danger réel de préjudice important pour l’enfant» soit l’unique facteur à prendre en considération en matière de garde et d’accès.

Le paragraphe 16(8) de la Loi prescrit que l’intérêt de l’enfant doit être déterminé «en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d’une façon générale, de sa situation». Il n’est nulle part question de préjudice caractérisé dans cette énumération des facteurs à considérer, et rien ne permet de déduire que l’intérêt de l’enfant non seulement peut, mais devrait, être englobé dans la simple notion d’absence de préjudice caractérisé, de sorte que le préjudice serait le facteur déterminant des décisions touchant la garde et l’accès. Au contraire, l’adoption du critère du préjudice caractérisé exigerait que les tribunaux ne tiennent aucun compte des facteurs mêmes qui sont énumérés dans la Loi et qui, jusqu’à maintenant, ont guidé leurs décisions en la matière. Certes, il va de soi que si l’exercice du droit d’accès par le parent qui n’en a pas la garde est préjudiciable à l’enfant, ce droit doit alors être restreint, mais l’intérêt de l’enfant peut aussi, même en l’absence de préjudice caractérisé, justifier une telle restriction.

Le critère du préjudice caractérisé que propose la Cour d’appel pour qualifier le critère de l’intérêt de l’enfant déplace le foyer central de l’analyse en matière de garde et d’accès. En vertu du critère de l’intérêt, les tribunaux doivent déterminer la meilleure façon d’assurer le développement global de l’enfant et de le protéger des conflits et des effets perturbateurs du divorce à un moment critique de sa vie. En revanche, le critère du préjudice caractérisé exige essentiellement du tribunal qu’il détermine le niveau de conflit et de stress qu’un enfant devrait pouvoir supporter pour que prévalent les désirs du parent. Lorsque le balancier va dans cette direction, la situation devient difficile à contrôler. S’il n’y a pas beaucoup de stress, alors pourquoi pas un peu plus? S’il existe un certain type de conflit, alors pourquoi pas cet autre? Au surplus, il peut s’avérer difficile, sinon impossible, même pour un expert, de déterminer avec quelque précision si l’enfant a subi un préjudice ou s’il en subira

access decisions always remain uncertain to some degree, the harm test places any risk of miscalculation in the degree of stress or conflict occasioned by such decisions squarely on the back of the child, depriving the child of any presumption in his or her favour. Obviously this cannot be correct from the perspective of the interests of the child. To wait until harm has occurred to correct the situation is not only to waive the benefit of prevention, but also to increase the possibility of error. Instead of minimizing the risks, the harm test would maximize them.

A discussion of the research data on the long-term effects of divorce, as well as custody and access decisions, on children is helpful at this point to assess the consequences of adopting the harm standard as regards the welfare of children and the importance of adhering to the best interests of the child as the overarching goal in custody and access determinations. While this remains an area of social science that has yet to be comprehensively researched, studies of both the effects of divorce and the role of conflict in the subsequent family life indicate that children often suffer more extensively than is generally acknowledged on divorce, and that those who must endure continuing conflict after divorce stand at serious risk of harm down the road. The resounding message is that courts must pay more, not less, attention to the needs of children on divorce.

I acknowledge at the outset the limits in applying such research to the wider population, as the studies to date have tended to focus on groups within a particular social class or locale. Furthermore, the conclusions of some studies, for example those by J. S. Wallerstein and J. B. Kelly, *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce* (1980), have been used to support a

un à long terme. Toutefois, la plus grave lacune du critère du préjudice caractérisé est la suivante: si les décisions relatives à la garde et à l'accès ont des effets qui, dans une certaine mesure, restent toujours incertains, le critère du préjudice caractérisé fait en sorte que le risque d'une mauvaise évaluation du degré de stress ou de conflit ainsi engendré retombe carrément sur les épaules de l'enfant, le privant de toute présomption en sa faveur. Manifestement, cela est inadmissible du point de vue de l'intérêt de l'enfant. Attendre jusqu'à ce que le préjudice ait été causé pour corriger la situation n'est pas seulement renoncer au bénéfice de la prévention, mais également accroître la possibilité d'erreur. Au lieu de réduire les risques au minimum, le critère du préjudice caractérisé les maximiserait.

Il est utile, à ce stade, d'examiner les données de la recherche quant aux effets que le divorce et les décisions en matière de garde et d'accès ont à long terme sur les enfants, afin d'évaluer les conséquences que pourrait entraîner l'adoption du critère du préjudice caractérisé eu égard au bien-être de l'enfant, et l'importance de conserver le critère du meilleur intérêt de l'enfant comme objectif global devant guider les décisions en la matière. Bien que ce domaine des sciences sociales reste encore relativement inexploré, les études effectuées sur les effets du divorce et le rôle des conflits dans la vie familiale ultérieure indiquent que les enfants souffrent souvent plus profondément du divorce qu'on ne le reconnaît généralement, et que ceux qui ont à vivre des conflits incessants après le divorce risquent de subir un grave préjudice à un moment donné. Le message est clair: c'est une attention plus grande, et non moindre, que les tribunaux doivent accorder aux besoins des enfants lors d'un divorce.

Je reconnais d'emblée qu'élargir à l'ensemble de la population les résultats de recherches surtout concentrées sur des groupes au sein d'une certaine classe sociale ou d'un lieu particulier comporte des limites. De plus, les conclusions de certaines études, par exemple celles de J. S. Wallerstein et J. B. Kelly, *Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce* (1980), ont servi à

number of different propositions concerning the best interests of the child on divorce. (See Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, *supra*, at p. 118.) In addition, notions concerning the optimum child rearing conditions on the breakdown of the marriage are subject to a degree of difference and controversy between professionals working in the field. This is illustrated, for example, in the contrasting conclusions reached by Goldstein, Freud and Solnit, *supra*, and those of Wallerstein and Kelly, *supra*.

Nonetheless, a number of conclusions about the effects of divorce on children emerge with remarkable consistency in all of the major studies and psychological literature on children after divorce. One of the most important of these is the role of conflict in the welfare of the child. Along with the quality of the relationship with the custodial parent and the ability to maintain contact with the non-custodial parent, there is substantial evidence that continuing conflict is the most important factor affecting the ability of children to readjust to the new family situation after divorce (Weisman, *supra*, at pp. 47-48). It appears that, above and beyond the disruption caused by divorce or separation itself, it is the discord and disharmony within the family which are most damaging to children in the aftermath of divorce.

Two of the major studies on divorce and the effects of conflict on the emotional and psychological well-being of children forcefully make the point that the ability to reduce conflict is crucial to the welfare of children. The study of Wallerstein and Kelly, *supra*, although limited to white middle class families in California without previous clinical histories who volunteered to participate in the study, is the most comprehensive long-term study on the effects of divorce on children. A ten-year follow up of the same subjects is reported in J. S. Wallerstein and S. Blakeslee, *Second Chances: Men, Women and Children a Decade After Divorce* (1989). Among the most significant findings of these two reports is that separation or

étayer plusieurs arguments différents concernant l'intérêt de l'enfant lors du divorce. (Voir Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, *op. cit.*, à la p. 118.) En outre, les notions entourant les conditions optimales d'éducation des enfants lors de l'échec du mariage font l'objet d'une certaine controverse parmi les professionnels qui travaillent sur le terrain. On n'a qu'à consulter, à titre d'exemple, les conclusions opposées auxquelles sont parvenues Goldstein, Freud et Solnit, *op. cit.*, et Wallerstein et Kelly, *op. cit.*

Il n'en reste pas moins qu'un certain nombre de conclusions quant aux effets du divorce sur les enfants ressortent avec une remarquable constance de toutes les grandes études et recherches psychologiques sur le sujet. L'une des plus importantes conclusions est le rôle que joue le conflit par rapport au bien-être de l'enfant. Outre la qualité des liens avec le parent gardien et la capacité de maintenir un contact avec l'autre parent, de nombreuses preuves établissent que la présence continue d'un conflit est le plus important facteur influant sur l'aptitude de l'enfant à s'ajuster à la nouvelle situation familiale résultant du divorce (Weisman, *loc. cit.*, aux pp. 47 et 48). Il appert en effet qu'au-delà de la perturbation que cause en soi le divorce ou la séparation, ce sont la discorde et le manque d'harmonie au sein de la famille qui sont les plus dommageables pour les enfants dans le sillage d'un divorce.

Deux des études majeures menées sur le divorce et les effets des conflits sur le bien-être affectif et psychologique des enfants insistent sur l'importance cruciale de la capacité de réduire les conflits. L'ouvrage de Wallerstein et Kelly, *op. cit.*, constitue l'étude de longue durée la plus complète jamais réalisée sur les effets du divorce sur les enfants, bien que son objet soit limité à des familles blanches de classe moyenne en Californie, sans antécédents cliniques et s'étant portées volontaires. J. S. Wallerstein et S. Blakeslee ont fait un suivi des mêmes sujets d'étude, dix ans après, dans *Second Chances: Men, Women and Children a Decade After Divorce* (1989). Une des conclusions les plus significatives de ces deux rapports est la

divorce cannot be regarded as a discrete event to be dealt with once and for all, but is most often the beginning in a continuum of disruptive events in the life of the child. The stress resulting from changing family structures and reduced financial support following divorce in many cases continues to be experienced by children long after the divorce is final. While many children do adjust in such situations, the notion that children automatically can and do "get used to" new family situations in a relatively short period of time is not borne out by the results of the study. By all such indicators as success at educational endeavours and the later ability to establish stable personal and professional lives, children of divorce appear in general to be subject to more stresses than their counterparts in intact families. While the authors found considerable evidence that divorce was beneficial to the parents, there was no comparable evidence regarding children. The majority of such children neither experienced relief at the time of the divorce nor felt it had resulted in an improvement in their lives five years later. Moreover, Wallerstein and Blakeslee reported in the later study that problems and conflicts in some children resulting from divorce did not manifest themselves until much later, particularly in the case of girls who in the earlier study had generally appeared to cope better with divorce than boys. Rather, it appears that the long-term effects of divorce cannot always be predicted from the reactions of children at the outset. (See Wallerstein and Blakeslee, *supra*, at p. 15.)

At the five-year point, Wallerstein and Kelly concluded that, while no factor could in every case be associated with a good outcome, the extent to which conflict between the parents had been resolved was the single most important factor in the well-being of the child. Following interviews ten years after their initial contact with the subjects, Wallerstein and Blakeslee again identified prolonged hostility between the parents as the single most destructive outcome for the children on divorce. Children subject to fierce legal battles

constatation que la séparation ou le divorce n'est pas un événement isolé auquel il faut faire face une fois pour toute, mais qu'il constitue le plus souvent le point de départ d'une série d'événements perturbateurs dans la vie de l'enfant. Longtemps après que le divorce soit devenu irrévocable, les enfants continuent dans de nombreux cas à subir le stress résultant du changement des structures familiales et de la réduction du support financier qui s'ensuit. Beaucoup d'enfants, il est vrai, s'ajustent à ces situations, mais l'idée que les enfants peuvent «s'habituer», et s'habituent effectivement, à une situation familiale nouvelle dans un laps de temps relativement court n'est pas confirmée par les résultats de l'étude. Selon tous les indicateurs tels le succès dans les entreprises scolaires et l'aptitude ultérieure à mener une vie personnelle et professionnelle stable, les enfants du divorce paraissent en général plus sensibles au stress que les enfants de familles intactes. Si les auteurs ont trouvé de nombreux éléments prouvant que le divorce a été bénéfique pour les parents, ils n'ont rien découvert de tel pour les enfants. La majorité d'entre eux n'ont pas éprouvé de soulagement au moment du divorce, pas plus qu'ils n'ont constaté d'amélioration dans leur vie cinq ans après. De plus, Wallerstein et Blakeslee signalent dans leur dernière étude que, pour certains enfants, les problèmes et les conflits ne se sont manifestés que beaucoup plus tard, particulièrement dans le cas des filles qui, dans l'étude précédente, avaient paru mieux réagir au divorce que les garçons. Il appert plutôt qu'il est souvent difficile de se fonder sur les réactions initiales des enfants pour prédire les effets que le divorce aura sur eux à long terme. (Voir Wallerstein et Blakeslee, *op. cit.*, à la p. 15.)

Wallerstein et Kelly ont conclu que, après cinq ans, bien qu'aucun facteur ne puisse dans tous les cas être associé à un aboutissement heureux, la mesure dans laquelle le conflit entre les parents avait été résolu était le facteur unique le plus important eu égard au bien-être de l'enfant. À la suite d'entrevues menées dix ans après leur premier contact avec les sujets, Wallerstein et Blakeslee ont de nouveau constaté que l'hostilité prolongée entre les parents était, pour les enfants, le résultat le plus destructeur du divorce. Le groupe

between parents appear to be the most vulnerable group, and ongoing litigation is consistently identified as detrimental to the welfare of children (Wallerstein and Blakeslee, *supra*, at p. 196). Wallerstein and Kelly also determined, as have other researchers, that children generally fare best when they are able to maintain a continuing relationship with both parents. However, an equally important corollary to this conclusion is often ignored. That is, continued contact may only be in the best interests of the child where parents are not adversarial and where interaction between the child and the access parent is not beset by conflict. Where conflict cannot be resolved or minimized, the detriment of continued contact may outweigh the benefit, as forced cooperation between hostile parents may lead to further litigation and conflict, which itself extends and increases the difficulties faced by children. (See also Weitzman, *supra*, at pp. 253-54.)

These findings are largely corroborated in another U.S. study of the impact of divorce on children. E. M. Hetherington, M. Cox and R. Cox in "Effects of Divorce on Parents and Children" in M. E. Lamb, ed., *Nontraditional Families: Parenting and Child Development* (1982), in a study of white middle class pre-school children in the custody of their mothers, focused on the effects of conflict on children by comparing its effects in both divorced and intact families. The role of conflict in the welfare of children is highly visible in this study, as the authors determined that two years after divorce, children in low conflict divorced families actually fared better than those in high conflict intact families. Other studies which have come to similar conclusions about the role of conflict in the adjustment of the child after divorce include: E. S. Ellison, "Issues Concerning Parental Harmony and Children's Psychosocial Adjustment" (1983), 53 *Amer. J. Orthopsychiat.* 73; R. E. Emery, "Interparental Conflict and the Children of Discord and Divorce" (1982), 92 *Psych. Bull.* 310; M. Rutter, "Protective Factors in Children's Responses to Stress and Disadvantage", in M. W. Kent and J. E. Rolf, eds., *Primary Prevention of*

le plus vulnérable paraît être les enfants faisant l'objet de batailles judiciaires acrimonieuses entre les parents, et les litiges incessants sont invariablement considérés comme préjudiciables au bien-être des enfants (Wallerstein et Blakeslee, *op. cit.*, à la p. 196). Wallerstein et Kelly ont également conclu, à l'instar d'autres chercheurs, que les enfants s'en tirent généralement mieux lorsqu'ils sont capables de maintenir une relation suivie avec leur père et leur mère. On oublie souvent, toutefois, un corollaire tout aussi important: un contact suivi ne peut être dans l'intérêt de l'enfant que lorsque les parents ne sont pas des adversaires et que l'interaction entre l'enfant et le parent ayant un droit d'accès n'est pas conflictuelle. Dans les cas où le conflit ne peut être résolu ou atténué, l'effet préjudiciable d'un contact suivi peut en annuler l'effet bénéfique, la coopération forcée entre des parents hostiles pouvant conduire à de nouveaux litiges et à de nouveaux conflits et, par là même, accroître les difficultés qu'affrontent les enfants. (Voir également Weitzman, *op. cit.*, aux pp. 253 et 254.)

Ces conclusions sont largement corroborées par une autre étude américaine portant sur les répercussions du divorce sur les enfants. Dans «Effects of Divorce on Parents and Children» tiré de M. E. Lamb, dir., *Nontraditional Families: Parenting and Child Development* (1982), E. M. Hetherington, M. Cox et R. Cox ont mesuré les effets des conflits sur les enfants en comparant des familles divorcées et des familles intactes, les sujets étant des enfants blancs d'âge pré-scolaire issus de la classe moyenne et confiés à la garde de leur mère. Cette étude met en évidence le rôle du conflit eu égard au bien-être des enfants, les auteurs ayant constaté que deux ans après le divorce, les enfants issus de familles divorcées où le niveau de conflit est faible s'en sortent mieux que ceux qui évoluent dans des familles intactes où le niveau de conflit est élevé. D'autres études en sont arrivées à des conclusions similaires à propos du rôle que joue le conflit dans la manière dont l'enfant s'ajuste au divorce, notamment E. S. Ellison, «Issues Concerning Parental Harmony and Children's Psychosocial Adjustment» (1983), 53 *Amer. J. Orthopsychiat.* 73; R. E. Emery, «Interparental Conflict and the Children of Discord and

*Psychopathology: Social Competence in Children*, vol. III (1979); J. R. Johnston, M. Kline and J. M. Tschann, "Ongoing Postdivorce Conflict: Effects on Children of Joint Custody and Frequent Access" (1989), 59 *Amer. J. Orthopsychiat.* 576. For further discussion, see also Boyd, "Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?" *supra*; Drakich, "In Whose Best Interests? The Politics of Joint Custody", *supra*; Weitzman, *supra*, at pp. 248, 254; LaFave, *supra*, at p. 489; J. F. Burrett, *Child Access and Modern Family Law* (1988); Weisman, *supra*.

Thus, while most research discloses that continued contact with both parents after divorce is normally in the best interests of the child, that finding cannot be separated from a consideration of the degree of conflict to which the child will be subject (Weisman, *supra*). Ironically, unrestricted access may, in some circumstances, cause the continuation of the very stresses from which the parties sought relief when they divorced, and the desire to maintain the pre-existing roles of each parent may in fact result in no ending at all. (See Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, *supra*, at p. 164.)

Bearing in mind these concerns, in particular the fact that harm to a child may only become perceptible at a much later date, it is evident that the welfare of children is put at considerable risk if the prospect of harm becomes the sole prerequisite for restrictions on access. In my view, the proper approach to access was stated by Abella J.A. in *M. (B.P.) v. M. (B.L.D.E.)*, *supra*, at p. 461:

It is not a question of what standard should be used to deprive a parent of access, it is a question of what standard should be used in deciding what form of access, if

Divorce» (1982), 92 *Psych. Bull.* 310; M. Rutter, «Protective Factors in Children's Responses to Stress and Disadvantage» dans M. W. Kent et J. E. Rolf, dir., *Primary Prevention of Psychopathology: Social Competence in Children*, vol. III (1979); J. R. Johnston, M. Kline et J. M. Tschann, «Ongoing Postdivorce Conflict: Effects on Children of Joint Custody and Frequent Access» (1989), 59 *Amer. J. Orthopsychiat.* 576. Pour un plus ample examen, voir également Boyd, «Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?», *loc. cit.*; Drakich, «In Whose Best Interests? The Politics of Joint Custody», *loc. cit.*; Weitzman, *op. cit.*, aux pp. 248 et 254; LaFave, *loc. cit.*, à la p. 489; J. F. Burrett, *Child Access and Modern Family Law* (1988); Weisman, *loc. cit.*

Ainsi, bien que la plupart des recherches révèlent qu'il est normalement dans l'intérêt de l'enfant qu'il y ait un contact suivi avec les deux parents après le divorce, cette conclusion ne peut être dissociée d'un examen du degré de conflit auquel l'enfant sera exposé (Weisman, *loc. cit.*). Paradoxalement, l'accès sans restrictions peut, dans certaines circonstances, être lui-même la cause du maintien du stress dont les parties voulaient se libérer en divorçant, et le désir de conserver les rôles préexistants de chacun des parents peut, dans les faits, conduire à une impasse. (Voir Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform*, *op. cit.*, à la p. 164.)

À la lumière de ces considérations, en particulier du fait que le préjudice causé à un enfant peut ne devenir perceptible que beaucoup plus tard, il est évident que le bien-être des enfants est gravement compromis si la perspective d'un préjudice caractérisé devient le seul prérequis pour limiter le droit d'accès. À mon avis, l'attitude qu'il convient d'adopter en la matière est celle qu'a exposée le juge Abella dans l'arrêt *M. (B.P.) c. M. (B.L.D.E.)*, précité, à la p. 461:

[TRADUCTION] La question n'est pas de savoir quelle norme il convient d'utiliser pour priver un parent du droit d'accès, mais bien de savoir laquelle il convient

any, should be ordered. The answer is clear from the statute: the standard is the child's best interests.

The best interests of the child is not simply the right to be free of demonstrable harm. It is the positive right to the best possible arrangements in the circumstances of the parties. This could not be more clearly indicated than in the report on *Family Law, supra*, as the Law Reform Commission of Canada begins its recommendations on children and the dissolution of marriage with the following words at p. 63:

1. Children should have two fundamental rights when their parents' marriage ends:

- (a) the right to social and psychological support by having the most suitable arrangements possible in the circumstances made for their custody, care and upbringing; and
- (b) the right to economic support.

Without disregarding the disruption inherent in divorce, courts must do whatever is within their power to alleviate rather than disregard, minimize or normalize difficulties, and should beware of adopting a needlessly cavalier attitude where solutions can be seen to exist. The fact that many children experience stress and disruption upon the breakdown of the marriage, in my view, only increases the obligation of courts to focus their attention on the best interests of the child. The primary goal of the legal system on divorce must be to minimize the adverse effects on children. However, this requires a vision of the best interests of the child that is more than neutral to the conditions under which custody and access occur. The harm test clearly cannot meet this objective.

The Court of Appeal concedes that a court could be obliged to determine whether or not either the content of religious beliefs or conflict arising from exposure to conflicting beliefs is threatening "real harm" to the child. However, in the view of the majority, at p. 105, "it will be a rare case where

d'utiliser pour décider quelle forme d'accès, s'il y a lieu, devrait faire l'objet d'une ordonnance. La réponse de la loi est claire: la norme est celle de l'intérêt de l'enfant.

L'intérêt de l'enfant n'est pas simplement le droit d'être à l'abri de tout préjudice manifeste. C'est le droit positif de bénéficier des meilleures dispositions possibles compte tenu de la situation des parties. La Commission de réforme du droit du Canada s'est exprimée on ne peut plus clairement en ce sens dans son rapport, *Le droit de la famille, op. cit.*, dont les recommandations sur les enfants et la dissolution du mariage débutent ainsi, à la p. 68:

1. Les enfants devraient avoir deux droits fondamentaux lorsque le mariage de leurs parents se termine:

- a) le droit au soutien social et psychologique, c'est-à-dire que les dispositions prises pour leur garde, leur entretien et leur éducation soient les meilleures possibles vu les circonstances; et
- b) le droit au soutien économique.

Tout en reconnaissant les perturbations inhérentes au divorce, les tribunaux doivent faire tout ce qui est en leur pouvoir pour alléger les difficultés au lieu de les ignorer, de les minimiser ou de les normaliser, et ils devraient se garder d'adopter une attitude inutilement cavalière lorsque pourraient exister des solutions. Le stress et les perturbations que de nombreux enfants subissent lors de la rupture du mariage ne font, à mon avis, qu'accroître l'obligation des tribunaux d'axer leur analyse sur l'intérêt de l'enfant. L'objectif primordial du système juridique régissant le divorce doit être d'en minimiser les effets négatifs sur les enfants. Il faut, cependant, pour y parvenir, une vision de l'intérêt de l'enfant qui aille au-delà de la neutralité devant les conditions dans lesquelles s'effectuent la garde et l'accès. De toute évidence, le critère du préjudice caractérisé ne permet pas d'atteindre cet objectif.

La Cour d'appel concède qu'un tribunal pourrait être obligé de déterminer si des croyances religieuses en soi, ou le conflit résultant du fait d'être exposé à des croyances opposées, présentent un danger de «préjudice réel» pour l'enfant. Toutefois, de l'avis de la majorité, à la p. 105, [TRADUC-

such an issue could legitimately arise". The Court of Appeal also concludes that restrictions on access should only be allowed where harm can be demonstrated by independent experts.

It is clear that the proposed test falls far short of protecting the best interests of the child, as it may well be impossible to demonstrate the high level of harm the test envisions in many cases even where there are real concerns for the welfare of the child. It is unrealistic to expect that the accumulated evidence of ill effects engendered by separation or divorce will be immediate or readily demonstrable to a court as, in the usual case, custody decisions are made shortly after separation. However this does not mean that such concerns should therefore be readily dismissed. Rather, judges must exercise their discretion in order to prevent harm to the child, rather than merely to identify or establish its presence after the damage is done.

I would also point out that to adopt the harm test would be a regression back to the era when the interests of the child were subjugated to those of the parents. Despite the fact that the test purports to further the best interests of the child by promoting unfettered contact between non-custodial parents and their children, in reality the test subordinates the best interests of children to a presumptive right of the non-custodial parent to unrestricted access.

Finally, it is important to place this issue in its proper context by noting that the vast majority of access orders contain no restrictions on access. Over 96 percent of divorces are now finalized with either an uncontested hearing or no court hearing at all (*Evaluation of the Divorce Act — Phase II, supra*, at p. 44). Of the remainder that are contested, most result in orders for liberal or reasonable access without restrictions. As a practical matter then, the question of restrictions only arises where something in the evidence or the circumstances of the parties suggests a concern or a

TION] «il est rare qu'une telle situation puisse survenir légitimement». La Cour d'appel conclut également que l'imposition de restrictions au droit d'accès ne devrait être permise que lorsque l'existence d'un préjudice caractérisé peut être établie par des experts indépendants.

Il est clair que le critère proposé est loin de pouvoir protéger l'intérêt de l'enfant, étant donné qu'il peut fort bien s'avérer impossible dans de nombreux cas d'établir le haut niveau de préjudice exigé, même si l'on peut avoir des craintes réelles au sujet du bien-être de l'enfant. Il est irréaliste de s'attendre à ce qu'on puisse soumettre au tribunal, immédiatement ou facilement, la preuve accumulée des effets nocifs engendrés par la séparation ou le divorce puisque, habituellement, les décisions concernant la garde sont prises peu de temps après. Cela ne veut pas dire, cependant, que ces préoccupations devraient, par conséquent, être écartées rapidement. Au contraire, les juges doivent exercer leur pouvoir discrétionnaire dans le but de prévenir le préjudice, au lieu de se borner à simplement l'identifier ou à établir sa présence après que le dommage est fait.

Je voudrais également souligner qu'adopter le critère du préjudice caractérisé serait régresser à l'époque où l'intérêt de l'enfant était subordonné à celui des parents. Même si ce critère semble viser à assurer l'intérêt de l'enfant en favorisant le libre contact entre les parents non gardiens et leurs enfants, il assujettit en réalité cet intérêt au droit présomptif du parent non gardien de jouir d'un accès sans restrictions.

Enfin, il importe de situer cette question dans son contexte en notant que, dans leur vaste majorité, les ordonnances d'accès ne comportent aucune restriction. Plus de 96 pour 100 des divorces se règlent maintenant soit par une audition non contestée, soit sans audition (*Évaluation de la Loi sur le divorce — Phase II, op. cit.*, à la p. 49). Parmi les divorces contestés, la plupart aboutissent à des ordonnances accordant un droit d'accès libéral ou raisonnable, sans restrictions. En pratique donc, la question des restrictions ne se pose que dans le cas où un élément de preuve ou la



potential problem. Where those concerns emanate from the custodial parent, that parent will, of course, bear the evidentiary burden of establishing that access should be curtailed. However, the standard that must be met is not the harm standard but evidence that restrictions are in the best interests of the child or, to put it otherwise, that unlimited access is not in the best interests of the child.

I agree with my colleague that expert evidence should not be routinely required to establish the best interests of the child. In my view, it is a modern day myth that experts are always better placed than parents to assess the needs of the child. Common sense requires us to acknowledge that the person involved in day to day care may observe changes in the behaviour, mood, attitude and development of a child that could go unnoticed by anyone else. The custodial parent normally has the best vantage point from which to assess the interests of the child, and thus will often provide the most reliable and complete source of information to the judge on the needs and interests of that child.

Furthermore, it is important to emphasize the importance of the evidence of children in custody and access disputes, and I would not wish to suggest that their testimony alone might not be a sufficient evidentiary basis upon which to restrict access. Courts have increasingly come to accept and understand in the criminal context that children themselves can be a reliable source of evidence to the judge (*R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531). To disregard their evidence when their own interests are directly at issue would, in my opinion, be at odds with this clear evolutionary trend in the law.

Many legal commentators have noted the degree to which custody and access disputes have become a contest between experts, involving increasing amounts of time and money. (See N. Bala, "Assessing the Assessor: Legal Issues" (1990), 6 *C.F.L.Q.* 179; P. J. Caplan and J. Wilson, "Assess-

situation des parties laissent poindre une préoccupation ou un problème potentiel. Lorsque ces préoccupations émanent du parent gardien, c'est à lui, naturellement, qu'incombera la charge d'établir la nécessité de limiter le droit d'accès. La preuve qu'il devra alors faire, toutefois, n'est pas celle d'un préjudice caractérisé, mais la preuve que les restrictions sont dans le meilleur intérêt de l'enfant ou, en d'autres termes, que l'accès illimité n'est pas dans l'intérêt de l'enfant.

Je suis d'accord avec ma collègue pour dire que le recours à l'opinion d'experts pour établir l'intérêt de l'enfant ne devrait pas devenir une exigence courante. À mon avis, c'est un mythe des temps modernes que de croire que les experts sont toujours mieux placés que les parents pour évaluer les besoins de l'enfant. Le bon sens nous force en effet à reconnaître que la personne qui s'occupe de l'entretien quotidien de l'enfant peut observer dans sa conduite, son humeur, son attitude et son développement des changements qui, aux yeux de toute autre personne, passeraient inaperçus. Le parent gardien est normalement le mieux placé pour apprécier l'intérêt de l'enfant, et c'est souvent la personne qui constituera, pour le juge, la source d'information la plus sûre et la plus complète sur les besoins et l'intérêt de cet enfant.

De plus, il importe de souligner l'importance du témoignage des enfants dans les litiges concernant la garde et l'accès, et loin de moi la suggestion que leur seul témoignage pourrait ne pas constituer une preuve suffisante pour restreindre le droit d'accès. Les tribunaux en sont venus de plus en plus à accepter et à comprendre, dans le contexte du droit criminel, que les enfants peuvent être eux-mêmes une source digne de foi pour le juge (*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531). Ne pas tenir compte de leur témoignage lorsque leur propre intérêt est en jeu serait, à mon avis, aller à l'encontre de cette évolution claire du droit.

Beaucoup de juristes ont fait remarquer à quel point les litiges relatifs à la garde et à l'accès étaient devenus une bataille d'experts, engouffrant une somme croissante de temps et d'argent. (Voir N. Bala, «Assessing the Assessor: Legal Issues» (1990), 6 *C.F.L.Q.* 179; P. J. Caplan et J. Wilson,

ing the Child Custody Assessors" (1990), 27 R.F.L. (3d) 121; L. Gélinas and B. M. Knoppers, "Le rôle des experts en droit québécois en matière de garde, d'accès et de protection" (1993), 53 R. du B. 3; Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform, supra.*) In the absence of clear legal presumptions about the best interests of children, judges have increasingly come to rely on the recommendations of experts to determine custody and access issues, believing that such experts possess objective, scientific knowledge and can in fact "know" what is in the best interests of the child. However, expert testimony, while helpful in some and perhaps many circumstances, is often inconclusive and contradictory (Gélinas and Knoppers, *supra*, at p. 17). That this should be so is not surprising, since such assessments are both speculative and may be affected by the professional values and biases of the assessors themselves.

Even where such expertise is valuable, there are impediments in such reliance. Assessments may occasion delays in resolving proceedings and may at times constitute a significant disruption in the lives of both parents and children. The cost involved in routinely hiring experts to establish the best interests of the child only increases the expense of custody litigation and is far beyond the resources of most divorcing couples. Furthermore, as Professor Bala, *supra*, points out, at p. 224, "much of what assessors ultimately recommend may simply be a matter of 'common experience and common sense'".

Given these concerns, while the evidence of experts may form a valuable and necessary part of some custody and access decisions, most of the time they are unnecessary to an ordinary determination of the best interests of the child. Nor does the prospect of access restrictions inevitably require resort to expert opinion, as it may be apparent to the judge from the evidence of the parties and often the children themselves that access

«Assessing the Child Custody Assessors» (1990), 27 R.F.L. (3d) 121; L. Gélinas et B. M. Knoppers, «Le rôle des experts en droit québécois en matière de garde, d'accès et de protection» (1993), 53 R. du B. 3; Fineman, *The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform, op. cit.*) En l'absence de présomptions légales claires quant à l'intérêt de l'enfant, les juges ont été amenés à se fonder de plus en plus sur les recommandations des experts pour trancher les questions de garde et d'accès, estimant que ces experts, forts de leurs connaissances scientifiques objectives, peuvent, de fait, «connaître» l'intérêt de l'enfant. Les témoignages d'experts, toutefois, bien qu'utiles dans certaines et peut-être dans de nombreuses circonstances, sont souvent non déterminants et contradictoires (Gélinas et Knoppers, *loc. cit.*, à la p. 17). Qu'il en soit ainsi n'a rien de surprenant, étant donné le caractère spéculatif de ces expertises et la possibilité qu'elles soient influencées par les valeurs et les préjugés professionnels des experts eux-mêmes.

Même lorsqu'elles sont valables, ces expertises ne vont pas sans difficulté. Le recours à des expertises peut occasionner des délais dans le règlement des procédures et causer, à certains moments, une perturbation importante dans la vie des parents et des enfants. Les coûts résultant de l'engagement systématique d'experts pour établir l'intérêt de l'enfant ne font qu'augmenter les frais des litiges en matière de garde et dépassent de beaucoup les ressources de la plupart des couples qui divorcent. De plus, comme le fait remarquer le professeur Bala, *loc. cit.*, à la p. 224, [TRADUCTION] «une grande partie des recommandations ultimes des experts peut n'être qu'affaire «d'expérience et de bon sens»».

Compte tenu de ces remarques, les opinions d'experts peuvent certes constituer un élément valable et nécessaire dans la prise de certaines décisions relatives à la garde et à l'accès, mais elles sont le plus souvent inutiles dans les cas ordinaires où l'on doit déterminer l'intérêt de l'enfant. Le recours à l'opinion d'experts n'est pas non plus inévitable dans la perspective de restrictions au droit d'accès, puisqu'il peut paraître évident au

should only be granted subject to certain conditions.

I am compelled to address the issue of the right of the children to “know” their father, as Wood J.A. suggested at several points that “contact” in s. 16(10) of the Act encompasses the opportunity for the access parent and the child to know each other well and to appreciate each other as individuals. My colleague has also found that the trial judge erred in failing to consider the interest of the children in coming to “know” their father as he is, and is of the view that unrestricted access, even if it causes the deterioration of the relationship, is preferable to the alternative which prevents them from “knowing” him as he is. In my view, the reproaches addressed by my colleague to the trial judge are totally unfounded. The trial judge carefully assessed all the interests at play and not only did she not ignore the best interest of the children involved but also her whole decision is based on their best interest. That is, in fact, what the Court of Appeal reproached her for since, in their view, she should have applied the harm test.

However, to find that unrestricted access is the only available means by which a child may know a parent is to construct a false choice. Restrictions on access, in general or in the particular circumstances of this case, do not necessarily prevent children from coming to know their parents in meaningful ways. In this case, the purpose of the restrictions is to ensure that the children will continue to know their father “at all”. The restrictions only affect the area of religious activities involving the children. Many other activities and topics of communication remain open to the respondent and his children. The children already “know” who their father is and are well aware of the significance of his religious beliefs in his life. Should they choose to, it remains open to them to investigate those beliefs further at some later point when

juge, d’après le témoignage des parties et souvent des enfants eux-mêmes, que ce droit ne devrait être accordé qu’à certaines conditions.

<sup>a</sup> Je me dois d’aborder la question du droit des enfants de «connaître» leur père, puisque le juge Wood de la Cour d’appel a indiqué à quelques reprises que le terme «contact» utilisé au par. 16(10) de la Loi comprend la possibilité pour l’enfant et le parent ayant un droit d’accès de bien se connaître et de s’apprécier mutuellement en tant que personnes. Ma collègue a, elle aussi, estimé que le juge de première instance avait commis une erreur en ne tenant pas compte de l’intérêt des enfants à apprendre à «connaître» leur père tel qu’il est; elle est d’avis que l’accès libre, même s’il cause la détérioration de la relation, est préférable à la solution qui les empêcherait de le «connaître» tel qu’il est. À mon avis, les reproches adressés par ma collègue au juge de première instance ne sont absolument pas fondés. Le juge de première instance a évalué avec soin tous les intérêts en jeu et non seulement n’a-t-elle pas fait abstraction du meilleur intérêt des enfants en cause, mais elle a fondé toute sa décision sur cet intérêt. En fait, c’est ce que la Cour d’appel lui a reproché, puisque à son avis, elle aurait dû appliquer le critère du pré-judice.

<sup>b</sup> Toutefois, affirmer que l’accès sans restrictions est le seul moyen susceptible de permettre à un enfant de connaître son père ou sa mère, c’est proposer un faux choix. En effet, imposer des restrictions au droit d’accès, en général ou dans les circonstances particulières de l’espèce, n’empêche pas nécessairement les enfants d’acquérir une connaissance significative de leurs parents. Dans la présente affaire, le but des restrictions est de veiller à ce que les enfants continuent «quand même» à connaître leur père. Les restrictions ne touchent que les activités religieuses avec les enfants. Beaucoup d’autres sujets de communication et d’activités restent possibles pour l’intimé et ses enfants. Les enfants «connaissent» déjà leur père tel qu’il est et comprennent fort bien l’importance que revêtent dans sa vie ses croyances religieuses. Il leur sera toujours loisible, si elles le désirent, d’approfondir leurs connaissances dans ce domaine

they are ready and able to do so in a manner that is non-threatening to them.

Furthermore, to interpret the goal of maximum contact in such a way as to require unrestricted access may be to defeat the very objective that the Act itself seeks to promote, if the pre-eminence of unlimited "knowledge" results in the ultimate destruction of the relationship. Once the long-term interest of children in the maintenance of a relationship with the non-custodial parent is acknowledged, it is difficult to see the logic or the value in this approach. For example, a non-custodial parent, during access, may prevent on personal, philosophical or religious grounds, his or her child from attending school. Restricting access may be in the best interests of the child even if such an order impinges on the child's ability to "know" the parent.

In brief, the content of the rule, its constitutionality and the applicable standard of proof do not favour the respondent's position. The respondent's main argument, however, which I will now discuss, relates to the infringement of his freedom of religion under s. 2(a) of the *Charter* due to the trial judge's access order.

### Freedom of Religion

This Court has held on occasions too numerous to require mention at this point that it will consider both the purpose and the context of a right when determining whether there has been an infringement of the *Charter*. I must state at the outset that the purposes underlying the protection of religious and expressive freedoms have little if anything to do with regulating activities between family members. Such rights are public in nature and have typically referred to and encompassed freedom of the individual from state compulsion or restraints. Even the most ardent liberal theorists and advocates of rights have never pretended that these fundamental freedoms should provide a basis on which an individual could, for example, claim the protection of the state either to say or refrain from

plus tard, lorsqu'elles se sentiront prêtes et capables de le faire d'une manière non menaçante pour elles.

De plus, interpréter l'objectif du maximum de contact de manière à exiger un droit d'accès sans restrictions pourrait aller à l'encontre de l'objet même que la Loi vise à promouvoir si la prééminence de la «connaissance» sans entrave aboutit à la destruction ultime de la relation. Une fois qu'on a reconnu l'intérêt qu'ont, à long terme, les enfants dans la préservation d'un lien avec le parent non gardien, il est difficile de comprendre la logique ou la valeur de cette interprétation. Par exemple, pendant qu'il exerce son droit d'accès, le parent non gardien peut, pour des motifs personnels, philosophiques ou religieux, empêcher son enfant de fréquenter l'école. Restreindre le droit d'accès peut alors être dans l'intérêt de l'enfant, même si une telle ordonnance porte atteinte à la capacité de l'enfant de «connaître» le parent.

En bref, le contenu de la règle, sa constitutionnalité et la norme de preuve applicable ne favorisent pas la position de l'intimé. Son principal argument, toutefois, que je vais maintenant examiner, a trait à l'atteinte à la liberté de religion que lui garantit l'al. 2a) de la *Charte* que constituerait l'ordonnance d'accès rendue par le juge de première instance.

### La liberté de religion

Notre Cour a affirmé dans des arrêts trop nombreux pour qu'on les mentionne à ce stade-ci que, pour déterminer s'il y a eu violation de la *Charte*, elle prendra en considération tant l'objet d'un droit que son contexte. Je dois dire d'entrée de jeu que les objets qui sous-tendent la protection des libertés de religion et d'expression ont peu, sinon rien, à voir avec la réglementation des activités au sein d'une famille. Ces droits ont un caractère public et ils évoquent et englobent traditionnellement la liberté de l'individu contre la coercition ou les contraintes de l'État. Même les plus fervents théoriciens libéraux et défenseurs des droits n'ont jamais prétendu que ces libertés fondamentales devaient constituer le fondement sur lequel un particulier pourrait, par exemple, réclamer la protec-

saying something to a spouse or child. The mere fact that the state plays a role in custody and access decisions in formalizing the circumstances of parent-child interaction does not transform the essentially private character of such interchanges into activity which should be subject to *Charter* scrutiny.

An examination of our traditional understanding of freedom of religion and expression reveals that those notions are inappropriate and ill-suited to the family, if only because of the differences in power and development and the nature of rights and obligations between parent and child. While legitimate questions may arise about the role of the state, and hence the application of the *Charter*, in regulating other aspects of family law, in my view, it is difficult to imagine that any valid purpose is served by importing the discourse of freedom of expression and religion into orders made in the resolution of custody and access disputes.

It follows that, once the best interests test itself has been found to accord with *Charter* values, the trial judge's order itself is not subject to further constitutional review, as the necessary state infringement of religious rights required to sustain a challenge based on the *Charter* is no longer present.

As s. 32 dictates, the *Charter* applies to governments and legislatures. Its purpose is to provide a measure of protection from the coercive power of the state and a mechanism of review to persons who find themselves unjustly burdened or affected by the actions of government. It is not meant to provide a means to regulate the affairs of private citizens. Thus, the *sine qua non* to any application of the *Charter* is the presence of state action, whether by legislation or other means.

In *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, this Court first considered the meaning of "government action", and articulated the principle which established the threshold for judicial review under the *Charter*: the *Charter* applies to

tion de l'État pour dire ou s'abstenir de dire quelque chose à un conjoint ou à un enfant. Le simple fait que l'État joue un rôle dans les décisions relatives à la garde et à l'accès en encadrant l'interaction parent-enfant ne transforme pas le caractère essentiellement privé de ces échanges en une activité susceptible d'être soumise à l'examen de la *Charte*.

Un examen de notre conception traditionnelle de la liberté de religion et d'expression révèle que ces notions sont difficilement applicables à la famille, ne serait-ce qu'en raison des différences dans le pouvoir, l'évolution, et la nature des droits et obligations entre parent et enfant. Si des questions peuvent légitimement se poser à propos du rôle de l'État, et donc de l'application de la *Charte*, dans la réglementation d'autres aspects du droit de la famille, il est, à mon avis, difficile d'imaginer quel objectif valide on poursuivrait en appliquant le discours de la liberté de religion et d'expression aux ordonnances rendues pour résoudre les litiges impliquant la garde et l'accès.

Il s'ensuit qu'une fois confirmée la compatibilité du critère de l'intérêt de l'enfant avec les valeurs consacrées par la *Charte*, l'ordonnance du juge de première instance échappe elle-même à tout autre contrôle constitutionnel puisque l'atteinte étatique aux droits religieux, condition préalable à une attaque fondée sur la *Charte*, n'existe plus.

Comme l'édicte l'art. 32, la *Charte* s'applique aux gouvernements et aux législatures. Son objet est d'offrir un moyen de protection contre le pouvoir coercitif de l'État ainsi qu'un mécanisme d'examen aux personnes qui s'estiment injustement accablées ou lésées par les actes du gouvernement. Elle n'est pas censée servir à réglementer les affaires des particuliers. Ainsi, la présence d'une action étatique, sous forme législative ou autre, est la condition *sine qua non* de toute application de la *Charte*.

Dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, notre Cour a d'abord examiné le sens de l'expression «acte du gouvernement» et formulé le principe établissant le seuil du contrôle judiciaire en vertu de la *Charte*: elle s'ap-

the legislative, executive and administrative branches of government but does not apply to judicial orders made in the resolution of private disputes. The issue arose again in *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530, when the appellant sought to uphold an injunction preventing his former girlfriend from obtaining an abortion, relying on, among other grounds, the alleged rights of the foetus under s. 7 of the *Charter*. The Court held that, as there was no state action to be impugned and the *Charter* could not be invoked in a civil action between two parties, the principle outlined in *Dolphin Delivery* provided a complete answer to the *Charter* argument.

Exceptions to this rule have been recognized in certain specific circumstances. The first such instance arose in *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, when the Court considered the application of the *Charter* to the order of a judge who, acting on his own motion, issued an injunction restraining picketing outside a court house. Dickson C.J. in that case found the order subject to the *Charter*, on the basis that the ruling was entirely public in nature and was required to ensure continuing access to the courts and the protection of the rule of law and the *Charter* rights of others. In *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, the Court found the order of an adjudicator pursuant to the *Canada Labour Code* properly subject to *Charter* review. The Court distinguished the exercise of the arbitrator's powers in that case from judicial decision-making on the basis that the adjudicator was appointed pursuant to a legislative provision and derived all his powers from the statute.

The present case clearly falls to be decided under the principles enunciated in *Dolphin Delivery* as custody and access matters are essentially private in nature and there exists no state action to be impugned. In contradistinction to the situation in *Slaight Communications*, the powers of a judge

plique aux branches législative, exécutive et administrative du gouvernement, mais ne s'applique pas aux ordonnances judiciaires prononcées pour régler des litiges privés. La question s'est de nouveau posée dans l'arrêt *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530, où l'appelant cherchait à faire confirmer une injonction interdisant à son ex-amie de se faire avorter, en se fondant notamment sur les droits présumés du foetus en vertu de l'art. 7 de la *Charte*. La Cour a conclu que, puisque l'État n'avait pris aucune mesure susceptible d'être attaquée et que la *Charte* ne pouvait être invoquée dans une poursuite civile entre deux parties, le principe énoncé dans l'arrêt *Dolphin Delivery* fournissait une réponse complète à l'argument fondé sur la *Charte*.

Des exceptions à cette règle ont été reconnues dans certaines circonstances. Le premier cas de ce genre s'est présenté dans l'affaire *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, où la Cour a examiné l'application de la *Charte* à l'ordonnance d'un juge qui, de sa propre initiative, avait prononcé une injonction interdisant le piquetage aux abords d'un palais de justice. Le juge en chef Dickson a estimé que l'ordonnance en cause était assujettie à la *Charte*, vu que la décision avait un caractère entièrement public et qu'elle était nécessaire pour assurer l'accès aux tribunaux, la primauté du droit et la protection des droits que la *Charte* garantit à autrui. Dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, la Cour a jugé que l'ordonnance d'un arbitre rendue sous le régime du *Code canadien du travail* était à bon droit assujettie à un examen en vertu de la *Charte*. La Cour a établi une distinction entre l'exercice des pouvoirs de l'arbitre dans cette affaire et la prise d'une décision judiciaire, en faisant valoir que l'arbitre était nommé en vertu d'une disposition législative et tirait tous ses pouvoirs de la loi.

La présente affaire relève clairement des principes énoncés dans l'arrêt *Dolphin Delivery*, étant donné que les questions de garde et d'accès sont de nature essentiellement privée et que l'État n'a pris aucune mesure susceptible d'être attaquée. Contrairement à la situation dans l'arrêt *Slaight Com-*

making an order under the Act cannot be equated with those of an adjudicator who derives his authority from a legislative enactment. The judiciary is a separate branch of the government, and possesses the inherent jurisdiction under its *parens patriae* power to rule in the interests of the child. This power is both distinct from and long predates the statutory entrenchment of the best interests test. In the result, the *Charter* will not apply to the order.

As the Court has stressed on previous occasions, *Charter* values nonetheless remain an important consideration in judicial decision-making. Courts must strive to uphold *Charter* values, and preference should be given to such values in the interpretation of legislation over those which run contrary to them (*Slaight Communications, supra*; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, at p. 558; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554).

There is no question that, had the order been based on the sole fact that the respondent adheres to the Jehovah's Witness faith, the order could not be legitimized, as it has long been a tenet of the common law that courts will not prefer one religion over another in the adjudication of custody disputes. (See *In re McGrath (Infants), supra*; *Re Bennett Infants*, [1952] O.W.N. 621 (Ont. C.A.) at p. 624; *Delvenne v. Nabbie* (1977), 4 R.F.L. (2d) 21 (Man. C.A.); *Irmert v. Irmert* (1984), 64 A.R. 342 (C.A.); *Harvey v. Lapointe* (1988), 13 R.F.L. (3d) 134 (Que. C.A.)) Nor is a court authorized to dictate to a parent his or her religious philosophy (*McQuillan v. McQuillan* (1975), 21 R.F.L. 324 (Ont. H.C.)). Decisions regarding custody and access must not be based on the parents' faith, whether or not that religion is that of the majority. However, the religion of the parties may be relevant as one of the circumstances to be assessed along with all the others in the determination of the best interests of the child, as it is in this case.

*munications*, les pouvoirs du juge rendant une ordonnance en vertu de la Loi ne peuvent être assimilés à ceux d'un arbitre dont la compétence découle d'un texte législatif. Le judiciaire constitue une branche séparée de l'État et il possède le pouvoir inhérent, en vertu de sa compétence *parens patriae*, de rendre des décisions dans l'intérêt de l'enfant. Ce pouvoir est distinct de la consécration législative du critère de l'intérêt de l'enfant et lui est de beaucoup antérieur. En définitive, la *Charte* ne s'applique pas à l'ordonnance.

Ainsi que la Cour l'a souligné antérieurement, les valeurs consacrées par la *Charte* n'en demeurent pas moins un élément que les tribunaux doivent prendre en considération dans leurs décisions. Ils doivent s'efforcer d'assurer la protection des valeurs préconisées dans la *Charte* et leur accorder la préférence, dans l'interprétation des lois, sur les valeurs qui y sont contraires (*Slaight Communications*, précité; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, à la p. 558; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554).

Il ne fait aucun doute que, si elle avait été fondée sur le seul fait que l'intimé adhère à la foi des Témoins de Jéhovah, l'ordonnance ne pourrait être légitimée, car c'est un précepte bien ancré en common law que les tribunaux ne privilégieront pas une religion par rapport à une autre dans le règlement des litiges en matière de garde. (Voir *In re McGrath (Infants)*, précité; *Re Bennett Infants*, [1952] O.W.N. 621 (C.A. Ont.), à la p. 624; *Delvenne c. Nabbie* (1977), 4 R.F.L. (2d) 21 (C.A. Man.); *Irmert c. Irmert* (1984), 64 A.R. 342 (C.A.); *Harvey c. Lapointe* (1988), 13 R.F.L. (3d) 134 (C.A. Qué.)) Le tribunal n'est pas davantage autorisé à dicter à un parent sa philosophie en matière de religion (*McQuillan c. McQuillan* (1975), 21 R.F.L. 324 (H.C. Ont.)). Les décisions relatives à la garde et à l'accès ne doivent pas être fondées sur la foi des parents, que cette foi soit ou non celle de la majorité. Toutefois, la religion des parties peut être pertinente, en ce sens qu'elle peut constituer l'une des circonstances à prendre en considération aux fins de la détermination de l'intérêt de l'enfant, comme c'est le cas en l'espèce.

In instances where there is conflict over religion, it is important to emphasize that the court is not engaged in adjudicating a "war of religion" nor are the religious beliefs of the parties themselves on trial. Rather, as courts have often recognized, it is the manner in which such beliefs are practised together with the impact and effect they have on the child which must be considered (*Struncova v. Guay* (1984), 39 R.F.L. (2d) 298 (Que. S.C.); *Brown v. Brown, supra*; *Irmert v. Irmert, supra*; *Harvey v. Lapointe, supra*; *Fougere v. Fougere, supra*). In all cases where the effects of religious practices are at issue, the best interests of the child must prevail (*Sullivan v. Fox* (1984), 38 R.F.L. (2d) 293 (P.E.I.S.C.)). See also C. E. Schneider, "Religion and Child Custody" (1992), 25 *U. Mich. J.L. Ref.* 879.

In the vast majority of cases, social values such as religion are shared between the parents and pose no threat to the exercise of access. It is when such values clash, whether over religion, education, ethnic traditions, mores or the lifestyles of the parents that problems arise. It is probably safe to say that in the "best case" scenario, courts would prefer to avoid orders which touch on peoples' beliefs and religion, as few issues are more likely to evoke the passions of both the parties and the wider community. However, it must be remembered that courts are only called to adjudicate such issues when the differences between the parties themselves have become irreconcilable. At this point, courts have no choice but to resolve the matter according to the best interests of the child.

Moreover, even if the *Charter* were to apply to custody and access orders, no infringement of religious freedoms would occur where such orders are made in the best interests of the child. As this Court recognized in *R. v. Big M Drug Mart Ltd., supra*, at pp. 336-37:

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

Dans les cas où la religion est l'objet d'un conflit, il importe de souligner que le tribunal n'est pas appelé à trancher une «guerre de religion» et que les convictions religieuses des parties elles-mêmes ne sont pas en cause. Comme les tribunaux l'ont souvent reconnu, c'est plutôt la façon dont ces convictions sont mises en pratique ainsi que les répercussions qu'elles ont sur l'enfant qui doivent être examinées (*Struncova c. Guay* (1984), 39 R.F.L. (2d) 298 (C.S. Qué.); *Brown c. Brown; Irmert c. Irmert; Harvey c. Lapointe; Fougere c. Fougere*, précités). Dans tous les cas où les effets de pratiques religieuses sont en litige, l'intérêt de l'enfant doit prévaloir (*Sullivan c. Fox* (1984), 38 R.F.L. (2d) 293 (C.S.Î.-P.-É.)). Voir également C. E. Schneider, «Religion and Child Custody» (1992), 25 *U. Mich. J.L. Ref.* 879.

Dans la vaste majorité des cas, les valeurs sociales telle la religion sont partagées par les parents et ne posent aucune menace à l'exercice du droit d'accès. C'est lorsque ces valeurs entrent en conflit, que ce soit au sujet de la religion, de l'éducation, des traditions ethniques, des mœurs ou du mode de vie des parents, que les problèmes surviennent. On peut raisonnablement affirmer que, dans la meilleure des hypothèses, les tribunaux préféreront éviter de prononcer des ordonnances qui touchent les croyances et la religion, car peu de questions sont susceptibles de soulever autant de passions, tant chez les parties que dans la collectivité en général. N'oublions pas, cependant, que les tribunaux ne sont appelés à trancher ces questions que lorsque les divergences entre les parties sont devenues inconciliables. À ce stade, les tribunaux n'ont d'autre choix que de trancher l'affaire suivant l'intérêt de l'enfant.

De plus, même si la *Charte* devait s'appliquer aux ordonnances de garde et d'accès, il n'y aurait aucune atteinte à la liberté de religion dans la mesure où ces ordonnances sont rendues dans l'intérêt de l'enfant. Ainsi que notre Cour l'a reconnu dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, aux pp. 336 et 337:

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



without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. But the concept means more than that.

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. . . . Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in a way contrary to his beliefs or his conscience. [Emphasis added.]

Thus, freedom of religion is inherently limited by a number of considerations, including the rights and freedoms of others. While parents are free to engage in religious practices themselves, those activities may be curtailed where they interfere with the best interests of the child without thereby infringing the parent's religious freedoms.

There is no dispute in the case law as regards this principle since, even where the religious rights of the non-custodial parent in access disputes have been recognized, courts have nonetheless imposed conditions on their exercise where warranted by the interests of the child. As Malouf J.A. for the Quebec Court of Appeal held in *Droit de la famille — 955*, [1991] R.J.Q. 599 (C.A.), at p. 606:

Such constraints, provided they are reasonable in their content and application, do not interfere in any way with a particular parent's freedom of religion. They simply reaffirm the principle that the best interest of the child must be protected. They are not inconsistent with the basic freedoms referred to in the Charter.

(See also *Droit de la famille — 353*, [1987] R.J.Q. 545 (C.A.).)

The only question is the applicable standard for imposing such conditions. As I have indicated above, that standard is not one of harm but must at all times be the best interests of the child.

Both the Court of Appeal and the respondent rely on the decision of *Hockey v. Hockey*, *supra*, for the proposition that access orders which restrict

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 ou leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. [ . . . ] La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience. [Je souligne.]

Ainsi, la liberté de religion est intrinsèquement limitée par un certain nombre de considérations, dont les droits et les libertés d'autrui. Bien que les parents soient libres de se livrer à des pratiques religieuses, ces activités peuvent être limitées lorsqu'elles nuisent à l'intérêt de l'enfant, sans pour autant enfreindre la liberté de religion des parents.

Ce principe est unanimement reconnu dans la jurisprudence, puisque, même dans les cas où les droits du parent non gardien en matière de religion ont été reconnus, les tribunaux ont néanmoins assorti l'exercice du droit d'accès à des conditions lorsque cela était dans l'intérêt de l'enfant. Comme le juge Malouf de la Cour d'appel du Québec l'a conclu dans *Droit de la famille — 955*, [1991] R.J.Q. 599 (C.A.), à la p. 606:

[TRADUCTION] De telles restrictions, pourvu qu'elles soient raisonnables dans leur contenu et leur application, n'enfreignent d'aucune façon la liberté de religion d'un parent en particulier. Elles ne font que réaffirmer le principe selon lequel l'intérêt de l'enfant doit être protégé. Elles ne sont pas incompatibles avec les libertés fondamentales reconnues dans la Charte.

(Voir également *Droit de la famille — 353*, [1987] R.J.Q. 545 (C.A.).)

La seule question qui se pose est donc celle de la norme applicable à l'imposition de telles conditions. Comme je l'ai indiqué précédemment, cette norme n'est pas le préjudice caractérisé subi mais doit être, en tout temps, l'intérêt de l'enfant.

La Cour d'appel et l'intimé se fondent tous deux sur la décision *Hockey c. Hockey*, précitée, pour justifier leur argument voulant que les ordonnances

the ability of non-custodial parents to involve their children in religious activities contrary to the wishes of the custodial parent violate freedom of religion. In that case, the custodial parent's solicitor had sent a letter to the access parent which included the following statement: "[t]o ensure that there is no misunderstanding let me state unequivocally that the restrictions of your exercise of access to the children has been precipitated primarily because of your acceptance of the Jehovah's Witness faith" (p. 106). Not surprisingly, the court found the subsequent denial of access by the custodial parent for a period of six months, despite a court order permitting access, to be a form of religious discrimination. The court concluded in those circumstances that, in the absence of any finding that the sharing of beliefs or practices with the children by the non-custodial parent was contrary to the best interests of the children, the Act must be interpreted in a manner compatible with the religious freedom of the access parent.

It appears that the basis of that particular decision was the absence of any evidence before the court of adverse effects on the children. Moreover, the court in *Hockey v. Hockey* explicitly recognized that the religious rights of the access parent could be curtailed in the interests of the child. Despite a contrary interpretation by the Court of Appeal in the present case, in my view that case does not support the conclusion that restrictions on religious activities during access cannot be sustained unless harm, or the threat of harm, to the child has been established.

The respondent also invokes the decision of *Zummo v. Zummo*, 574 A.2d 1130 (Pa. 1990), in support of his submissions that the religious freedom of an access parent may only be curtailed where harm can be conclusively demonstrated. In *Zummo v. Zummo*, the Pennsylvania Superior Court engaged in a comprehensive historical review of the protection of freedom of religion under the First Amendment to the United States

d'accès qui restreignent la capacité du parent non gardien de faire participer ses enfants à des activités religieuses contre la volonté du parent gardien violent la liberté de religion. Dans cette affaire, l'avocat du parent gardien avait transmis au parent ayant un droit d'accès une lettre contenant le passage suivant: [TRADUCTION] «[p]our éviter tout malentendu, permettez-moi d'affirmer sans équivoque que les restrictions à l'exercice de votre droit d'accès auprès des enfants sont avant tout attribuables à votre adhésion à la foi des Témoins de Jéhovah» (p. 106). Comme on pouvait s'y attendre, le tribunal a jugé que le refus subséquent du parent gardien de permettre l'accès pendant une période de six mois, malgré une ordonnance accordant ce droit, constituait une forme de discrimination religieuse. Le tribunal a conclu, dans les circonstances, qu'en l'absence de preuve établissant que le fait pour le parent non gardien de partager ses croyances ou ses pratiques avec ses enfants était contraire à leur intérêt, la Loi devait être interprétée d'une manière compatible avec la liberté de religion du parent ayant un droit d'accès.

Il appert que le fondement de cette décision était l'absence, devant le tribunal, de toute preuve de répercussions négatives sur les enfants. Qui plus est, le tribunal a explicitement reconnu, dans *Hockey c. Hockey*, que les droits religieux du parent ayant un droit d'accès pouvaient être limités dans l'intérêt de l'enfant. Malgré l'interprétation contraire de la Cour d'appel dans la présente espèce, cette décision ne vient pas étayer, à mon avis, la conclusion suivant laquelle l'imposition de restrictions aux activités religieuses pendant l'exercice du droit d'accès ne peut être justifiée que si l'existence ou la menace d'un préjudice pour l'enfant a été établie.

L'intimé invoque également la décision *Zummo c. Zummo*, 574 A.2d 1130 (Pa. 1990), à l'appui de sa prétention que la liberté de religion du parent ayant un droit d'accès ne peut être limitée qu'en présence d'une preuve concluante de préjudice. Dans cette affaire, la Cour supérieure de la Pennsylvanie a procédé à un examen historique approfondi de la protection de la liberté de religion en vertu du Premier amendement de la Constitution

Constitution. On that basis, Kelly J. concluded that limits to the non-custodial parent's involvement in the religious upbringing of the child could not be sustained in the absence of clear evidence that access without restrictions would pose a substantial threat of present or future harm to the child.

In my view, it is important, when considering the applicability of such a standard in Canadian jurisprudence, to be conscious of the differences in both the history and the constitutional protection of freedom of religion in Canada and the United States. Without delving into the development of freedom of religion in the United States, it is sufficient to note that American courts have strictly interpreted the requirement of non-interference by the state in any matter touching on religion. In addition, we must recall that under the *Charter*, a court order pursuant to the litigation of a private issue such as access does not constitute state infringement of religious freedoms.

In *Zummo v. Zummo*, the court accepted the conclusions of a number of studies which demonstrated that exposure to conflicting religious doctrines should not give rise to a presumption of harm to the child. I am in complete agreement that there is ordinarily nothing wrong with the exposure of a child to different religions or beliefs and that such exposure may be of value to the child. However, it is crucial to acknowledge that there may at times be important differences between intermarried intact families and those in the process of separation or divorce. Indeed, the authors of two of the studies relied on in *Zummo v. Zummo* later expressly disavowed the application and relevance of their findings where parents were not in agreement or where children were, by virtue of divorce, thrust into two religions. (See M. Weiss and R. Abramoff, "The Enforceability of Religious Upbringing Agreements" (1991), 25 *J. Mar. L. Rev.* 655, at pp. 714-15). The missing element is conflict. In intact families, parents are normally in agreement about how to raise their children and have accommodated the presence of two religions. However, where religion becomes a source of con-

des États-Unis. Le juge Kelly en a conclu qu'on ne pouvait justifier la limitation de la contribution du parent non gardien à l'éducation religieuse de son enfant en l'absence d'éléments de preuve établissant clairement que l'accès sans restrictions constituerait une menace importante de préjudice présent ou futur pour l'enfant.

À mon avis, lorsqu'on examine l'applicabilité de cette norme en droit canadien, il importe d'être conscient des différences dans l'histoire de la liberté de religion ainsi que dans la protection constitutionnelle dont elle jouit au Canada et aux États-Unis. Sans revoir en détail l'évolution de la liberté de religion aux États-Unis, qu'il suffise de souligner que les tribunaux américains ont interprété strictement l'exigence de non-ingérence de l'État dans toute question touchant la religion. De plus, il faut se rappeler que, en vertu de la *Charte*, l'ordonnance qu'un tribunal rend dans un litige privé, portant par exemple sur le droit d'accès, ne constitue pas une atteinte de l'État aux libertés en matière de religion.

Dans l'affaire *Zummo c. Zummo*, le tribunal a accepté les conclusions d'un certain nombre d'études qui démontraient que le fait qu'un enfant soit exposé à des doctrines religieuses opposées ne devait pas donner naissance à une présomption de préjudice. Je suis tout à fait d'accord pour dire qu'il n'y a habituellement rien de mal à exposer un enfant à différentes religions ou croyances et que cela peut lui être bénéfique. Cependant, il est crucial de reconnaître qu'il peut y avoir, à l'occasion, des différences importantes entre les familles intactes de religion mixte et celles qui vivent un divorce ou une séparation. En fait, les auteurs de deux des études invoquées dans l'affaire *Zummo c. Zummo* ont par la suite expressément désavoué l'application et la pertinence de leurs conclusions dans les cas où les parents ne s'entendent pas ou lorsque les enfants se voient, par suite du divorce, imposer deux religions. (Voir M. Weiss et R. Abramoff, «The Enforceability of Religious Upbringing Agreements» (1991), 25 *J. Mar. L. Rev.* 655, aux pp. 714 et 715.) L'élément manquant est le conflit. Dans les familles intactes, les parents sont normalement d'accord sur la façon d'élever leurs enfants

flict between the parents or is the very cause of the marriage breakdown, it is generally not in the best interests of the child and may in some circumstances be very detrimental for the child to be drawn into the controversy over religious matters. <sup>a</sup>

As one commentator has pointed out, it is precisely the cases in which children become embroiled in religious conflict that cast doubt on the wisdom of the decisions which have allowed the religious rights of the access parent to prevail (J. T. Syrtash, *Religion and Culture in Canadian Family Law* (1992), at p. 90). Where there is conflict over religion, courts must secure the long-standing authority of the custodial parent to make decisions over religious activities. This ensures that stress occasioned by such issues does not become a continuing and ultimately destructive feature in the life of the child after divorce. (See S. M. Zarowny, "The Religious Upbringing of Children After Divorce" (1980), 56 *Notre Dame Law*. 160, at p. 173; Weiss and Abramoff, *supra.*) <sup>b</sup>

### Freedom of Expression

The respondent also argues that the restrictions on communicating his religious views to his children infringe his rights to expressive freedom. Wood J.A. agreed, although he subsumed this right under the rubric of freedom of religion, holding that an important part of the right to teach and disseminate religious beliefs is the right to share those beliefs with one's children. Southin J.A., for her part, was of the view that the appellant does not have the right to control the conversations which take place between the respondent and his children during access, reasoning that the child has a right to know anyone to whom the court grants access and that a child cannot know anyone unless he or she is able to speak freely to that person. <sup>c</sup>

I have no quarrel with these conclusions as general principles, and would observe that they normally reflect and enhance the very purpose of access itself. In the overwhelming majority of <sup>d</sup>

et ils composent avec la présence de deux religions. Cependant, lorsque la religion devient source de conflit entre les parents ou est la cause même de l'échec du mariage, il n'est généralement pas dans l'intérêt de l'enfant et il peut même, dans certaines circonstances, lui être très préjudiciable, d'être entraîné dans la controverse.

Ainsi qu'un commentateur l'a souligné, ce sont précisément les cas où les enfants ont été mêlés au conflit religieux qui jettent un doute sur la sagesse des décisions où ont prévalu les droits religieux du parent ayant un droit d'accès (J. T. Syrtash, *Religion and Culture in Canadian Family Law* (1992), à la p. 90). Lorsqu'il existe un conflit à ce sujet, les tribunaux doivent préserver l'autorité bien établie du parent gardien quant aux décisions à l'égard des activités religieuses, de sorte que le stress qu'engendrent de telles questions ne devienne pas un élément permanent et potentiellement destructeur dans la vie de l'enfant après le divorce. (Voir S. M. Zarowny, «The Religious Upbringing of Children After Divorce» (1980), 56 *Notre Dame Law*. 160, à la p. 173; Weiss et Abramoff, *loc. cit.*) <sup>e</sup>

### La liberté d'expression

L'intimé soutient également que les restrictions auxquelles est assujettie la communication de ses opinions religieuses à ses enfants portent atteinte à ses droits à la liberté d'expression. Le juge Wood a souscrit à cet argument, bien qu'il ait inclus ce droit sous la rubrique de la liberté de religion, estimant que le droit de partager ses croyances avec ses enfants constitue une part importante du droit d'enseigner et de propager des croyances religieuses. Madame le juge Southin était, quant à elle, d'avis que l'appelante n'a pas le droit de contrôler les conversations ayant lieu entre l'intimé et ses enfants pendant la période d'accès, expliquant que l'enfant a le droit de connaître la personne à qui le tribunal accorde un droit d'accès et qu'il ne peut connaître cette personne que s'il peut lui parler librement. <sup>f</sup>

Je ne conteste pas ces conclusions en tant que principes généraux et je ferais observer qu'elles reflètent et favorisent normalement l'objectif même du droit d'accès. Dans l'immense majorité <sup>g</sup>

cases, courts do in fact recognize and give effect to them, if only through the absence of any restrictions regarding communication between the child and the access parent. However, it is beyond contention that rights do not exist in a vacuum but are shaped and formed both by the particular context in which they are exercised and the rights of others (*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326). Dickson C.J. in *Fraser v. Public Service Staff Relations Board*, [1985] 2 S.C.R. 455, at p. 463, after acknowledging the centrality and importance of freedom of expression in our society, observed:

But it is not an absolute value. Probably no values are absolute. All important values must be qualified, and balanced against, other important, and often competing, values.

In this case, there are other powerful competing interests which must be recognized, not the least of which, in addition to the best interests of the children, are the freedoms of expression and religion of the children themselves. There is cogent, persuasive evidence, found credible by the trial judge, that the children themselves do not want to discuss religion with their father or be subject to his comments about beliefs which are at odds with their own religious upbringing, whether they take the form of indoctrination, instruction or mere observations. Indeed, the letters written to the trial judge disclose that, not only do they not want it, but also that the prospect of such discussions has so profoundly disturbed the children and coloured the periods of access that they no longer wish to continue to see the respondent according to a schedule.

In such circumstances, it is obviously inadequate merely to invoke freedom of religion or expression of an access parent without considering the effect on the children and their inability to assert their own desires and rights. Rather, both the best interests of the children and a respect for their rights may require restrictions on communication,

des cas, les tribunaux reconnaissent de fait ces conclusions et leur donnent effet, ne serait-ce que par l'absence de toute restriction touchant les communications entre l'enfant et le parent ayant un droit d'accès. Cependant, il est incontestable que les droits n'existent pas dans le néant mais qu'ils sont modelés et définis par le contexte particulier dans lequel ils sont exercés ainsi que par les droits d'autrui (*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326). Dans l'arrêt *Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique*, [1985] 2 R.C.S. 455, à la p. 463, le juge en chef Dickson a fait l'observation suivante après avoir reconnu le caractère central et l'importance de la liberté d'expression dans notre société:

Toutefois, il ne s'agit pas d'une valeur absolue. Il n'y a probablement aucune valeur absolue. Toutes les valeurs importantes doivent être restreintes et évaluées en fonction d'autres valeurs importantes et souvent concurrentes.

En l'espèce, il y a d'autres intérêts concurrents puissants qu'il faut reconnaître, dont les moindres ne sont pas, outre l'intérêt des enfants, les libertés d'expression et de religion des enfants elles-mêmes. Des éléments de preuve convaincants, que le juge de première instance a estimé crédibles, établissent en effet que les enfants elles-mêmes ne veulent pas discuter de religion avec leur père ou être sujettes à ses commentaires sur des croyances aux antipodes de leur propre éducation religieuse, qu'il s'agisse d'endoctrinement, d'enseignement ou de simples observations. De fait, les lettres écrites au juge de première instance révèlent que non seulement elles ne le veulent pas, mais que la perspective d'avoir de telles discussions les perturbe et influe si profondément sur les périodes d'accès qu'elles ne souhaitent plus continuer à voir l'intimé suivant un horaire préétabli.

En pareilles circonstances, il est à l'évidence inapproprié d'invoquer uniquement la liberté de religion ou d'expression du parent ayant un droit d'accès sans prendre en considération les répercussions sur les enfants et l'incapacité où elles se trouvent de faire valoir leurs propres désirs et leurs propres droits. Au contraire, il se peut que tant

if only so that the larger interest, maintenance and development of the relationship between the access parent and child, is not frustrated by the means by which it is carried out.

In the result, I would dismiss the respondent's argument that his freedoms of religion and expression have been infringed by the trial judge's order. He remains totally free to practise his religion. I also reject his submission that he has the right to engage his children in religious observances with him where it is determined that such observances are detrimental to their best interests.

In summary, as a matter of statutory interpretation, the *Divorce Act* mandates that, in decisions of custody and access, the sole consideration be the best interests of the child. The focus must remain at all times on the child, not the needs or interests of the parents, and parental rights play no role in such decisions except in so far as they are necessary to ensure the best interests of the child.

The custodial parent is responsible for the care and upbringing of the child, including decisions concerning the education, religion, health and well-being of the child. Parental authority rests with the custodial parent, not for his or her own benefit, but in order to enable that parent to discharge effectively the obligations and responsibilities owed to the child.

As set out in the Act, maximum contact between the child and the non-custodial parent is a worthwhile goal which should be pursued to the extent that it is in the best interests of the child. Generous and unrestricted access, which is the norm, should be favoured except when such access would not be in the best interests of the child. However, ongoing conflict between parents which adversely affects the child must be minimized or avoided, as it is the single factor which has consistently proven to be

l'intérêt des enfants que le respect de leurs droits exigent que la communication soit assortie de restrictions, ne serait-ce qu'afin que l'intérêt supérieur envers le maintien et le développement de leurs liens avec le parent ayant un droit d'accès ne soit pas frustré par les moyens utilisés pour le promouvoir.

En définitive, je suis d'avis de rejeter l'argument de l'intimé suivant lequel l'ordonnance du juge de première instance porte atteinte à ses libertés de religion et d'expression. L'intimé demeure entièrement libre de pratiquer sa religion. Je rejette également sa prétention voulant qu'il ait le droit de faire suivre à ses enfants des pratiques religieuses lorsque ces pratiques s'avèrent être au détriment de leur meilleur intérêt.

En résumé, suivant les principes d'interprétation des lois, la *Loi sur le divorce* exige qu'en ce qui concerne les décisions relatives à la garde et à l'accès, la seule considération soit le meilleur intérêt de l'enfant. L'accent doit en tout temps être mis sur l'enfant, non sur les besoins ou les intérêts des parents, et les droits parentaux ne jouent aucun rôle dans les décisions de cette nature, sauf dans la mesure où ils sont nécessaires pour assurer le meilleur intérêt de l'enfant.

Le parent gardien est responsable des soins apportés à l'enfant et de la manière dont il est élevé, y compris des décisions concernant son éducation, sa religion, sa santé et son bien-être. C'est lui qui conserve l'autorité parentale, non pas pour son propre bénéfice, mais pour lui permettre de s'acquitter efficacement des obligations et des responsabilités qui lui incombent envers l'enfant.

Ainsi que le prescrit la Loi, un contact maximum entre l'enfant et le parent non gardien est un objectif valable qu'on doit poursuivre dans la mesure où il est dans l'intérêt de l'enfant. L'exercice généreux et libre du droit d'accès, qui est la norme, devrait être favorisé sauf s'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant. Il faut toutefois chercher à réduire au minimum ou à éviter les conflits constants entre parents qui nuisent aux enfants, car c'est le seul facteur dont on a prouvé qu'il était

severely detrimental to children upon separation or divorce.

The best interests of the child must be approached from a child-centred perspective. It is not simply the right to be free of significant harm. It is the right of the particular child in question to the best possible arrangements in the circumstances of the parties, taking into consideration the wide spectrum of factors which may affect the child's physical, spiritual, moral and emotional well-being and the milieu in which the child lives.

Where the question of restrictions on access arises, the best interests of the child must be determined by considering the "condition, means, needs and other circumstances of the child" as required by the Act. The totality of these circumstances must be considered. Nothing in the Act suggests that harm should be the controlling factor. To adopt the harm standard would be to invert the focus of the best interests test and place the risk of error on the child, contrary to the objectives of the Act.

Expert evidence, while helpful in some cases, is not routinely required to establish the best interests of the child. That determination is normally possible from the evidence of the parties themselves and, in some cases, the testimony of the children involved.

Freedom of religion and expression are fundamental values protected by the *Charter*. However, the best interests of the child standard in the *Divorce Act* does not offend *Charter* values, but is completely consonant with the underlying objectives of the *Charter*. The *Charter* has no application to private disputes between parents in the family context, nor does it apply to court orders in the area of custody and access. While a child's exposure to different parental faiths or beliefs may be of value, when such exposure is a source of conflict and is not in the best interests of the child, such exposure may be curtailed.

toujours gravement préjudiciable aux enfants lors d'une séparation ou d'un divorce.

L'enfant doit constituer le point de mire de l'analyse visant à déterminer son intérêt. Il ne s'agit pas simplement du droit de ne pas subir de préjudice important. Il s'agit du droit de l'enfant en cause de bénéficier des meilleurs arrangements possibles étant donné la situation des parties, en prenant en considération la large gamme des facteurs susceptibles d'influer sur son bien-être physique, spirituel, moral et affectif, ainsi que le milieu dans lequel il vit.

Lorsque se pose la question des restrictions à l'exercice du droit d'accès, l'intérêt de l'enfant doit être déterminé en fonction «de ses ressources, de ses besoins et, d'une façon générale, de sa situation», comme l'exige la Loi. Il faut alors prendre en considération l'ensemble de ces circonstances. Rien dans la Loi n'indique que le préjudice devrait être le facteur déterminant. Adopter la norme du préjudice caractérisé serait donc déplacer l'accent qui doit être mis sur l'intérêt et faire porter à l'enfant le risque d'erreur, contrairement aux objectifs poursuivis par la Loi.

Les témoignages d'experts, bien qu'utiles dans certains cas, ne sont pas systématiquement requis pour établir l'intérêt de l'enfant. De façon générale, il est possible de le déterminer à partir du témoignage des parties elles-mêmes et, dans certains cas, des enfants en cause.

Les libertés de religion et d'expression sont des valeurs fondamentales que protège la *Charte*. Cependant, la norme de l'intérêt de l'enfant énoncée dans la *Loi sur le divorce* ne va pas à l'encontre des valeurs consacrées dans la *Charte*; elle est au contraire entièrement compatible avec les objectifs qui la sous-tendent. La *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés entre parents survenant dans le cadre familial, pas plus qu'elle ne s'applique aux ordonnances que rendent les tribunaux en matière de garde et d'accès. S'il peut, certes, être valable d'exposer un enfant à des religions ou à des croyances différentes des parents, cette situation peut être limitée si elle devient source de conflit et n'est pas dans l'intérêt de l'enfant.

This brings us to the evidence in this case which led to the trial judge's order restricting the respondent's access.

### Application to the Case

At the outset, it must be remembered that this Court has always emphasized the caution with which an appellate court should interfere with the decision of a trial judge in custody matters. (See *Talsky v. Talsky*, *supra*; *Adams v. McLeod*, [1978] 2 S.C.R. 621; *Novic v. Novic*, [1983] 1 S.C.R. 696.) Because the trial judge has the inestimable advantage of observing the parties and assessing the witnesses first hand, such decisions should not be interfered with unless there is a gross distortion of the evidence or misapprehension of the relevant legal principles. As the foregoing discussion demonstrates, Proudfoot J. did not err in law as to the proper standard applicable to the case. She was entirely correct in holding that the only relevant consideration is the best interests of the child. The sole remaining question therefore, is whether there is evidence that the best interests of the children would be jeopardized by the respondent's unrestricted access to his children.

The majority of the Court of Appeal found no evidence of harm which would support the order made at trial. Even if I were to agree that some measure of harm must be demonstrated before the trial judge is entitled to restrict the respondent's religious activities with the children, a view I do not share, the evidence amply demonstrates the harm such religious activity has brought about. While the rationale underlying the right of access and the objective of maximum contact is to permit the relationship to flourish, in this case the contrary result has occurred, as it has antagonized the children.

I would begin by noting that the appellant has always favoured access by the respondent to his children. This is not an iota of evidence that the respondent's general rights of access were threatened. Rather, the only restrictions that were requested were aimed at reducing the area of con-

Cela nous amène à la preuve sur laquelle s'appuie, en l'espèce, l'ordonnance du juge de première instance restreignant le droit d'accès de l'intimé.

### Application à l'espèce

Rappelons, au départ, que notre Cour a toujours souligné la circonspection avec laquelle une juridiction d'appel devrait intervenir dans la décision d'un juge de première instance en matière de garde d'enfant. (Voir *Talsky c. Talsky*, précité; *Adams c. McLeod*, [1978] 2 R.C.S. 621; *Novic c. Novic*, [1983] 1 R.C.S. 696.) Étant donné que le juge de première instance a l'inestimable avantage d'observer directement les parties et d'évaluer les témoins, sa décision ne devrait pas être modifiée, sauf en cas de distorsion grossière de la preuve ou d'incompréhension des principes juridiques pertinents. Ainsi qu'il appert de l'analyse précédente, le juge Proudfoot n'a pas commis d'erreur de droit en ce qui concerne la norme applicable en l'espèce. Elle avait tout à fait raison d'affirmer que l'unique facteur pertinent était le meilleur intérêt de l'enfant. La seule question qui reste à décider, par conséquent, est celle de savoir si la preuve indique que le meilleur intérêt des enfants serait mis en péril par l'octroi à l'intimé d'un droit d'accès illimité.

La Cour d'appel, à la majorité, a estimé qu'il n'existait aucune preuve de préjudice caractérisé venant appuyer l'ordonnance prononcée en première instance. Or, même si j'étais d'accord pour exiger que soit démontré un certain préjudice avant que le juge puisse restreindre les activités religieuses de l'intimé avec les enfants, opinion que je ne partage pas, ce préjudice est amplement établi par la preuve. Quoique le droit d'accès et l'objectif d'un maximum de contact visent à permettre à la relation de s'épanouir, c'est le contraire qui s'est produit en l'espèce puisqu'en est résulté l'aversion des enfants.

Je noterais d'abord que l'appelante a toujours favorisé l'accès de l'intimé auprès de ses enfants. Il n'existe pas la moindre preuve que les droits d'accès de l'intimé aient été généralement menacés. Les seules restrictions demandées visaient plutôt à atténuer le conflit qu'avait engen-



flict which had arisen on account of the respondent's behaviour with his children during access.

Although the respondent characterizes this litigation as an attack on his religious freedom, those beliefs are not at risk, as the restrictions place no limits on the respondent's ability to engage in religious practices himself. It is the effect of his practices on the best interests of his three daughters that is in question here.

In reaching her decision about the impact of these practices on the children, the trial judge relied in large measure on the reports of the two witnesses for the court, Donna MacLean, the family court counsellor whom she found to be thorough and highly credible in both her reports and testimony, and Dr. Williams, a psychologist.

In his first report, dated November 28, 1988, Dr. Williams found that the major obstacle to smooth access was the matter of religion. He found that the children were not significantly distressed by the issue at that time, but regarded it as a potential problem in the future. He stated:

I see Natalie as being particularly vulnerable to such issues in light of the dynamics of her personality as well as her age. As such, in my judgement some agreement and/or understanding will need to be arrived at as to the degree of religious dogma to which Mr. Young can expose the children, bearing in mind that such beliefs and related activities are anathema to Mrs. Young.

In his assessment the following year (September 22, 1989), he reported that, although they were continuing to deal with the separation adequately, the children were under increasing pressure regarding family issues. They expressed antagonism to their father, no longer trusted him and generally did not view him in a positive light. They were firmly opposed to attending religious services or being schooled in the tenets of his beliefs. The expert found that they were under stress from the religious issue and ongoing litigation and conveyed a need to get it settled in order to get on

dré la conduite de l'intimé avec les enfants lors de l'exercice de son droit d'accès.

Bien que l'intimé ait qualifié le présent litige d'attaque à sa liberté de religion, ces croyances ne sont pas en danger étant donné que les restrictions imposées ne limitent en rien sa capacité de se livrer à des pratiques religieuses. C'est l'incidence de ses pratiques sur l'intérêt de ses trois filles qui est en cause en l'espèce.

Pour rendre sa décision concernant les répercussions de ces pratiques sur les enfants, le juge de première instance s'est fondée en grande mesure sur les rapports des deux experts auprès du tribunal, Donna MacLean, conseillère du tribunal de la famille dont elle a jugé le rapport et le témoignage hautement crédibles, ainsi que M. Williams, psychologue.

Dans son premier rapport, en date du 28 novembre 1988, M. Williams a conclu que le principal obstacle à aplanir dans l'exercice du droit d'accès était la religion. Il a estimé que les enfants n'étaient pas particulièrement troublés par cette question à l'époque, tout en considérant qu'il s'agissait d'un problème potentiel pour l'avenir. Il s'est exprimé comme suit:

[TRADUCTION] Je perçois Natalie comme un(e) enfant particulièrement vulnérable sur ces questions, étant donné la dynamique de sa personnalité et son âge. Ainsi, à mon avis, il faudra arriver à un accord ou à une entente quant au degré auquel M. Young peut exposer les enfants à des dogmes religieux, compte tenu du fait que M<sup>me</sup> Young a en abomination ces croyances et les activités qui s'y rapportent.

Dans son évaluation de l'année suivante (22 septembre 1989), M. Williams a signalé que les enfants continuaient à bien réagir à la séparation, mais qu'elles subissaient des pressions croissantes concernant des questions familiales. Elles manifestaient de l'hostilité à l'égard de leur père, ne lui faisaient plus confiance et, de façon générale, ne le voyaient plus sous un jour positif. Elles s'opposaient fermement à l'idée d'assister à des offices religieux ou de recevoir l'enseignement de sa foi. L'expert a estimé que la religion et les litiges incessants entre les parents leur faisaient subir un

with their lives. Dr. Williams found, with respect to the children's emotional and social foundation, that:

... I am of the opinion that it is in the best interests of the children that the dispute over tangible and philosophical/religious issues be settled conclusively ... nothing has been broken and thus there is no apparent need for repair. If, however, the children are obliged to labor at length under the pressures they are presently experiencing a destabilizing influence — particularly in the case of Natalie — will likely be exerted.

Donna MacLean, in her report of January 30, 1989 essentially corroborated this finding. In the updated report of April 18, 1989, she noted that the children were unhappy with the access visits and that their relationship with their father was deteriorating because he was making the children feel guilty and uncomfortable by questioning them.

The trial judge also had access to the direct testimony of the two older children who wrote letters to the judge which are most revealing of their state of mind. From the letters, it is evident that both are afraid to disclose their thoughts about the visits to their father for fear that he will make them feel guilty. Adrienne, the eldest, wrote that she did not want to visit him or sleep overnight because she thinks he will trick her into doing things and quiz her about the Jehovah's Witness religion. She expressed frustration regarding access, visitation and the court proceedings, saying "It's driving me crazy." Natalie, the middle child, evinced considerable distress about the family situation, stating that her father makes her feel guilty and makes her cry when she wants to go home from access visits, and that she is afraid to tell him. She repeated that she wanted the court proceedings to be over.

In my opinion, this evidence amply demonstrates the stress the children were under, much of it related to the children's resistance to becoming involved in their father's religious practices. The trial judge can in no way be said to have erred in

stress et qu'elles manifestaient le désir que la question se règle afin qu'elles puissent reprendre leur vie normale. Voici ce qu'il a écrit à propos de la structure affective et sociale des enfants:

[TRADUCTION] ... je suis d'avis qu'il est dans l'intérêt des enfants que le conflit entourant les questions religieuses, sur les plans concret et philosophique, soit réglé de façon définitive. [...] rien n'a été brisé et il n'y a donc rien à réparer. Si, toutefois, les enfants étaient obligées de supporter sur une longue période les pressions qu'elles vivent présentement, elles en subiraient vraisemblablement une influence déstabilisante, particulièrement dans le cas de Natalie.

Dans son rapport du 30 janvier 1989, Donna MacLean a pour l'essentiel corroboré cette conclusion. Dans une version mise à jour en date du 18 avril 1989, elle a noté que les enfants n'étaient pas heureuses de ces visites et que leur relation avec leur père se détériorait parce qu'il les faisait se sentir coupables et mal à l'aise par ses questions.

Le juge de première instance a également eu accès au témoignage direct des deux aînées qui lui ont écrit des lettres très révélatrices de leur état d'esprit. Il ressort nettement de ces lettres qu'elles craignent toutes les deux d'exprimer leurs sentiments à propos des visites chez leur père, de peur qu'il ne les fasse se sentir coupables. Adrienne, l'aînée, a écrit qu'elle ne voulait pas aller chez lui ou y passer la nuit parce qu'elle pensait qu'il utiliserait une astuce pour lui faire faire des choses et qu'il la presserait de questions au sujet de la religion des Témoins de Jéhovah. Elle a exprimé sa frustration à propos du droit d'accès, des visites et des procédures judiciaires, disant que [TRADUCTION] «cela [la] rendait folle». Natalie, la deuxième, s'est montrée grandement troublée par la situation familiale, affirmant que son père la fait se sentir coupable, qu'il la fait pleurer lorsqu'elle veut rentrer à la maison, et qu'elle a peur de le lui dire. Elle a répété qu'elle voulait que les procédures judiciaires cessent.

À mon avis, cette preuve témoigne amplement du stress subi par les enfants, en grande partie dû à la résistance qu'elles opposent aux pratiques religieuses auxquelles leur père veut les associer. On ne peut aucunement prétendre que le juge de pre-

finding that the best interests of these children were served by removing the source of conflict, particularly as the ultimate purpose of the restrictions was to preserve the relationship between the respondent and his children.

Moreover, there was evidence leading the trial judge to conclude that the respondent would not respect the wishes of the children without an order to do so. As the family court counsellor reported, "it is of concern that Mr. Young does not acknowledge the choice of the older children to remain with their mother". Proudfoot J. found as a fact that the respondent wanted custody in order to control the religious upbringing of the children. In other words, she found that his interest was not simply to share or communicate these beliefs; rather he fundamentally disagreed with allowing the appellant control over religious matters. This finding of fact is difficult to reconcile with the Court of Appeal's ruling that the trial judge was in error since, in their view, the respondent was bound to respect his children's wishes not to attend at his place of worship or accompany him on his proselytization efforts, which is exactly what the trial judge ordered. However, they discarded the evidence that the respondent was not willing to do so voluntarily. The trial judge had made a finding that the respondent could not be relied upon to act in the best interests of the children as regards his religious practices when exercising access. That finding should have been respected by the Court of Appeal.

In my opinion, the fact that the circumstances in this case were found by the Court of Appeal not to meet the harm threshold clearly demonstrates the difficulty, if not the impossibility, of reconciling such a standard with the best interests of the child even where experts testify, as they did in this case.

As the trial judge observed, the respondent was quite unconcerned with the conflict and stress on

mière instance s'est trompée en concluant qu'il était dans l'intérêt des enfants d'éliminer la source de conflit, compte tenu, en particulier, du fait que l'objectif ultime des restrictions était de préserver les liens entre l'intimé et ses enfants.

De plus, certains éléments de preuve ont amené le juge de première instance à conclure que l'intimé ne respecterait pas les désirs des enfants sans qu'une ordonnance soit prononcée à cette fin. Comme l'a dit la conseillère du tribunal de la famille dans son rapport, [TRADUCTION] «il n'est pas indifférent que M. Young ne reconnait pas le choix des aînées de rester avec leur mère». Le juge Proudfoot a retenu comme prouvé que, en réalité, l'intimé désirait la garde pour contrôler l'éducation religieuse des enfants. En d'autres termes, elle a constaté que son intérêt n'était pas simplement de partager ou de communiquer ses croyances; la raison fondamentale, c'est qu'il n'acceptait pas que l'appelante décide des questions à caractère religieux. Cette conclusion de fait est difficile à concilier avec la conclusion des juges de la Cour d'appel suivant laquelle le juge de première instance a commis une erreur parce que, à leur avis, l'intimé respecterait à coup sûr le désir de ses enfants de ne pas se rendre à son lieu de culte ou de ne pas l'accompagner dans son prosélytisme, ce que précisément le juge de première instance avait ordonné. La Cour d'appel a toutefois écarté les éléments de preuve établissant que l'intimé n'était pas disposé à se conformer volontairement à ces désirs. Le juge de première instance avait pourtant conclu qu'on ne pouvait se fier à l'intimé pour agir dans l'intérêt des enfants en ce qui concerne les pratiques religieuses auxquelles il se livrait pendant l'exercice de son droit d'accès. La Cour d'appel aurait dû respecter cette conclusion.

À mon avis, le fait que la Cour d'appel a estimé que les circonstances de l'espèce ne satisfaisaient pas à la norme du préjudice caractérisé démontre clairement la difficulté, sinon l'impossibilité, de concilier cette norme avec l'intérêt de l'enfant, même lorsque des experts témoignent, comme ce fut le cas en l'espèce.

Comme l'a fait remarquer le juge de première instance, l'intimé s'est montré peu soucieux du

the children caused by the pursuit of his own religious interests. At the same time as he found the resources to press his claims to religious rights, he apparently did not find the payment of maintenance a top priority. Upon reading the evidence, I cannot disagree with the trial judge that the respondent's concern with religious rights had clearly overtaken the practical realities of parenthood and overshadowed his larger responsibilities to his children in this case.

Since writing these reasons, I have had the opportunity to read the joint reasons of my colleagues Justices Cory and Iacobucci. They invite the following comments.

First, as to the first part of the trial judge's order, contrary to their affirmation, the issue is not moot. It is precisely because the trial judge found, as a fact, that the respondent could not be trusted for the reasons she outlined, that she issued that order. How can a court of appeal reverse those findings of fact, and yet, on the same facts, affirm that such an order is no longer necessary, particularly when the court of appeal has not indicated where the trial judge has erred in her assessment of those facts?

As to the second part of the order, my colleagues assert that the best interests test does not support an order preventing the respondent from discussing religion with his children, on the ground that it is (at p. 110) "difficult to accept that any genuine and otherwise proper discussion between a parent and his or her child should be curtailed by court orders". Otherwise, they suggest, a non-custodial parent who espouses a theory of evolution would be ordered, under the best interests test, not to discuss or explain his or her views to a child in the custody of a parent who is a member of a fundamentalist religion.

conflit et du stress que causait aux enfants la poursuite de ses propres intérêts en matière religieuse. Au moment même où il trouvait les ressources nécessaires pour faire valoir ses prétentions en la matière, il estimait apparemment que le paiement de la pension alimentaire ne constituait pas une priorité essentielle. Au vu de la preuve, je ne puis être en désaccord avec le juge de première instance lorsqu'elle estime que les préoccupations de l'intimé quant à ses droits en matière de religion l'avaient clairement emporté sur les réalités pratiques de la paternité et avaient relégué dans l'ombre les autres responsabilités importantes qu'il a envers ses enfants en l'espèce.

Depuis que j'ai rédigé ces motifs, j'ai eu l'occasion de lire les motifs conjoints de mes collègues les juges Cory et Iacobucci qui invitent les commentaires suivants.

D'abord, pour ce qui est de la première partie de l'ordonnance du juge de première instance, contrairement à ce qu'ils affirment, la question n'est pas théorique. C'est précisément parce que le juge de première instance a tiré comme conclusion de fait qu'on ne pouvait pas faire confiance à l'intimé, pour les motifs qu'elle a exposés, qu'elle a rendu cette ordonnance. Comment une cour d'appel peut-elle infirmer cette conclusion de fait et, pourtant, se fondant sur les mêmes faits, affirmer qu'une telle ordonnance n'est plus nécessaire, surtout lorsque la cour d'appel n'a pas indiqué où se trouve l'erreur du juge de première instance dans l'appréciation de ces faits?

Quant à la deuxième partie de l'ordonnance, mes collègues font valoir que le critère de l'intérêt de l'enfant ne justifie pas une ordonnance interdisant à l'intimé de discuter de religion avec ses enfants parce qu'il est «difficile d'accepter qu'une discussion franche et par ailleurs pertinente entre un parent et son enfant devrait être restreinte par une ordonnance judiciaire» (p. 110). Dans le cas contraire, disent-ils, un parent n'ayant pas la garde qui embrasse la théorie de l'évolution se verrait interdire, en vertu du critère de l'intérêt de l'enfant, de discuter de ses opinions avec un enfant sous la garde d'un parent membre d'une religion fondamentaliste.

However, this scenario has nothing to do with the facts of this case. With respect, to equate the two scenarios is to misapprehend fundamentally the focus of the best interests test. It is not the fact that the parents differ in their fundamental beliefs that warrants the restrictions in this case. It is the finding of fact made by the trial judge, on the basis of evidence she found credible, that continuing conflict over religion, including the respondent's repeated attempts to discuss religious matters with the children against their clearly expressed desires, profoundly disturbed the children and was contrary to their best interests. At the time of trial, the respondent was not engaging in other religious activities with the children, as they had already been curtailed by the interim order almost a year and a half earlier. Therefore, it is precisely these continuing "discussions" that were disturbing the children, causing the deterioration of their relationship with their father and which, therefore, had to be curtailed.

I wish to emphasize two points. As I thought I made clear earlier in my reasons, a child's exposure to different parental faiths or beliefs may generally be of value and even of great value; there is no presumption that such exposure is not in the best interests of the child. Rather, the contrary is true. Second, as I also emphasized earlier, generous and unrestricted access should be favoured except where it is not in the best interests of the child. Hence, restrictions such as the trial judge found to be required in the second part of her order will be rare indeed and there is no reason to suppose that, absent a threat to the best interests of the child, any question of such restrictions will arise. However, it is important to acknowledge that in those rare cases where parents cross the line and engage in conduct which constitutes, in the words of my colleagues at p. 110, "indoctrination, enlistment or harassment", courts have a duty to intervene in the best interests of children. The evidence strongly suggests that this is just such a case and that is the finding of the trial judge. In my view,

Ce scénario n'a, cependant, rien à voir avec les faits de l'espèce. Avec égards, établir un parallèle entre les deux scénarios constitue une méprise fondamentale quant à l'élément essentiel du critère de l'intérêt de l'enfant. Ce n'est pas le fait que les parents aient des croyances fondamentales différentes qui justifie les restrictions en l'espèce. C'est la conclusion de fait, tirée par le juge de première instance à partir d'éléments de preuve qu'elle a estimés crédibles, selon laquelle le conflit continu quant à la religion, notamment les tentatives répétées de l'intimé de discuter de sujets religieux avec les enfants contre leur volonté clairement exprimée, perturbait profondément les enfants et était contraire à leur intérêt. À l'époque du procès, l'intimé ne pratiquait pas d'autres activités religieuses avec les enfants, car cela lui avait déjà été interdit par l'ordonnance intérimaire rendue presque un an et demi auparavant. Par conséquent, c'est précisément ces «discussions» continues qui perturbaient les enfants, causant la détérioration de leur relation avec leur père, qui ont dû être interdites.

Je voudrais souligner deux points. D'abord, comme je crois l'avoir dit clairement dans mes motifs, exposer un enfant à différentes fois et croyances des parents peut généralement être valable et même très valable; il n'existe pas de présomption qu'il n'est pas dans l'intérêt de l'enfant qu'il y soit ainsi exposé. C'est plutôt le contraire qui est vrai. Deuxièmement, comme je l'ai déjà signalé, il y a lieu de favoriser un droit d'accès généreux et large, sauf lorsque cela n'est pas dans l'intérêt de l'enfant. De là vient que les restrictions comme celles que le juge de première instance a estimées nécessaires dans la deuxième partie de son ordonnance seront rares, et il n'y a aucune raison de supposer que, en l'absence de menace à l'intérêt de l'enfant, la question de ces restrictions se posera. Cependant, il est important de reconnaître que, dans les rares cas où des parents abusent et ont une conduite qui s'apparente, selon l'expression de mes collègues, à la p. 110, «à l'endoctrinement, au recrutement ou au harcèlement», les tribunaux ont le devoir d'intervenir dans l'intérêt des enfants. La preuve montre que c'est précisément ce qui se produit ici et c'est ce qu'a conclu le juge de première instance. À mon avis, il faut

these findings of fact must be respected absent, as here, an error in the applicable principles.

In the result, I would allow the appeal and restore the order at trial, the whole with costs throughout. I would answer the constitutional questions in the negative.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. — I have read the reasons of my colleagues Justice L'Heureux-Dubé and Justice McLachlin and I find myself in agreement with McLachlin J. as to the disposition of the appeal and with most of her reasons. While I agree with McLachlin J. that the ultimate determination in deciding issues of custody and access is the "best interests of the child test", it must be reconciled with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. General language in a statute which, in its breadth, potentially confers the power to override *Charter* values must be interpreted to respect those values. See *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. It cannot be done the other way around and allow the best interests test in its broadest interpretation to read down *Charter* rights so as to accommodate this interpretation.

In my view, the test in s. 16(10) of the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), and the *Charter* right involved in this case, namely freedom of religious expression, can best be reconciled by interpreting the best interests test to allow the right to be overridden only if its exercise would occasion consequences that involve more than inconvenience, upset or disruption to the child and incidentally to the custodial parent. The long-term value to a child of a meaningful relationship with both parents is a policy that is affirmed in the *Divorce Act*. This means allowing each to engage in those activities which contribute to identify the parent for what he or she really is. The access parent is not expected to act out a part or assume a phony lifestyle during access periods. The policy favouring activities that promote a meaningful

respecter ces conclusions de fait vu l'absence d'erreur quant aux principes applicables.

En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'ordonnance rendue en première instance, le tout avec dépens dans toutes les cours. Je répondrais aux questions constitutionnelles par la négative.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs de mes collègues les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin et je suis d'accord avec le juge McLachlin quant à la manière de régler le pourvoi et avec la majeure partie de ses motifs. Bien que je convienne avec le juge McLachlin que le critère ultime dans les questions de garde et d'accès est celui de «l'intérêt de l'enfant», celui-ci doit être conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*. Un texte général dans une loi qui, par sa portée, est susceptible de conférer le pouvoir de ne pas tenir compte de valeurs protégées par la *Charte* doit être interprété de manière à respecter ces valeurs. Voir l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. Il n'est pas possible de renverser la proposition et de faire en sorte que le critère de l'intérêt dans son interprétation la plus large atténue les droits que confère la *Charte* de façon à permettre cette interprétation.

À mon avis, il est plus facile de concilier le critère que prévoit le par. 16(10) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), et le droit conféré par la *Charte* visé en l'espèce, c.-à-d. la liberté d'expression religieuse, par une interprétation du critère de l'intérêt qui permet que le droit ne soit écarté que si son exercice est susceptible d'entraîner des conséquences qui occasionnent plus que des inconvénients, des changements et des perturbations à l'enfant et, indirectement, au parent qui en a la garde. La valeur à long terme que représente pour un enfant une relation valable avec ses parents est un principe confirmé par la *Loi sur le divorce*. Il en découle que chaque parent doit pouvoir exercer les activités qui contribuent à l'identifier tel qu'il est vraiment. Le parent ayant le droit d'accès ne doit pas jouer un rôle ou adopter

relationship is not displaced unless there is a substantial risk of harm to the child.

In this regard, I agree with Wood J.A. in the Court of Appeal (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1. In his reasons he states, at p. 96:

I believe the whole of s. 16 of the Divorce Act of 1985, when properly construed, reflects the modern view that the best interests of a child are more aptly served by a law which recognizes the right of that child to a meaningful post-divorce relationship with both parents. That construction in turn requires that the distribution of "rights", between the custodial and the access parent, be such as to encourage such a relationship. And such a construction is inconsistent with the full-blooded traditional notion of guardianship which would give the custodial parent the absolute right to exercise full control over the child even when the other parent is exercising his or her right of access.

"Harm" is a term which in this context connotes an adverse effect on the child's upbringing that is more than transitory. The impugned exercise by the access parent must be shown to create a substantial risk that the child's physical, psychological or moral well-being will be adversely affected. Exposure to new experiences and ideas may upset children and cause them considerable discomfort. Anything from starting school to having to go to bed may evoke a strong emotional response. This does not mean that these experiences are not in the long-term best interests of the child. Similarly, conflict between parents on many matters including religion is not uncommon, but in itself cannot be assumed to be harmful unless it produces a prolonged acrimonious atmosphere.

I would, therefore, go a step further than my colleague McLachlin J. and conclude that what is in the best interests of the child is the generally applicable test, but in its application to restrict religious expression, risk of substantial harm is not only an important factor but also must be shown.

un faux mode de vie pendant les périodes d'accès. Le principe qui encourage les activités susceptibles d'entraîner une relation valable n'est pas écarté à moins qu'il n'y ait un risque important de préjudice pour l'enfant.

À cet égard, je fais mienne l'opinion du juge Wood de la Cour d'appel (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1, qui dit dans ses motifs, à la p. 96:

[TRADUCTION] Je crois que si on l'interprète correctement, l'art. 16 de la Loi sur le divorce de 1985, dans son ensemble, exprime la conception moderne selon laquelle l'intérêt de l'enfant est mieux servi par une règle qui reconnaît son droit d'avoir, après le divorce, une relation valable avec ses deux parents. Cette interprétation exige, en retour, que le partage des «droits» entre le parent qui a la garde et celui qui a le droit d'accès soit tel qu'il encourage cette relation. Cette interprétation est incompatible avec la pure notion traditionnelle en vertu de laquelle le parent ayant la garde jouit d'un contrôle absolu sur l'enfant, même lorsque l'autre parent exerce son droit d'accès.

Le terme «préjudice», dans le contexte, sous-entend un effet néfaste sur la manière d'élever l'enfant qui est plus que transitoire. Il faut démontrer que l'activité contestée exercée par le parent ayant le droit d'accès entraîne un risque important que le bien-être physique, psychologique ou moral de l'enfant subisse un effet néfaste. Le fait d'exposer un enfant à de nouvelles expériences et à de nouvelles idées peut le déranger et lui causer un désagrément considérable. N'importe quoi, que ce soit entrer à l'école ou aller au lit, peut donner lieu à une forte réaction émotive. Cela ne veut pas dire que ces expériences ne sont pas, à long terme, dans l'intérêt de l'enfant. De même, un conflit entre les parents sur un grand nombre de questions, dont la religion, n'est pas inhabituel, mais en soi il ne peut être présumé préjudiciable à moins qu'il ne crée un climat d'acrimonie prolongé.

Par conséquent, j'irais plus loin que ma collègue le juge McLachlin et j'estime que ce qui est dans l'intérêt de l'enfant est généralement le critère applicable, mais lorsqu'on l'applique pour restreindre l'expression religieuse, le risque de préjudice grave est non seulement un facteur important, mais il faut aussi démontrer qu'il existe.

Interpreted in this way, the statutory test in s. 16(10) of the *Divorce Act* does not constitute a limitation on freedom of religious expression. As my colleague points out, this freedom does not extend to protect conduct which is harmful to others. I would not, however, adopt her expansion of the term "injure" as used in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, to arrive at the conclusion that anything that is not in the best interests of the child (on the basis of her definition of this test) is subtracted from the *Charter* right involved.

I would dispose of the appeal and the constitutional questions as proposed by McLachlin J.

The following are the reasons delivered by

CORY AND IACOBUCCI JJ. — We have read with great interest the excellent reasons of Justice L'Heureux-Dubé and Justice McLachlin. We are in agreement with their conclusions that the best interests of the child standard provided in ss. 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), does not violate ss. 2(a), (b) and (d), and s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* substantially for the reasons given by our colleagues. In this respect, however, we wish to refrain from expressing any opinion on McLachlin J.'s discussion of whether, if an infringement of the *Charter* were found, such an infringement would be so trivial as not to warrant *Charter* protection. We similarly wish to reserve our views on the question discussed by L'Heureux-Dubé J. of whether or not the *Charter* applies to judicial orders made in custody or access proceedings.

We agree, again for many of the reasons she advances, with L'Heureux-Dubé J. that the issue of access to children should be determined on the basis of what is in the best interests of the child. In that respect, we also agree with both our colleagues that expert evidence is, while admittedly helpful in some cases, not always necessary to establish the best interests of the child; that question can be determined normally from the evidence

Si on l'interprète de cette façon, le critère prévu au par. 16(10) de la *Loi sur le divorce* ne constitue pas une limite à la liberté d'expression religieuse. Comme le souligne ma collègue, cette liberté ne peut être invoquée pour protéger une conduite qui est préjudiciable pour les autres. Toutefois, je ne souscris pas à l'extension qu'elle fait du terme «léser» utilisé dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, pour arriver à la conclusion que tout ce qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant (sur le fondement de sa définition de ce critère) est exclu du droit en cause protégé par la *Charte*.

Je suis d'avis de régler le présent pourvoi ainsi que les questions constitutionnelles comme le propose le juge McLachlin.

Version française des motifs rendus par

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI — Nous avons lu avec beaucoup d'intérêt les excellents motifs des juges L'Heureux-Dubé et McLachlin. Nous partageons leur conclusion que la norme de l'intérêt de l'enfant établie aux par. 16(8) et 17(5) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), ne viole ni les al. 2a), b) et d) ni l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, en grande partie pour les motifs exposés par nos collègues. À cet égard, cependant, nous nous abstenons de formuler une opinion sur l'analyse du juge McLachlin quant à savoir, dans l'éventualité où l'on conclurait à une violation de la *Charte*, si une telle violation serait banale au point de ne pas mériter la protection de la *Charte*. De même, nous ne voulons pas formuler d'opinion sur la question, analysée par le juge L'Heureux-Dubé, de savoir si la *Charte* s'applique à des ordonnances judiciaires rendues dans des procédures de garde ou d'accès.

Nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé, pour la plupart des motifs qu'elle expose, que la question de l'accès auprès des enfants devrait être tranchée sur le fondement de l'intérêt de l'enfant. À cet égard, nous partageons également l'avis de nos deux collègues que, bien que son utilité soit reconnue dans certains cas, la preuve d'expert n'est pas toujours nécessaire pour établir l'intérêt de l'enfant. Normalement, cette



of parties themselves and the testimony, where appropriate, of the children concerned.

We note that the majority of the British Columbia Court of Appeal (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1, held that the matters of the children attending religious services with the respondent and accompanying him on his proselytizing activities were resolved by the respondent's undertaking to respect his children's wishes in this regard. This leaves as the only remaining issue, whether the order forbidding the respondent from discussing his religion is valid. On this point, we agree with McLachlin J. that a proper application of the best interests of the child test does not support such an order. We find it difficult to accept that any genuine and otherwise proper discussion between a parent and his or her child should be curtailed by court orders. Indeed, curtailment of explanatory or discursive conversations or exchanges between a parent and child should be rarely ordered in our view. To take an example, suppose custodial Parent A is a member of a fundamentalist religion and access Parent B is a scientist who espouses the pure Darwinian theory of evolution. We find it unacceptable that Parent B should be ordered, under the rubric of the best interests of the child test, not to discuss or explain his views to his child as opposed to being forbidden from indoctrinating or otherwise undermining the religious choice made by the custodial parent for the child or children involved. Surely the best interests of the child test embraces genuine discussion of religious belief as opposed to indoctrination, enlistment or harassment having the aim or effect of undermining the religious decision made by the custodial parent.

On the property, monetary, and costs issues, we agree with the reasons of McLachlin J. and would dispose of the appeal in the manner proposed by her.

question peut être tranchée à partir des éléments de preuve présentés par les parties elles-mêmes et, lorsque cela est approprié, du témoignage des enfants concernés.

Nous remarquons que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1, a conclu, à la majorité, que les questions de l'assistance des enfants à des offices religieux avec l'intimé et de leur participation à ses visites de prosélytisme ont été réglées par l'engagement de l'intimé à respecter les désirs de ses enfants à cet égard. La seule question à trancher est donc de savoir si l'ordonnance qui interdit à l'intimé de discuter de sa religion est valide. Sur ce point, nous partageons l'opinion du juge McLachlin que, bien appliquée, la norme de l'intérêt de l'enfant ne justifie pas une telle ordonnance. Il nous est difficile d'accepter qu'une discussion franche et par ailleurs pertinente entre un parent et son enfant devrait être restreinte par une ordonnance judiciaire. À vrai dire, la restriction de conversations ou d'échanges explicatifs ou informels entre un parent et son enfant devrait, à notre avis, être rarement ordonnée. Supposons, par exemple que A, parent qui a la garde, est membre d'une religion fondamentaliste et que B, parent jouissant d'un droit d'accès, est un scientifique qui embrasse la théorie darwinienne pure de l'évolution. Nous estimons inacceptable qu'il faille interdire à B, en vertu de la norme de l'intérêt de l'enfant, de discuter de ses opinions avec son enfant ou de les expliquer, par opposition à lui interdire de l'endoctriner ou de miner d'autre façon le choix religieux qu'a fait le parent qui a la garde pour le ou les enfants en cause. L'intérêt de l'enfant englobe certainement une discussion franche sur la croyance religieuse, par opposition à l'endoctrinement, au recrutement ou au harcèlement qui a pour objectif de miner la décision du parent qui a la garde sur la question de la religion.

Pour ce qui est des questions relatives aux biens, à l'argent et aux dépens, nous sommes d'accord avec les motifs du juge McLachlin et trancherions le pourvoi de la manière qu'elle propose.

The following is the judgment delivered by

MCLACHLIN J. — This case raises the question whether a divorced parent, who does not have custody, should be able to offer his children his religious views over the objection of the custodial parent. This issue raises, in turn, the question of the place of the “best interests of the child” standard in the Canadian constitutional system.

### The Background

Mr. and Mrs. Young were married in 1974. They had three daughters. In 1987 the Youngs separated. Mrs. Young took custody of the children; Mr. Young had access, subject to court-imposed restrictions following from Mrs. Young’s objection to his religious activity with the children.

The separation was marked by a protracted series of court battles. It is unnecessary to detail the many disputes over which the parties joined issue before the case finally came on for trial. Suffice it to say that one of those issues was the disagreement between the parents over which religious activities Mr. Young might appropriately undertake with his daughters. Mrs. Young was brought up in the Anglican church. She expressed a wish that her children be brought up in the United Church, although the evidence suggests that religion, particularly organized religion, does not play an important role in the life of Mrs. Young. Mr. Young converted to the Jehovah’s Witness faith two years prior to separation from his spouse. He wished, at the very least, to communicate his faith to his children. To this end, he read bible stories, and discussed his beliefs with his children during his periods of access. He also questioned them about religious matters during these periods.

The evidence shows that the elder two daughters like their father but, as time went on, came to dislike his religious instruction. There was evidence that by exposing his elder children to his religious beliefs, Mr. Young was damaging his relationship with his children and contributing to the stress the

Version française du jugement rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Le présent pourvoi sou-  
lève la question de savoir si une personne divor-  
cée, qui n’a pas la garde de ses enfants, devrait  
avoir la possibilité de leur faire partager ses opi-  
nions religieuses malgré l’opposition du parent qui  
en a la garde. Cette question soulève à son tour  
celle de la place que tient le critère de «l’intérêt de  
l’enfant» dans le régime constitutionnel canadien.

### Historique

Monsieur et M<sup>me</sup> Young se sont mariés en 1974.  
Ils ont eu trois filles. Ils se sont séparés en 1987.  
Madame Young a eu la garde des enfants; M.  
Young avait accès auprès d’elles, sous réserve des  
restrictions imposées par le tribunal à la suite de  
l’opposition de M<sup>me</sup> Young à ses activités religieu-  
ses avec les enfants.

La séparation a été marquée par une longue série  
de batailles judiciaires. Il n’est pas nécessaire d’ex-  
poser en détail les nombreux points de conflit sur  
lesquels les parties ont lié contestation avant que  
l’affaire puisse finalement être instruite. Qu’il suf-  
fise de dire que l’un de ces points était le désac-  
cord des parents sur les activités religieuses que M.  
Young pourrait légitimement avoir avec ses filles.  
Madame Young a été élevée dans la religion angli-  
cane. Elle désirait que ses enfants soient élevées  
dans la foi de l’Église Unie, bien que, d’après la  
preuve, la religion, en particulier la religion orga-  
nisée, ne semble pas jouer un rôle important dans  
sa vie. Quant à M. Young, il est devenu un adepte  
des Témoins de Jéhovah deux ans avant la sépara-  
tion. Il souhaitait tout au moins communiquer sa  
foi à ses enfants. Dans ce but, il leur lisait des his-  
toires tirées de la Bible et leur parlait de ses  
croyances pendant les périodes où il exerçait son  
droit d’accès. Il les interrogeait également sur des  
sujets religieux.

Il ressort de la preuve que les deux aînées  
aiment leur père mais que, graduellement, elles se  
sont mises à détester son enseignement religieux. Il  
appert également qu’en les exposant ainsi à ses  
croyances religieuses, M. Young a altéré les rela-  
tions qu’il avait avec elles et a contribué au stress

children were experiencing in adjusting to their parent's separation. On the other hand, the evidence also established that the children were functioning in an entirely normal fashion, suggesting that neither their mental nor physical health had been adversely affected by the dispute between their parents over Mr. Young's religious instruction, or by that instruction itself.

The trial judge granted custody of the children to Mrs. Young and access to Mr. Young. But Mr. Young's access was again restricted by court order. The order provided that Mr. Young not discuss the Jehovah's Witness religion with the children, not take them to any religious services, canvassing or meetings, and not expose the children to religious discussions with third parties without the prior consent of Mrs. Young. Both parties were ordered not to make adverse remarks about the other's beliefs. Mr. Young was also enjoined from preventing blood transfusions for the children, should the need arise. The basis of the order was the trial judge's finding (1989), 24 R.F.L. (3d) 193, at p. 211, that "the religious conflict [between the parents] was causing a problem for the children." She wrote at p. 215:

There will be certain restrictions because that is necessary to protect the best interests of these children. That can only be done by putting an end to this religious conflict. The respondent has become so involved in enforcing his rights he has completely overlooked the welfare of the children. The respondent can have a meaningful relationship with his children without promoting his religious beliefs . . . If the respondent is seriously interested in retaining a relationship with his children, he will have no difficulty abiding by the restrictions I propose to place on him when he has access.

The trial judge also made orders for the distribution of property and for costs which are considered later in these reasons.

Mr. Young appealed. The Court of Appeal (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1, Southin J.A. dissenting in part, set aside the limitations on religious discussion and attendance, on the ground that it is in

que l'adaptation à la séparation de leurs parents leur a fait subir. Toutefois, il ressort également de la preuve que les enfants avaient un comportement tout à fait normal, ce qui donne à penser que ni leur santé mentale ni leur santé physique n'ont été affectées par la dispute de leurs parents à propos de l'enseignement religieux de M. Young, ou par l'enseignement proprement dit.

*b* Le juge de première instance a confié la garde des enfants à M<sup>me</sup> Young et accordé un droit d'accès à M. Young, sous réserve encore là de certaines restrictions. L'ordonnance de la cour enjoignait à M. Young de ne pas discuter de la religion des Témoins de Jéhovah avec les enfants, de ne pas les amener à des offices religieux, à des visites de sollicitation ou à des réunions, et de ne pas les mêler à des débats religieux avec des tierces personnes sans le consentement préalable de M<sup>me</sup> Young. Les deux parties devaient s'abstenir de toute remarque désobligeante sur les croyances de l'autre. Défense était également faite à M. Young de s'opposer à des transfusions sanguines en cas de besoin. Le juge de première instance (1989), 24 R.F.L. (3d) 193, à la p. 211, s'est fondée sur la conclusion que [TRADUCTION] «le conflit religieux [entre les parents] causait un problème pour les enfants». Elle a écrit, à la p. 215:

[TRADUCTION] Certaines restrictions s'imposent vu la nécessité de protéger l'intérêt des enfants. On ne peut en effet y parvenir qu'en mettant un terme à ce conflit religieux. L'intimé est devenu tellement obnubilé par l'idée de faire valoir ses droits qu'il en a complètement oublié le bien-être des enfants. Il peut avoir une relation valable avec elles sans faire la promotion de ses convictions religieuses. [. . .] Si l'intimé est vraiment intéressé à conserver une relation avec ses enfants, il n'aura pas de mal à se conformer aux restrictions auxquelles j'entends assujettir son droit d'accès.

Le juge de première instance a également prononcé, relativement au partage des biens et aux dépens, des ordonnances, que j'examinerai plus loin.

Monsieur Young a interjeté appel. La Cour d'appel (1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1, le juge Southin étant dissidente en partie, a annulé les restrictions visant les discussions religieuses et la participation

the best interests of children that they come to know their non-custodial parent fully, including his or her religious beliefs. The majority concluded, at p. 108, that restrictions should not be placed on the freedom of an access parent to discuss religion with his or her child, or to involve the child in religious activities, unless either “the existence of, or the potential for, real harm” to the child was established on the evidence, or the evidence established that the child did not consent to being subject to the access parent’s views or practices. The Court of Appeal also altered the division of property and the awards of costs made by the trial judge. Mrs. Young appeals these rulings to this Court. I will consider each issue in turn.

#### A. The Limitations on Mr. Young’s Access

##### 1. *The Constitutional Validity of the Best Interest of the Child Standard*

The *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), provides that a court shall abide by the following matters in deciding questions of custody and access:

16. . . .

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

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

The courts are to heed the following provision in s. 17 when varying a custody order made under s. 16:

à des activités religieuses pour le motif qu’il est dans l’intérêt des enfants d’apprendre à connaître pleinement celui de leurs parents qui n’en a pas la garde, ce qui comprend ses croyances religieuses. Les juges formant la majorité ont conclu, à la p. 108, qu’on ne devrait pas limiter la liberté du parent exerçant son droit d’accès de discuter de religion avec son enfant, ou de le faire participer à des activités religieuses, à moins que la preuve n’établisse [TRADUCTION] «l’existence ou la possibilité d’un préjudice réel» pour l’enfant ou le non-consentement de celui-ci à être ainsi exposé aux opinions et aux pratiques du parent ayant le droit d’accès. La Cour d’appel a également modifié le partage des biens et les dépens ordonnés par le juge de première instance. Madame Young se pourvoit de ces décisions devant notre Cour. J’examinerai chacune de ces questions séparément.

#### A. Les restrictions imposées au droit d’accès de M. Young

##### 1. *La constitutionnalité du critère de l’intérêt de l’enfant*

La *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), prévoit qu’en décidant des questions relatives à la garde et au droit d’accès, le tribunal tient compte des facteurs suivants:

16. . . .

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

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

Lorsqu’ils modifient une ordonnance de garde rendue conformément à l’art. 16, les tribunaux doivent se conformer à la disposition suivante de l’art. 17:

17. . . .

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

Two questions arise. First, what does the “best interests of the child” test require? Second, does this test, properly understood, infringe upon the guarantees of freedom of religion, expression, association and equality under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? The sections of the *Charter* relevant to the case at bar read as follows:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(a) freedom of conscience and religion;

(b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;

(d) freedom of association.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

The answers to the questions set out above depend upon an examination of what is meant by the “best interests of the child” test and the constitutional guarantees which are put in issue.

17. . . .

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

Deux questions se posent. Premièrement, en quoi consiste le critère de «l'intérêt de l'enfant»? Deuxièmement, ce critère, bien compris, porte-t-il atteinte aux garanties de liberté de religion, d'expression et d'association, ainsi qu'aux garanties d'égalité énoncées dans la *Charte canadienne des droits et libertés*? Voici le texte des articles de la *Charte* applicables en l'espèce:

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

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

a) liberté de conscience et de religion;

b) liberté de pensée, de croyance, d'opinion et d'expression, y compris la liberté de la presse et des autres moyens de communication;

d) liberté d'association.

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Pour répondre aux questions posées précédemment, il faut examiner ce que l'on entend par le critère de «l'intérêt de l'enfant» ainsi que les garanties constitutionnelles mises en cause.

(a) The Best Interests of the Child Test*The Historical Perspective*

The express rule that matters of custody and access should be resolved in accordance with the “best interests of the child” is of relatively recent origin. Under the common law regime of the 18th and 19th centuries the governing principle in a custody dispute was the rule of near-absolute paternal preference: see *R. v. De Manneville* (1804), 5 East. 221, 102 E.R. 1054; *In re Taylor* (1876), 4 Ch. D. 157. The rule was defended on pragmatic grounds, including what was thought to be the general interest of children: see *In re Agar-Ellis* (1883), 24 Ch. D. 317. In truth, the rule probably had more to do with the acceptance of the father’s dominant right in all family matters, which in turn found its roots in the notion of the inherent superiority of men over women.

The rule of paternal preference was displaced by a rule establishing in the mother a primary right to custody of a child of tender years: see, for instance, *An Act to Amend the Law relating to the custody of Infants*, S. Prov. Can. 1855, c. 126, s. 1. Later still there arose a presumption, in many foreign jurisdictions and to a more limited extent in Canada, of maternal preference: *Talsky v. Talsky*, [1976] 2 S.C.R. 292, *Kades v. Kades* (1961), 35 A.L.J.R. 251 (Aust. H.C.); see also Susan Maidment, *Child Custody and Divorce* (1984), Robert H. Mnookin, “Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy” (1975), 39 *Law & Contemp. Probs.* 226, and Allan Roth, “The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes” (1976-77), 15 *J. Fam. L.* 423. This presumption, like the paternal preference rule, was justified on pragmatic grounds; the welfare of the child was the often cited reason for the presumption. So justified, the presumption carried the seeds of its own demise. Courts increasingly looked behind the preference to focus directly upon what was in the child’s interest, which was sometimes found to conflict with a maternal preference.

a) Le critère de l’intérêt de l’enfant*La perspective historique*

La règle exigeant expressément que les litiges en matière de garde et de droit d’accès soient tranchés conformément à «l’intérêt de l’enfant» est d’origine relativement récente. Aux XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, le principe directeur en common law voulait qu’on accorde au père une préférence quasi absolue: voir *R. c. De Manneville* (1804), 5 East. 221, 102 E.R. 1054; *In re Taylor* (1876), 4 Ch. D. 157. La règle était fondée sur des considérations pragmatiques, dont ce qui était réputé être l’intérêt général des enfants: voir *In re Agar-Ellis* (1883), 24 Ch. D. 317. En vérité, cette règle se rattachait probablement davantage à la reconnaissance du droit prééminent du père sur toutes les questions familiales, droit qui trouvait lui-même ses origines dans la notion de supériorité inhérente des hommes sur les femmes.

La règle de la préférence accordée au père a été remplacée par la règle établissant le droit premier de la mère à la garde des enfants en bas âge: voir, à titre d’exemple, *Acte pour amender la loi relative à la garde des enfants en bas âge*, S. Prov. Can. 1855, ch. 126, art. 1. S’est ensuite imposée, dans de nombreux ressorts étrangers et de façon plus limitée au Canada, une présomption en faveur de la mère: *Talsky c. Talsky*, [1976] 2 R.C.S. 292, et *Kades c. Kades* (1961), 35 A.L.J.R. 251 (H.C. Aust.); voir également Susan Maidment, *Child Custody and Divorce* (1984), Robert H. Mnookin, «Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy» (1975), 39 *Law & Contemp. Probs.* 226, et Allan Roth, «The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes» (1976-77), 15 *J. Fam. L.* 423. À l’instar de la règle accordant la préférence au père, la justification de cette présomption reposait sur des considérations pragmatiques, le bien-être de l’enfant étant souvent invoqué à son appui. Ainsi justifiée toutefois, la présomption portait en elle le germe de sa propre disparition. De plus en plus, en effet, les tribunaux sont allés au-delà de la préférence pour s’attacher directement à l’intérêt de l’enfant, lequel venait parfois en conflit avec la règle de la préférence pour la mère.

By the 1970s, a number of western countries had accorded statutory recognition to a “best interests” or “welfare of the child” test. Questions relating to the weight to be given these interests, and the proper means of understanding these interests, remained. In England, the child’s welfare is stipulated as the “first and paramount” consideration: *Guardianship of Minors Act, 1971* (U.K.), 1971, c. 3, s. 1. English jurisprudence indicates that the child’s welfare has, in fact, become the sole consideration: *J. v. C.*, [1970] A.C. 668; *Re K. (minors)*, [1977] 1 All E.R. 647. In Norway, decisions in respect of custody shall “mainly” (or “primarily”) consider the interests of the child: *Lov 8 April nr 7 om barn og foreldre*, s. 34 (Law about Children and Parents, of April 7, 1981, no. 7, s. 34). In practice it appears that other criteria do not simply function as “tiebreakers” where the interests of the child would be equally well served by either parent, but can, in certain cases, determine the issue: see Jon Elster, “Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child” (1987), 54 *U. Chi. L. Rev.* 1; also Lucy Smith and Peter Lødrup, “The Child in the Divorce Situation — Factors Determining the Custody Question and the Use of Experts in Custody Cases in Norway”, in Ian F. G. Baxter and Mary A. Eberts, eds., *The Child and the Courts* (1978).

Some variant of the best interests of the child test is in place in most American states, although in certain states the application of the test is delimited by a renewed concern that the debate be organized by certain presumptions, either a “primary caregiver” presumption, or a presumption in favour of the mother of a child of tender years: see David L. Chambers, “Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce” (1984), 83 *Mich. L. Rev.* 477, and Roth, “The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes”, *supra*.

#### *The Wording of the Act*

Parliament has adopted the “best interests of the child” test as the basis upon which custody and

Dès les années 1970, un certain nombre de pays occidentaux avaient accordé une reconnaissance législative au critère de «l’intérêt» ou du «bien-être de l’enfant». On a toutefois continué de s’interroger sur le poids à accorder à cet intérêt et sur les moyens de le déterminer. En Angleterre, le bien-être de l’enfant est la considération [TRADUCTION] «première et primordiale»: *Guardianship of Minors Act, 1971* (R.-U.), 1971, ch. 3, art. 1. Selon la jurisprudence anglaise, le bien-être de l’enfant est, de fait, devenu l’unique considération: *J. c. C.*, [1970] A.C. 668; *Re K. (minors)*, [1977] 1 All E.R. 647. En Norvège, les décisions en matière de garde doivent tenir compte [TRADUCTION] «principalement» (ou «primordialement») de l’intérêt de l’enfant: *Lov 8 April nr 7 om barn og foreldre*, art. 34 (Loi relative aux enfants et aux parents, 7 avril 1981, n° 7, art. 34). En pratique, il appert que d’autres critères ne servent pas seulement à départager lorsque l’intérêt de l’enfant serait tout aussi bien servi par le père que par la mère, mais qu’ils peuvent, dans certains cas, déterminer le résultat: voir Jon Elster, «Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child» (1987), 54 *U. Chi. L. Rev.* 1; voir également Lucy Smith et Peter Lødrup, «The Child in the Divorce Situation — Factors Determining the Custody Question and the Use of Experts in Custody Cases in Norway», dans Ian F. G. Baxter et Mary A. Eberts, dir., *The Child and the Courts* (1978).

La plupart des États américains ont adopté des variantes du critère de l’intérêt de l’enfant, bien que, dans certains d’entre eux, l’application de ce critère soit marquée par le souci accru de circonscrire le débat autour de certaines présomptions, qu’il s’agisse d’une présomption en faveur du «principal pourvoyeur de soins», ou en faveur de la mère de l’enfant en bas âge: voir David L. Chambers, «Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce» (1984), 83 *Mich. L. Rev.* 477, et Roth, «The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes», *loc. cit.*

#### *Le texte de la Loi*

Le législateur a fait de «l’intérêt de l’enfant» le critère en vertu duquel doivent être tranchés les

access disputes are to be resolved. Three aspects of the way Parliament has done this merit comment.

First, the “best interests of the child” test is the only test. The express wording of s. 16(8) of the *Divorce Act* requires the court to look only at the best interests of the child in making orders of custody and access. This means that parental preferences and “rights” play no role.

Second, the test is broad. Parliament has recognized that the variety of circumstances which may arise in disputes over custody and access is so diverse that predetermined rules, designed to resolve certain types of disputes in advance, may not be useful. Rather, it has been left to the judge to decide what is in the “best interests of the child”, by reference to the “condition, means, needs and other circumstances” of the child. Nevertheless, the judicial task is not one of pure discretion. By embodying the “best interests” test in legislation and by setting out general factors to be considered, Parliament has established a legal test, albeit a flexible one. Like all legal tests, it is to be applied according to the evidence in the case, viewed objectively. There is no room for the judge’s personal predilections and prejudices. The judge’s duty is to apply the law. He or she must not do what he or she wants to do but what he or she ought to do.

Third, s. 16(10) provides that in making an order, the court shall give effect “to the principle that a child of the marriage should have as much contact with each spouse as is consistent with the best interests of the child.” This is significant. It stands as the only specific factor which Parliament has seen fit to single out as being something which the judge must consider. By mentioning this factor, Parliament has expressed its opinion that contact with each parent is valuable, and that the judge should ensure that this contact is maximized. The modifying phrase “as is consistent with the best interests of the child” means that the goal of maximum contact of each parent with the child is not

litiges en matière de garde et de droit d’accès. Trois aspects de cette intervention législative méritent qu’on s’y arrête.

<sup>a</sup> Premièrement, le critère de «l’intérêt de l’enfant» est le seul critère. Le paragraphe 16(8) de la *Loi sur le divorce* prévoit expressément qu’en rendant une ordonnance de garde ou de droit d’accès, le tribunal ne doit tenir compte que de l’intérêt de l’enfant: les «droits» du père ou de la mère ainsi que les préférences pour l’un d’eux ne jouent donc aucun rôle.

<sup>c</sup> Deuxièmement, il s’agit d’un critère large. Le législateur a reconnu que, dans les conflits entourant la garde et le droit d’accès, les circonstances varient tellement que des règles prédéterminées, visant à résoudre d’avance certains types de conflits, peuvent ne s’avérer d’aucune utilité. Il a plutôt laissé au juge le soin de décider quel est «l’intérêt de l’enfant», compte tenu «de ses ressources, de ses besoins et, d’une façon générale, de sa situation.» La tâche des tribunaux n’est pas, pour autant, purement discrétionnaire. En incorporant dans la loi le critère de «l’intérêt de l’enfant» et en précisant les facteurs généraux à prendre en considération, le législateur a établi un critère juridique, bien qu’il s’agisse d’un critère souple. Comme tous les critères juridiques, il doit être appliqué suivant la preuve au dossier, en toute objectivité. Il n’y a pas de place pour les prédilections et les préjugés du juge. Son devoir est d’appliquer la loi; non pas d’agir comme il ou elle le veut, mais comme il ou elle est tenu de le faire.

Troisièmement, le par. 16(10) dispose qu’en rendant une ordonnance, le tribunal applique «le principe selon lequel l’enfant à charge doit avoir avec chaque époux le plus de contact compatible avec son propre intérêt». Ces termes sont révélateurs. C’est le seul facteur que le législateur a choisi de soumettre expressément à l’attention du juge. Ce faisant, il a souligné l’importance qu’il accorde au contact avec chacun des parents et à la nécessité pour le juge de veiller à sa maximisation. Toutefois, la réserve qu’il introduit par les mots «compatible avec son propre intérêt» signifie que l’objectif d’établir le maximum de contact entre l’enfant et ses parents n’est pas absolu. Dans la mesure où ce



absolute. To the extent that contact conflicts with the best interests of the child, it may be restricted. But only to that extent. Parliament's decision to maintain maximum contact between the child and both parents is amply supported by the literature, which suggests that children benefit from continued access: Michael Rutter, *Maternal Deprivation Reassessed* (1981), Robin Benians, "Preserving Parental Contact: a Factor in Promoting Healthy Growth and Development in Children", in Jo Tunnard, ed., *Fostering Parental Contact: Arguments in Favour of Preserving Contact Between Children in Care and Their Families* (1982).

Wood J.A. in the Court of Appeal, put the matter as follows at p. 93:

It seems to me that at the very least, by enacting this subsection [s. 16(10) of the *Divorce Act*], Parliament intended to facilitate a meaningful, as well as a continuing, post-divorce relationship between the children of the marriage and the access parent.

Without limiting the generality of the adjective "meaningful", such a relationship would surely include the opportunity on the part of the child to know that parent well and to enjoy the benefit of those attributes of parenthood which such person has to share. In most cases that would clearly be in the best interests of the child, and the best interests of the child, not parental rights, are the focus of the whole of s. 16 of the Act.

I would summarize the effect of the provisions of the *Divorce Act* on matters of access as follows. The ultimate test in all cases is the best interests of the child. This is a positive test, encompassing a wide variety of factors. One of the factors which the judge seeking to determine what is in the best interests of the child must have regard to is the desirability of maximizing contact between the child and each parent. But in the final analysis, decisions on access must reflect what is in the best interests of the child.

It follows from this that the proposition, put to us in argument, that the custodial parent should have the right to forbid certain types of contact between the access parent and the child, must fail. The custodial parent's wishes are not the ultimate

contact entre en conflit avec l'intérêt de l'enfant, il peut être assorti de restrictions. Mais seulement dans cette mesure. La décision du législateur de favoriser au maximum les contacts entre l'enfant et ses parents s'appuie largement sur les recherches effectuées en la matière, lesquelles concluent à l'effet bénéfique d'une continuité de l'accès: Michael Rutter, *Maternal Deprivation Reassessed* (1981), Robin Benians, «Preserving Parental Contact: a Factor in Promoting Healthy Growth and Development in Children», dans Jo Tunnard, dir., *Fostering Parental Contact: Arguments in Favour of Preserving Contact Between Children in Care and Their Families* (1982).

Le juge Wood de la Cour d'appel a posé ainsi la question, à la p. 93:

[TRADUCTION] Il me semble qu'en édictant ce paragraphe [par. 16(10) de la *Loi sur le divorce*], le législateur entendait, à tout le moins, faciliter après le divorce une relation valable et suivie entre les enfants à charge et celui des parents qui a le droit d'accès.

Sans que soit limité le sens général de l'adjectif «valable», une telle relation supposerait assurément l'occasion pour l'enfant de bien connaître ce parent et de bénéficier des attributs parentaux que celui-ci peut lui offrir. Dans la plupart des cas, il en irait clairement de l'intérêt de l'enfant, et c'est sur son intérêt, et non sur les droits des parents, qu'est axé l'ensemble des dispositions de l'art. 16.

Je résumerai l'effet des dispositions de la *Loi sur le divorce* en matière de droit d'accès de la façon suivante: dans tous les cas, le critère ultime est l'intérêt de l'enfant. Il s'agit d'un critère positif, qui se décompose en une grande variété de facteurs. L'un de ces facteurs, que le juge qui cherche à déterminer l'intérêt de l'enfant doit prendre en considération, est l'opportunité de maximiser les contacts entre l'enfant et chacun de ses parents. En dernière analyse, toutefois, c'est l'intérêt de l'enfant que doivent refléter les décisions portant sur le droit d'accès.

Il s'ensuit qu'il faut rejeter l'argument selon lequel celui des parents qui a la garde devrait avoir le droit d'interdire certains types de contact entre l'enfant et celui qui a un droit d'accès. Les désirs du parent ayant la garde ne sont pas le critère

criterion for limitations on access: see *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87, at p. 101. The only circumstance in which contact with either parent can be limited is where the contact is shown to conflict with the best interests of the child.

Risk of harm to the child is not a condition precedent for limitations on access. The ultimate determinant in every case must be the best interests of the child. Many decisions on access may involve no reference to harm. For example, a judge might conclude that it is not in the best interests of a child that he or she see the access parent every day on the ground that this would result in undue disruption to the child's schedule of activities. Again, a judge might conclude that it is in the best interests of the child that he or she move with the custodial parent to a distant location, notwithstanding that this will limit the access of the other parent. Optimum access may simply not be in the best interests of the child for a variety of circumstances.

On the other hand, in some cases the risk of harm may be a factor to be considered in determining what is in the child's best interests. For example, where the limits on access relate to the quality of the access — what the access parent may say or do with the child — the question of harm may become highly relevant. Given the interest of the child in coming to know his or her access parent as fully as possible, judges may well be reluctant to impose limits on what the access parent may say or do with the child in the absence of some evidence suggesting that the activity may harm the child. The legal test is not harm; the *Divorce Act* makes this clear. However, in some circumstances, the risk of harm to the child or the absence thereof may become an important factor to be considered. To this extent I agree with the Court of Appeal that, in determining whether religious discussions and activities between parent and child should be curtailed, it may well behoove the judge to enquire whether the proposed conduct poses a risk of harming the child. In doing so, the judge should bear in mind that conflict between parents over the access issue does not necessarily indicate harm, nor does the objection of the child necessarily

ultime en la matière: voir *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, à la p. 101. Le seul cas où le contact avec l'un des parents peut être limité est celui où il y a conflit entre ce contact et l'intérêt de l'enfant.

Le risque que l'enfant subisse un préjudice n'est pas une condition préalable à la restriction du droit d'accès. Dans chaque cas, l'élément déterminant doit être l'intérêt de l'enfant. Souvent, la décision rendue en matière d'accès passera sous silence la question du préjudice. Ainsi, le juge pourrait conclure qu'il n'est pas dans l'intérêt d'un enfant qu'il ou elle voie chaque jour le parent ayant le droit d'accès parce que cela perturberait indûment ses activités. Il pourrait aussi conclure qu'il est dans son intérêt qu'il ou elle déménage avec le parent qui en a la garde dans un endroit éloigné, même si cela doit limiter l'accès de l'autre parent. Suivant les circonstances, il se peut donc que l'accès optimal ne soit tout simplement pas dans l'intérêt de l'enfant.

En revanche, le risque de préjudice peut, dans certains cas, être un facteur à prendre en considération pour déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant. Par exemple, lorsque les restrictions se rapportent à la qualité de l'accès — ce que le parent peut dire à l'enfant ou faire avec lui —, la question du préjudice peut devenir très pertinente. Étant donné l'intérêt de l'enfant à apprendre à connaître aussi bien que possible le parent ayant le droit d'accès, les juges pourraient fort bien se montrer réticents à imposer des limites à ce que celui-ci peut dire ou faire en l'absence de preuve d'un préjudice possible. Le critère juridique n'est pas le préjudice; cela ressort clairement de la *Loi sur le divorce*. Cependant, dans certaines circonstances, le risque de préjudice ou son absence peut s'avérer un important facteur à prendre en considération. Dans cette mesure, comme la Cour d'appel, j'estime que le juge appelé à déterminer s'il y a lieu de restreindre les discussions et les activités religieuses entre un parent et l'enfant peut fort bien s'enquérir du risque que la conduite proposée porte préjudice à l'enfant. Ce faisant, le juge devrait se rappeler que le conflit opposant les parents sur la question de l'accès n'est pas nécessairement l'in-

impose that conclusion. In some circumstances they may; in some they may not.

I conclude that the ultimate criterion for determining limits on access to a child is the best interests of the child. The custodial parent has no "right" to limit access. The judge must consider all factors relevant to determining what is in the child's best interests; a factor which must be considered in all cases is Parliament's view that contact with each parent is to be maximized to the extent that this is compatible with the best interests of the child. The risk of harm to the child, while not the ultimate legal test, may also be a factor to be considered. This is particularly so where the issue is the quality of access — what the access parent may say or do with the child. In such cases, it will generally be relevant to consider whether the conduct in question poses a risk of harm to the child which outweighs the benefits of a free and open relationship which permits the child to know the access parent as he or she is. It goes without saying that, as for any other legal test, the judge, in determining what is in the best interests of the child, must act not on his or her personal views, but on the evidence.

#### (b) The Constitutionality of the Test

The first question is whether the *Charter* applies. Because of my conclusion later in these reasons that valid orders under the "best interests of the child" standard cannot violate the *Charter*, I find it unnecessary to decide whether the *Charter* applies to an action for access under the *Divorce Act* between two parents. For the purposes of this section, I assume that it does.

The constitutional focus in this case centres on the guarantee of freedom of religion in s. 2(a) of the *Charter* and the guarantee of freedom of expression in s. 2(b) of the *Charter*. The guarantees of freedom of association and equality apply

dice d'un préjudice, non plus que les objections de l'enfant. Dans certaines circonstances, cela constituera effectivement l'indice d'un préjudice, alors que ce ne sera pas le cas dans d'autres circonstances.

J'en conclus que le critère ultime permettant de restreindre l'accès à un enfant est l'intérêt de celui-ci. Le parent gardien n'a aucun «droit» de limiter l'accès. Pour déterminer ce qui est dans l'intérêt de l'enfant, le juge doit prendre en considération tous les facteurs pertinents, l'un d'eux étant toujours l'intention du législateur de maximiser le contact avec chacun des parents dans la mesure où cela est compatible avec l'intérêt de l'enfant. Bien que le risque de préjudice ne soit pas le critère juridique ultime, il peut aussi s'agir d'un facteur à considérer. Cela est particulièrement vrai lorsque le litige porte sur la qualité de l'accès — ce que le parent peut faire avec l'enfant ou lui dire. En pareil cas, il sera généralement pertinent de voir si la conduite en cause comporte pour l'enfant un risque de préjudice supérieur aux effets bénéfiques que pourrait lui apporter une relation libre et ouverte lui permettant de connaître la personnalité véritable du parent exerçant un droit d'accès. Il va sans dire que, comme pour tout autre critère juridique, le juge devant déterminer l'intérêt de l'enfant ne doit pas fonder son jugement sur ses opinions personnelles, mais sur la preuve.

#### b) La constitutionnalité du critère

La première question qui se pose est celle de l'application de la *Charte*. Étant donné la conclusion à laquelle j'arrive plus loin que des ordonnances valides au regard du critère de «l'intérêt de l'enfant» ne peuvent violer la *Charte*, il n'y a pas lieu de décider si celle-ci s'applique à une demande de droit d'accès présentée en vertu de la *Loi sur le divorce*. Pour les fins de la présente partie, je présume donc que la *Charte* s'applique.

Sur le plan constitutionnel, l'attention se porte, en l'espèce, sur la liberté de religion garantie par l'al. 2a) de la *Charte*, ainsi que sur la liberté d'expression garantie par l'al. 2b). Quant aux garanties relatives à la liberté d'association et à l'égalité,

only tangentially, if at all, and were not emphasized in argument.

The respondent says that legislative provision for the “best interests of the child” violates his religious and expressive freedom. The argument is that in some cases the “best interests of the child” will require a judge to make an order limiting expressive or religious freedom. Therefore, it is submitted, the test is unconstitutional, unless it can be saved under s. 1.

In my view, this argument cannot stand. The reason is that the guarantees of religious freedom and expressive freedom in the *Charter* do not protect conduct which violates the best interests of the child test.

*Whether Application of the Best Interests Standard Violates the Charter*

Does the *Charter* protect religious expression which is not in the best interests of the child? In my view, the answer to this question is no.

It is established that the guarantee of freedom of religion does not extend to religious activity which harms other people. In *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, this Court held that freedom of religion is not absolute; in particular, it does not extend to conduct that would injure or interfere with the parallel rights of others. Dickson J., (as he then was), after a lengthy historical review of freedom of religion in our society and legal system, concluded at p. 346:

Viewed in this context, the purpose of freedom of conscience and religion becomes clear. The values that underlie our political and philosophic traditions demand that every individual be free to hold and to manifest whatever beliefs and opinions his or her conscience dictates, provided *inter alia* only that such manifestations do not injure his or her neighbours or their parallel rights to hold and manifest beliefs and opinions of their own. [Emphasis added.]

The next question is whether conduct which is not in the best interests of the child amounts to an

elles ne s'appliquent qu'à titre accessoire, si tant est qu'elles s'appliquent, et on n'a pas insisté sur ce point en plaidoirie.

L'intimé affirme que la disposition législative privilégiant «l'intérêt de l'enfant» viole ses libertés de religion et d'expression. Il fait valoir que, dans certains cas, ce critère obligera en effet le juge à rendre une ordonnance limitant la liberté d'expression ou de religion. Par conséquent, soutient-il, le critère est inconstitutionnel, à moins qu'il ne puisse être justifié en vertu de l'article premier.

À mon avis, cet argument ne peut être retenu. La raison en est que les garanties de liberté de religion et d'expression énoncées dans la *Charte* ne protègent pas une activité qui viole le critère de l'intérêt de l'enfant.

*L'application du critère de l'intérêt de l'enfant viole-t-elle la Charte?*

La *Charte* protège-t-elle l'expression religieuse qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant? À mon avis, il faut répondre à cette question par la négative.

Il est établi que la garantie de liberté de religion ne s'étend pas à des activités religieuses causant un préjudice à autrui. Dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, notre Cour a conclu que la liberté de religion n'est pas absolue; elle ne s'étend pas en particulier à une activité qui porterait atteinte aux propres droits d'autrui. Après une longue analyse historique de la liberté de religion dans notre société et de notre système juridique, le juge Dickson, plus tard Juge en chef, a conclu, à la p. 346:

Vu sous cet angle, l'objet de la liberté de conscience et de religion devient évident. Les valeurs qui sous-tendent nos traditions politiques et philosophiques exigent que chacun soit libre d'avoir et de manifester les croyances et les opinions que lui dicte sa conscience, à la condition notamment que ces manifestations ne lèsent pas ses semblables ou leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles. [Je souligne.]

La question suivante consiste à se demander si la conduite qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant

“injury” or intrusion on the rights of others within the meaning of this comment. If so, the guarantee of freedom of religion will not protect such conduct.

It is clear that conduct which poses a risk of harm to the child would not be protected. As noted earlier, religious expression and comment of a parent which is found to violate the best interests of a child will often do so because it poses a risk of harm to the child. If so, it is clear that the guarantee of religious freedom can offer no protection. But I think a case can be made that even in cases where a risk of harm may not have been established, the guarantee of freedom of religion should not be understood to extend to protecting conduct which is not in the best interests of the child. I understand “injure” in the passage cited from *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, to be a broad concept. To deprive a child of what a court has found to be in his or her best interests is to “injure”, in the sense of not doing what is best for the child. The vulnerable situation of the child heightens the need for protection; if one is to err, it should not be in favour of the exercise of the alleged parental right, but in favour of the interests of the child. An additional factor which may come into play in the case of older children is the “parallel right” of others referred to by Dickson J., “to hold and manifest beliefs and opinions of their own”. For these reasons, I conclude that the *Charter* guarantee of freedom of religion does not extend to protect conduct which is not in the best interests of the child under the *Divorce Act*.

I come then to freedom of expression. The ambit of this right has been more broadly drawn than freedom of conscience and religion, in that even harmful expression may be protected: *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123. On the other hand, some forms of harmful expression are not constitutionally protected. Violence or threats of violence are not protected: see *RWDSU v. Dolphin*

équivaut à une «lésion» des droits d'autrui ou à une intrusion dans ces droits au sens de ce passage. Dans l'affirmative, elle ne sera pas protégée par la garantie de liberté de religion.

Il est indubitable que la conduite qui comporte pour l'enfant un risque de préjudice ne serait pas protégée. Comme je l'ai souligné précédemment, l'expression et les commentaires à caractère religieux d'un parent qui sont jugés contraires à l'intérêt de l'enfant le seront souvent parce que celui-ci risque d'en subir un préjudice. Si c'est le cas, il est clair que la garantie de liberté de religion ne peut offrir aucune protection. Mais on peut, à mon avis, soutenir que, même dans les cas où le risque de préjudice n'a pas été établi, la garantie de liberté de religion ne devrait pas s'étendre à la protection d'une conduite qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant. À mon sens, la lésion qu'évoque le passage précité de l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* est une notion large. Priver un enfant de ce que le tribunal a jugé être dans son intérêt équivaut à le «léser», au sens où on ne fait pas ce qui est le mieux pour lui. La situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve l'enfant renforce le besoin de protection; si l'on doit se tromper, cela ne devrait pas être en faveur de l'exercice du droit parental allégué, mais en faveur de l'intérêt de l'enfant. Pour les enfants plus âgés, un facteur additionnel pourra jouer soit, comme le dit le juge Dickson, le «propre droit» des autres «d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles.» Pour ces motifs, je conclus que la liberté de religion garantie par la *Charte* ne protège pas la conduite qui n'est pas dans l'intérêt de l'enfant au sens de la *Loi sur le divorce*.

J'en viens maintenant à la liberté d'expression. La portée de ce droit a été définie plus largement que celle de la liberté de conscience et de religion, en ce que même l'expression préjudiciable peut être protégée: *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123. En revanche, certaines formes d'expressions préjudiciables ne sont pas protégées par la Constitution, telles la violence ou les menaces

*Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, *Keegstra*, *supra*, at p. 733. Nor is expression which takes the form of "direct attacks by violent means on the physical liberty and integrity of another person" protected: *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, at p. 1186. The fact that conduct has been criminalized by Parliament is an indication, although not a conclusive one, that expressive conduct falls in the latter category: *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, *supra*, at p. 1185.

The expression challenged in the case at bar does not take the form of violence or threats of violence, nor does it constitute a direct attack on the physical integrity or liberty of another. The harm done, if any, is of a psychological nature. (In saying this, I do not overlook the fact that some religious practices or forms of expression may involve psychological violence or physical violence.) Thus a *prima facie* case for protection under the guarantee of freedom of expression can be made out.

This poses a problem. Virtually every form of religious practice is expressive. Interpreting freedom of expression broadly, in the religious context, will nullify the principle that freedom of religion does not protect conduct which injures others or which conflicts with their parallel rights to hold and manifest beliefs of their own.

The answer to this apparent dilemma is found in the admonition of Dickson J. in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 344, that a purposive approach to *Charter* interpretation requires that associated rights — in this case religious freedom and freedom of expression — be interpreted in a consistent and coherent manner:

... the purpose of the right or freedom in question is to be sought by reference to the character and the larger objects of the *Charter* itself, to the language chosen to articulate the specific right or freedom, to the historical

de violence: voir *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, et *Keegstra*, précité, à la p. 733. N'est pas non plus protégée l'expression qui prend la forme d'«atteintes directes à l'intégrité et à la liberté physiques d'une autre personne par des moyens violents»: *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, à la p. 1186. Le fait qu'une conduite a été criminalisée par le législateur est une indication, bien qu'elle ne soit pas déterminante, qu'elle tombe dans cette dernière catégorie: *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c) du Code criminel (Man.)*, précité, à la p. 1185.

L'expression contestée en l'espèce ne prend pas la forme de violence ou de menaces de violence; elle ne constitue pas davantage une attaque directe à l'intégrité et à la liberté physiques d'une autre personne. Le préjudice, si préjudice il y a, est de nature psychologique. (Cela dit, je ne nie pas que certaines pratiques ou formes d'expression religieuses puissent comporter de la violence, psychologique ou physique.) Une preuve *prima facie* de protection de la liberté d'expression peut donc être établie.

Un problème se pose. Presque toutes les formes de pratique religieuse ont un contenu expressif. Interpréter largement la liberté d'expression en contexte religieux revient à annihiler le principe voulant que la liberté de religion ne protège pas une conduite qui lèse d'autres personnes ou qui entre en conflit avec leur propre droit d'avoir et de manifester leurs croyances et opinions personnelles.

La réponse à ce dilemme apparent se trouve dans la mise en garde formulée par le juge Dickson dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 344, à savoir que l'interprétation de la *Charte* fondée sur l'objet exige que les droits qui sont liés — en l'occurrence la liberté de religion et la liberté d'expression — reçoivent une interprétation compatible et cohérente:

... l'objet du droit ou de la liberté en question doit être déterminé en fonction de la nature et des objectifs plus larges de la *Charte* elle-même, des termes choisis pour énoncer ce droit ou cette liberté, des origines historiques

origins of the concepts enshrined, and where applicable, to the meaning and purpose of the other specific rights and freedoms with which it is associated within the text of the Charter. [Emphasis added.]

This admonition must be coupled with the canon that the ambit of a particular right or freedom cannot be defined in the abstract but should rather be defined in the context of the particular activity in questions: *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326. Taking these two injunctions together, one arrives at the conclusion that the court, focusing on the context of the particular case, must strive to interpret the related rights in a coherent manner.

The conduct with which this appeal is concerned — the teaching of religious beliefs and practices to one's children — while it has an expressive aspect, is predominantly religious. In seeking to reconcile the rights of freedom of religion and freedom of expression in this context, it is the religious aspect which must dominate. Reading the two guarantees together, it is my view that the limits of the guarantee of freedom of expression should govern in the context of religious instruction of children.

For these reasons, I conclude that the best interests of the child test under the *Divorce Act* does not violate the *Charter* and is constitutionally valid.

*Whether the Order of the Trial Judge is Valid Under the Divorce Act*

The question is whether the trial judge correctly applied the "best interests of the child" test set out in s. 16(8) and (10) of the *Divorce Act*.

The trial judge took a custody-oriented approach to the question of whether the father should be allowed to discuss and practise his religion with the children. For her the first question (at p. 205) was "who gets custody and guardianship of the children and what flows from that." She concluded that custody confers on the custodial parent the exclusive "right" to make all decisions with respect to the child's education, health care and

des concepts enchâssés et, s'il y a lieu, en fonction du sens et de l'objet des autres libertés et droits particuliers qui s'y rattachent selon le texte de la *Charte*. [Je souligne.]

Il faut rapprocher cette mise en garde du principe suivant lequel la portée d'une liberté ou d'un droit particuliers ne peut être définie dans l'abstrait, mais bien en fonction du contexte de l'activité particulière en cause: *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326. Il découle de ce rapprochement que le tribunal, s'attachant au contexte de l'espèce, doit s'efforcer d'interpréter les droits connexes de façon cohérente.

La conduite en cause dans le présent pourvoi — l'enseignement de croyances et de pratiques religieuses à ses enfants — comporte certes un aspect expressif, mais son caractère religieux prédomine. Si l'on veut concilier les droits à la liberté de religion et à la liberté d'expression dans ce contexte, c'est l'aspect religieux qui doit l'emporter. Les deux garanties combinées, je suis d'avis que les limites apportées à la garantie de liberté d'expression devraient s'appliquer en matière d'éducation religieuse des enfants.

Pour ces motifs, j'en viens donc à la conclusion que le critère de l'intérêt de l'enfant établi dans la *Loi sur le divorce* ne viole pas la *Charte* et qu'il est valide sur le plan constitutionnel.

*La validité de l'ordonnance du juge de première instance eu égard à la Loi sur le divorce*

Il s'agit de déterminer si le juge de première instance a correctement appliqué le critère de «l'intérêt de l'enfant» établi aux par. 16(8) et (10) de la *Loi sur le divorce*.

C'est en axant son analyse sur la notion de garde que le juge de première instance a examiné la question de savoir s'il devait être permis au père de pratiquer sa religion avec ses enfants et d'en discuter avec elles. Elle s'est d'abord demandé, à la p. 205, [TRADUCTION] «qui obtient la garde et la surveillance des enfants et qu'est-ce qui en découle». Elle a conclu que la garde conférait le «droit» exclusif de prendre toutes les décisions

religion. It followed inevitably from this (at p. 205) that she saw the custodial parent as possessing the “sole responsibility for . . . the religious instruction of the child.” This exclusive right in Mrs. Young to determine the child’s religious instruction led directly to her conclusion that Mr. Young should be prevented from discussing his religious ideas with the children. Having concluded that the religious conflict “must stop”, she ordered it stopped in the manner which the custodial parent desired, without further discussion of whether another alternative might better serve the interests of the children.

This reasoning departs from the best interests of the child test as outlined earlier in these reasons in three respects. First, it places undue emphasis on the wishes of the custodial parent. The custodial parent is viewed as having the “right” to determine limits on access. In my respectful opinion, this rights-based approach is erroneous. The only question to be considered where limitation of access is in issue is what is in the best interests of the child. While the custodial parent has the obligation to make certain basic decisions as to how the child is educated, which may extend to religious matters, this does not automatically mean that religious contacts with the access parent of a different faith are to be excluded. It is not the wishes of the custodial parent that govern terms of access, but the best interests of the child.

Second, the trial judge failed to consider the benefits which might enure to the children from coming to know their father as he was — that is, as a devoutly religious man devoted to the Jehovah’s Witness faith. She made no reference to Parliament’s instruction in s. 16(10) that the child shall have as much contact with both parents as is compatible with her best interests.

Thirdly, the trial judge failed to consider adequately whether there was any evidence of a risk of harm to the children which might offset the benefit of full access to their father’s values, including

concernant l’éducation, les soins de santé et la religion de l’enfant. Le parent gardien est donc inévitablement apparu à ses yeux, à la p. 205, comme celui qui a [TRADUCTION] «l’entière responsabilité en ce qui concerne [. . .] l’instruction religieuse de l’enfant». La reconnaissance de ce droit exclusif de Mme Young l’a amenée directement à conclure qu’il fallait empêcher M. Young de discuter de ses idées religieuses avec ses enfants. Estimant que le conflit religieux [TRADUCTION] «doit prendre fin», elle a ordonné qu’il y soit mis fin de la manière que souhaitait le parent gardien, sans examiner plus avant la question de savoir si une autre solution pouvait mieux servir l’intérêt des enfants.

Ce raisonnement s’écarte du critère de l’intérêt de l’enfant, tel qu’il a été exposé précédemment, et ce à trois égards. Premièrement, il accorde une importance démesurée aux désirs du parent gardien, considéré comme ayant le «droit» d’apporter des restrictions au droit d’accès. Avec égards, j’estime que cette conception fondée sur les droits est erronée. La seule question qu’il faut prendre en considération lorsqu’il s’agit de restrictions au droit d’accès est l’intérêt de l’enfant. Le parent gardien a certes l’obligation de prendre certaines décisions fondamentales en matière d’éducation susceptibles de toucher à des questions religieuses, mais cela ne signifie pas nécessairement l’exclusion des contacts à caractère religieux entre l’enfant et l’autre parent de confession différente. Ce ne sont pas les désirs du parent gardien qui régissent les modalités d’exercice du droit d’accès, mais l’intérêt de l’enfant.

Deuxièmement, le juge de première instance n’a pas pris en considération l’avantage que les enfants pourraient avoir à connaître leur père tel qu’il est — savoir un homme profondément religieux attaché à la foi des Témoins de Jéhovah. Elle n’a fait aucun renvoi au par. 16(10) où le législateur édicte que l’enfant doit avoir avec chacun de ses parents le plus de contact compatible avec son propre intérêt.

Troisièmement, le juge de première instance n’a pas examiné adéquatement la question de savoir s’il y avait une preuve quelconque d’un risque de préjudice susceptible d’annihiler l’avantage pour



those related to religion. While in some circumstances access may be limited on grounds unrelated to harm, in cases such as this, where the issue is whether entirely lawful discussions and activities between the access parent and the child should be curtailed, it behooves the judge to enquire whether the conduct poses a risk of harming the child. While the trial judge alluded to the possibility that if Mr. Young continued to share his religion with the children, he would damage his relationship with the elder two, she failed to allude to any other suggestion of harm and failed to consider whether such harm might outweigh the benefit to be gained from a freer, fuller relationship with their father.

The trial judge's undue emphasis on the "rights" of the custodial parent, coupled with her failure to consider the benefits to be gained from unrestricted contact with the access parent or whether those benefits were offset by a greater risk of harm to the children, may have clouded her appreciation of what was in their best interests. It was therefore open to the Court of Appeal to reconsider the matter and seek to give further guidance as to the factors to be considered in determining what is in the child's best interests in cases such as these.

Southin J.A. in the Court of Appeal took a similar but less absolute view of the rights conferred by custody. The custodial parent, according to her, has the "final say" on all matters of religion, although the "right to know" the access parent and the problems with the enforceability of any order restricting the conversation of the access parent, led her to conclude that the trial judge's restriction in respect of religious conversations could not stand.

The majority of the Court of Appeal, by contrast, saw the matter less in terms of the custodial parent's "right" to decide all religious matters affecting the children, and more in terms of the best interests of the children. Unfettered by notions

les enfants d'avoir pleinement accès aux valeurs de leur père, dont ses valeurs religieuses. Certes, dans certaines circonstances, le droit d'accès peut être limité pour des motifs autres que le préjudice; dans les cas toutefois où, comme en l'espèce, la question porte sur l'opportunité de restreindre des discussions et des activités entièrement licites entre le parent ayant le droit d'accès et l'enfant, il incombe au juge de vérifier si la conduite fait courir à l'enfant le risque de subir un préjudice. Le juge de première instance a fait allusion à la possibilité qu'en continuant à vouloir ainsi partager sa religion, M. Young compromette sa relation avec ses deux aînées, mais elle n'a parlé d'aucun autre préjudice possible et elle ne s'est pas demandé si un tel préjudice pouvait excéder le bienfait que les enfants étaient susceptibles de retirer d'une relation plus libre et plus complète avec leur père.

L'importance indue que le juge de première instance a attachée aux «droits» du parent gardien, ainsi que son défaut de prendre en compte les bienfaits escomptés, pour les enfants, d'un libre contact avec le parent exerçant son droit d'accès, ou de peser ces bienfaits par rapport au préjudice que les enfants risquaient de subir, ont pu fausser son appréciation de leur intérêt. Il était donc loisible à la Cour d'appel de réexaminer la question et de donner d'autres indications quant aux facteurs à considérer dans la détermination de l'intérêt de l'enfant dans des affaires comme la présente espèce.

Le juge Southin de la Cour d'appel a adopté une conception similaire, quoique moins absolue, des droits conférés par la garde. Selon elle, le parent ayant la garde a «le dernier mot» sur toutes les questions liées à la religion, bien que le «droit de connaître» le parent ayant un droit d'accès et la difficulté de faire appliquer une ordonnance restreignant les conversations du parent exerçant ce droit l'aient amenée à rejeter les restrictions imposées par le juge de première instance à cet égard.

En revanche, les juges majoritaires de la Cour d'appel ont mis l'accent moins sur le «droit» du parent gardien de prendre toutes les décisions en matière religieuse touchant les enfants, que sur l'intérêt de ceux-ci. Ne s'estimant pas liés par la

of the custodial parent's rights, the majority of the Court of Appeal asked simply what was in the best interests of the child. Wood J.A. began by noting at p. 92 that "the provisions of s. 16 of the Divorce Act of 1985 must be applied in a manner which is both consistent with the intentions of Parliament and relevant to the evolving role of parents in the modern structure of today's society". He found s. 16(10) to be particularly important in determining Parliament's intent in respect of access, stating at p. 93:

Viewed in that way, real contact would necessarily include the opportunity for an access parent to whom a religious belief is important to share that belief, at least in a consensual way, with his or her children.

Thus, for the majority in the Court of Appeal, the prime concern was the best interests of the child. An order for custody vests the custodial parent with the power to determine the child's religious upbringing, to the extent that this parent can require the child to observe a faith until the age of discretion; this is in the child's best interests where the parents cannot agree. A custody order does not, however, give the custodial parent the "right" to limit the access parent's ability to share his or her religious views with the child, unless that is shown on the evidence not to be in the child's best interests. Viewed thus, the notions of custody and access unite in a common purpose of promoting the child's best interests.

The majority held that an access parent's conduct with his child may be limited where the evidence shows the existence of, or potential for, real harm to the child, or where the child does not consent to the instruction. On the latter point, Wood J.A. noted that while it may be in the best interests of the child that the custodial parent be allowed to enforce religious practices against the child's wishes, that rationale did not extend to the access parent. Both limitations on the right to access found by the Court of Appeal are grounded in the best interests of the child. The majority also held

notion de droits du parent gardien, les juges majoritaires se sont simplement demandé quel était l'intérêt de l'enfant. Le juge Wood a d'abord souligné, à la p. 92, que [TRADUCTION] «les dispositions de l'art. 16 de la Loi de 1985 sur le divorce doivent s'appliquer d'une manière à la fois compatible avec les intentions du législateur et pertinente eu égard à l'évolution du rôle des parents dans la structure moderne de la société contemporaine». Il était d'avis que le par. 16(10) était particulièrement important pour découvrir l'intention du législateur en matière d'accès. Il a dit, à la p. 93:

[TRADUCTION] Ainsi conçu, l'établissement d'un contact réel supposerait nécessairement l'occasion, pour le parent ayant un droit d'accès et qui attache de l'importance à ses convictions religieuses, de partager sa foi, d'une façon à tout le moins consensuelle, avec ses enfants.

Ainsi, pour la Cour d'appel, à la majorité, la préoccupation primordiale est l'intérêt de l'enfant. Une ordonnance de garde confère au parent à qui celle-ci est confiée le pouvoir de décider de l'éducation religieuse de l'enfant, dans le sens où ce parent peut exiger que l'enfant adhère à une religion jusqu'à ce qu'il ait l'âge de choisir; il en va de son intérêt lorsque les parents ne s'entendent pas. Toutefois, une ordonnance de garde ne donne pas au parent gardien le «droit» de limiter la capacité du parent ayant un droit d'accès de partager ses opinions religieuses avec l'enfant, à moins qu'il ne soit établi en preuve que cela n'est pas dans son intérêt. Ainsi interprétées, les notions de garde et d'accès se rejoignent en un objectif commun: la poursuite de l'intérêt de l'enfant.

Les juges formant la majorité ont estimé que les activités auxquelles le parent ayant un droit d'accès se livre avec son enfant peuvent faire l'objet de restrictions si la preuve établit l'existence ou la possibilité d'un préjudice réel pour l'enfant, ou si celui-ci ne consent pas à l'enseignement. Sur ce dernier point, le juge Wood a souligné que, bien qu'il puisse être dans l'intérêt de l'enfant que le parent en ayant la garde soit autorisé à le forcer à se conformer à certaines pratiques religieuses, ce raisonnement ne valait pas dans le cas du parent ayant un droit d'accès. Les deux restrictions au

that expert evidence, based on scientific criteria, is required to show harm. While, for the reasons discussed earlier, I would not agree as a general proposition that in every case the risk of harm to the child must be established to justify limitations on access, in the context of the dispute in this case, I do not think that the majority of the Court of Appeal erred in placing considerable emphasis on the absence on the evidence of a risk of harm to the child.

I do not share the view of the majority of the Court of Appeal that expert evidence is required in all cases. Nor am I convinced that the failure of the child to consent to instruction necessarily precludes the conclusion that such instruction by the access parent is in the best interests of the child. Apart from these caveats, I substantially subscribe to the views expressed by Wood J.A.

The majority of the Court of Appeal held that the evidence did not establish that harm was being caused to the children. On the issue of the children's consent, Wood J.A. concluded that no order was necessary because Mr. Young had confirmed under oath that he would respect his children's wishes with respect to the activities they objected to — attending services with him and accompanying him on his proselytizing missions. In the end, the majority did not find that it was in the best interests of the children, all factors considered, that even this limited form of religious activity by the access parent be restricted.

If one accepts, as did the majority of the Court of Appeal, that the issue of the children's accompanying Mr. Young to services and in his evangelical efforts is resolved by Mr. Young's undertaking — and I see no reason not to do so given his record of compliance to date — the only issue is whether the order forbidding Mr. Young to discuss religion with his children is valid. Apart from the value of getting to know their father and the difficulty of enforcement which led Southin J.A. to reject this

droit d'accès reconnues par la Cour d'appel sont fondées sur l'intérêt de l'enfant. À la majorité, la cour a également jugé que le préjudice devait être établi par une preuve d'expert, fondée sur des critères scientifiques. Pour les motifs exposés précédemment, je ne suis pas d'avis qu'il faille, de façon générale, établir dans tous les cas le risque de préjudice pour l'enfant pour justifier les restrictions apportées au droit d'accès, mais dans le contexte du présent conflit, je ne crois pas que les juges majoritaires de la Cour d'appel aient commis une erreur en mettant fortement l'accent sur l'absence de preuve d'un risque de préjudice pour l'enfant.

Je ne partage pas l'avis de la Cour d'appel, à la majorité, que des témoignages d'experts sont requis dans tous les cas. Je ne suis pas non plus convaincue que le non-consentement de l'enfant à l'enseignement que lui prodigue le parent qui y a accès empêche nécessairement de conclure que cet enseignement est dans son intérêt. Ces considérations mises à part, je souscris, pour l'essentiel, à l'opinion du juge Wood.

De l'avis de la Cour d'appel, à la majorité, il n'a pas été établi en preuve que les enfants subissaient un préjudice. Sur la question du consentement des enfants, le juge Wood a conclu qu'aucune ordonnance n'était nécessaire parce que M. Young s'est engagé sous serment à respecter les désirs de ses enfants en ce qui concerne les activités auxquelles elles s'opposent, savoir participer aux offices et l'accompagner dans son prosélytisme. Finalement, les juges ont majoritairement conclu que, compte tenu de tous les facteurs, il n'était pas dans l'intérêt des enfants que cette forme, même ainsi limitée, d'activité religieuse fasse l'objet d'une restriction.

Si l'on accepte, comme l'a fait la Cour d'appel à la majorité, que la question de la participation aux offices et à l'apostolat est résolue du fait de l'engagement de M. Young — et je ne vois aucune raison d'en douter étant donné son dossier à ce jour —, la seule question à trancher est celle de la validité de l'ordonnance lui interdisant de discuter de religion avec ses enfants. Sauf pour ce qui est de la nécessité pour les enfants de bien connaître leur père et de la difficulté d'application de l'ordonnance qui

restriction, it is questionable that a proper application of the “best interests of the child” test supports it. Conflict between the parents is, in and of itself, not a sufficient basis for assuming that the child’s interests will not be served. There was, in this case, evidence that the children were functioning in an entirely normal fashion, and had not been adversely affected by the dispute between their parents or by their father’s religious instruction. We are left then with the trial judge’s concern that Mr. Young’s relationship with his children would deteriorate if he persisted in his religious instruction during his periods of access.

With the greatest respect to the trial judge, this was not on the record in this case a sufficient reason for restricting access. In so far as the possible deterioration of Mr. Young’s relationship with his daughters can be considered unfortunate, the alternative — a relationship which prevents them from knowing him as he is — is also undesirable. In these circumstances, any perceived harm to the children cannot be said to outweigh the benefits of unrestricted access. In short, this is not a case where the evidence supports the view that the best interests of the children requires further curtailment of the father’s communication of religious views and practices than already had been agreed to.

I conclude that the trial judge’s orders preventing Mr. Young from discussing religion with his children were not supportable on the evidence. In view of Mr. Young’s undertakings, the orders relating to church attendance and proselytizing were unnecessary. The order enjoining the respondent from preventing blood transfusions was unnecessary from a practical point of view. Parents should, of course, not make disparaging comments about the other parent’s religion, but the matter might, on the record here, best have been left to the parents’ good sense.

ont amené le juge Southin à rejeter cette restriction, on peut douter que l’application adéquate du critère de «l’intérêt de l’enfant» vienne en étayer la validité. Un conflit entre les parents n’est pas, en soi, une raison suffisante pour présumer qu’il y aura atteinte à l’intérêt de l’enfant. En l’espèce, la preuve indiquait que les enfants avaient un comportement tout à fait normal et n’avaient pas été affectées par le conflit entre leurs parents ou l’enseignement religieux de leur père. Reste la préoccupation qu’a exprimée le juge de première instance quant à la possibilité que la relation de M. Young avec ses enfants se détériore s’il persistait à vouloir leur dispenser un enseignement religieux pendant les périodes d’exercice de son droit d’accès.

Avec beaucoup d’égards pour le juge de première instance, ce n’est pas là, eu égard à la preuve au dossier, un motif suffisant pour limiter le droit d’accès. S’il serait malheureux que la relation de M. Young avec ses filles se détériore, l’autre possibilité — une relation qui les empêcherait de le connaître tel qu’il est — est tout aussi indésirable. Dans les circonstances, un préjudice appréhendé ne saurait l’emporter sur les bénéfices qu’apporte le libre d’accès. En bref, il ne s’agit pas en l’espèce d’un cas où la preuve démontre la nécessité, dans l’intérêt des enfants, de restreindre, dans une mesure encore plus grande que ce qui avait déjà été convenu, la possibilité pour le père de faire partager ses opinions et ses pratiques religieuses.

J’en conclus que les ordonnances du juge de première instance empêchant M. Young de discuter de religion avec ses enfants n’étaient pas justifiées par la preuve. Vu les engagements que celui-ci a pris, les ordonnances relatives à la présence à l’église et au prosélytisme n’étaient pas nécessaires. Quant à l’ordonnance enjoignant à l’intimé de ne pas s’opposer à des transfusions sanguines, elle était inutile en pratique. Les parents devraient naturellement s’abstenir de dénigrer la religion de l’autre, mais il aurait pu être préférable, étant donné la preuve au dossier, de laisser la question à leur bon jugement.

## B. Financial Matters

The trial judge found that each party initially had a one-half interest in the family home where the wife was living with the three children of the marriage. She held that the husband's half interest was extinguished by the costs ordered against him, half the value of the family car which he kept, arrears of maintenance, and lump sum maintenance over and above the monthly maintenance awarded to the wife. As the trial judge put it, at p. 202, "[a]ny further interest that the [husband] has in the matrimonial home will be transferred to the petitioner in the form of lump sum maintenance to assist in the petitioner's efforts to become self-sufficient."

The trial judge ordered that \$80,000 owed to the wife's mother by a corporation, which the parties had formed to begin a jewellery business, was a family debt for which the husband and wife were jointly liable. She also held that the sum of \$27,586.57 which the appellant had borrowed to support herself before she obtained an order for interim maintenance was a family debt for half of which the respondent was liable.

The trial judge ordered that the husband pay to the wife monthly maintenance in the sum of \$1400, and \$400 a month support for each of his children.

Two aspects of these orders are appealed to this Court. The first is the trial judge's determination that whatever interest the husband might have in the matrimonial home, after setting off costs and arrears of maintenance, should be absorbed by an order for lump sum maintenance. The Court of Appeal set this order aside. The power to award lump sum maintenance is found in the *Divorce Act*, s. 15(2):

15. . . .

(2) A court of competent jurisdiction may, on application by either or both spouses, make an order requiring

## B. Les questions financières

Le juge de première instance a estimé que chacune des parties avait, au départ, droit à la moitié de la résidence familiale abritant l'épouse et les trois enfants à charge. À son avis, le droit du mari était éteint par les dépens qu'il devait verser, la moitié de la valeur de la voiture familiale qu'il gardait en propre, les arrérages alimentaires ainsi que par la prestation sous forme de capital accordée à l'épouse en sus de la pension mensuelle. Elle a ajouté, à la p. 202, que [TRADUCTION] «[t]out autre droit que le [mari] possède sur la résidence conjugale sera transféré à la requérante sous forme de capital en vue de l'aider à parvenir à l'indépendance».

Le juge de première instance a déclaré que la somme de 80 000 \$, due à la mère de l'épouse par une personne morale constituée par les parties dans le but d'ouvrir un commerce de bijouterie, était une dette familiale dont les conjoints étaient solidairement responsables. Elle a également décidé que la somme de 27 586,57 \$, que l'appelante avait empruntée pour subvenir à ses besoins avant d'obtenir une ordonnance alimentaire provisoire, était une dette familiale engageant la responsabilité de l'intimé pour moitié.

Le juge de première instance a ordonné au mari de verser à sa femme une pension mensuelle de 1 400 \$, ainsi qu'une pension mensuelle de 400 \$ pour chacune des enfants.

Deux aspects de ces ordonnances sont contestés devant notre Cour. Le premier concerne la conclusion du juge de première instance selon laquelle tout droit que pouvait posséder le mari sur le domicile conjugal, déduction faite des dépens et des arrérages alimentaires, devait être absorbé par une ordonnance de paiement d'une prestation sous forme de capital. La Cour d'appel a annulé cette ordonnance. Le pouvoir d'octroyer une prestation sous forme de capital est dévolu par la *Loi sur le divorce*, au par. 15(2):

15. . . .

(2) Le tribunal compétent peut, sur demande des époux ou de l'un d'eux, rendre une ordonnance enjoignant

one spouse to secure or pay, or to secure and pay, such lump sum or periodic sums, or such lump sum and periodic sums, as the court thinks reasonable for the support of

- (a) the other spouse;
- (b) any or all children of the marriage; or
- (c) the other spouse and any or all children of the marriage.

Southin J.A. stated at p. 41:

If the learned judge wished to fix lump sum maintenance, she was obliged to fix it in a sum certain and to fix it with reference to the principles applicable to such an award.

I agree that she was obliged to fix the maintenance with reference to the principles applicable to such an award. The trial judge did not express any jurisprudential or evidentiary basis for awarding the lump sum maintenance. The goal was no doubt to achieve the end of conveying the entire interest in the matrimonial home to the wife. But this justification does not support an award of lump sum maintenance; more is required.

That said, the fact remains that the trial judge was convinced that a fair allocation of the assets of the marriage required that the house be transferred entirely to the wife. The British Columbia *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, c. 121, permits an unequal division of family assets where the trial judge is satisfied that this is required having regard to various enumerated factors. The relevant sections are ss. 51 and 52 of this Act. Section 51 reads:

51. Where the provisions for division of property between spouses under section 43 or their marriage agreement, as the case may be, would be unfair having regard to

- (a) the duration of the marriage;
- (b) the duration of the period during which the spouses have lived separate and apart;
- (c) the date when property was acquired or disposed of;

gnant à un époux de garantir ou de verser, ou de garantir et de verser, la prestation, sous forme de capital, de pension ou des deux, qu'il estime raisonnable pour les aliments:

- a) de l'autre époux;
- b) des enfants à charge ou de l'un d'eux;
- c) de l'autre époux et des enfants à charge ou de l'un d'eux.

Le juge Southin s'est exprimé ainsi, à la p. 41:

[TRADUCTION] Si le juge de première instance voulait octroyer une prestation sous forme de capital, elle devait en fixer la somme et ceci, en conformité avec les principes applicables en la matière.

Le juge de première instance était tenue, j'en conviens, de fixer la pension alimentaire en conformité avec les principes applicables en la matière. Elle n'a invoqué aucune autorité jurisprudentielle ni aucun élément de preuve à l'appui de l'octroi de la prestation sous forme de capital. L'objectif était nul doute de parvenir à transférer à l'épouse tous les droits sur le domicile conjugal. Mais cela ne suffit pas à justifier l'octroi d'une telle prestation; il en faut davantage.

Cela dit, il reste que le juge de première instance était convaincue que le juste partage des biens du mariage exigeait que la maison soit transférée entièrement à l'épouse. En vertu de la *Family Relations Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 121, le juge président l'instance peut ordonner le partage inégal des biens familiaux s'il est convaincu que cela s'impose compte tenu de plusieurs facteurs énumérés. Les articles pertinents de cette Loi sont les articles 51 et 52. L'article 51 porte:

[TRADUCTION]

51. Si le partage des biens entre les conjoints conformément à l'article 43 ou leur contrat de mariage, selon le cas, était injuste compte tenu

- a) de la durée du mariage,
- b) du temps pendant lequel les conjoints ont vécu séparés,
- c) de la date d'acquisition ou d'aliénation du bien,

- (d) the extent to which property was acquired by one spouse through inheritance or gift;
- (e) the needs of each spouse to become or remain economically independent and self sufficient; or
- (f) any other circumstances relating to the acquisition, preservation, maintenance, improvement or use of property or the capacity or liabilities of a spouse,

the Supreme Court, on application, may order that the property covered by section 43 or the marriage agreement, as the case may be, be divided into shares fixed by the court. Additionally or alternatively the court may order that other property not covered by section 43 or the marriage agreement, as the case may be, of one spouse be vested in the other spouse.

Section 52 of the Act provides that where a determination of an unequal allocation has been made, the trial judge may, by way of remedy, make an order as to the ownership of property.

In the case at bar there was ample basis for an order under s. 51 awarding Mrs. Young a greater portion of the family assets on the ground that, for a considerable period of time, Mr. Young had paid little or nothing for the support of his family. As will be seen below, I do not agree that the debts incurred during this period can, in law, be attributed to Mr. Young. However, they can serve as a consideration supporting reduction of his interest in the family property. It may also be noted that the equity in the home was not substantial and that Mr. Young was permitted to retain other assets. It is on these grounds that I depart from Southin J.A.'s view that there were insufficient reasons to order a reapportionment. Although the matter is not free from difficulty, I incline to the view that a trial judge, looking at all the circumstances, could have made such an order.

The problem, as noted by Southin J.A., is that the trial judge made no reference to s. 51 of the *Family Relations Act* or the factors on which reapportionment of the presumed equal interest in family assets can be made. This presents this Court

- d) de la mesure dans laquelle le bien a été acquis par le conjoint par voie d'héritage ou de donation,
- e) des besoins de chaque conjoint pour parvenir à l'indépendance économique et à l'autosuffisance ou pour les conserver, ou
- f) de toute autre circonstance entourant l'acquisition, la conservation, l'entretien, l'amélioration ou l'emploi du bien ou la capacité ou les responsabilités du conjoint,

la Cour suprême, sur demande, peut ordonner le partage du bien visé par l'article 43 ou le contrat de mariage, selon le cas, en les parts qu'elle fixe. En sus ou subsidiairement, la Cour a la faculté d'ordonner que tout autre bien non visé par l'article 43 ou le contrat de mariage, selon le cas, appartenant à l'un des conjoints, soit cédé à l'autre.

L'article 52 prévoit que, dans le cas où il a décidé de procéder à un partage inégal, le juge président l'instance peut, en guise de réparation, rendre une ordonnance relative au droit de propriété.

En l'espèce, une ordonnance en vertu de l'art. 51 octroyant à M<sup>me</sup> Young une partie plus grande des biens familiaux était amplement justifiée compte tenu que, pendant une très longue période, M. Young n'avait contribué que peu, sinon pas du tout, à l'entretien de sa famille. Comme nous le verrons plus loin, je ne suis pas d'accord pour dire que les dettes contractées pendant cette période peuvent, en droit, être attribuées à M. Young. Cependant, elles peuvent constituer un élément justifiant la réduction de ses droits sur les biens familiaux. Soulignons également que la maison n'avait pas une grande valeur nette et que M. Young était autorisé à garder d'autres biens. C'est pour ces motifs que je m'écarte de l'opinion du juge Southin selon laquelle il n'y avait pas suffisamment de raisons pour ordonner une nouvelle répartition. Bien que la question ne soit pas sans soulever des difficultés, j'incline à penser qu'il était possible, vu l'ensemble des circonstances, de rendre une telle ordonnance.

Comme l'a souligné le juge Southin, le problème est que le juge de première instance n'a pas invoqué l'art. 51 de la *Family Relations Act* ni les facteurs selon lesquels peut se faire une nouvelle répartition des droits présumés égaux dans les

with two alternatives: return the matter for a new trial or make the order which it thinks the trial judge should have made. The Court of Appeal chose the latter, and I think they were right in so doing. In this case it is open to inference that the trial judge concluded that a *de facto* reapportionment of the interest in the family assets was required to do justice. It also appears that there was, on the facts and the law, a method of achieving this end. The fact that the trial judge did not expressly allude to the factors for reallocation under s. 51, which in other circumstances might be sufficient reason for ordering a new trial, must here be weighed against the fact that this litigation has already gone on far too long and cost far too much. Like the Court of Appeal, I am loath to send the matter back to the trial division for further proceedings. In these circumstances, it seems to me that the better course is to endorse the result achieved by the trial judge on the ground that the evidence is capable of supporting an order for reallocation of the parties' interest in the family assets to the extent required to give Mrs. Young the entire interest in the matrimonial home.

I come finally to the matter of the family debts. The \$80,000 owed by the corporation to Mrs. Young's mother cannot in law be characterized as a debt for which Mr. Young is personally liable, as ordered by the trial judge. The only entity liable for repayment is the corporation. There is no legal basis on which either Mr. or Mrs. Young can be said to be legally liable to repay the money borrowed by the company. The debt incurred by Mrs. Young to support herself and the children before she applied for maintenance is similarly unenforceable against Mr. Young as a debt, although it can be taken into consideration in an order for reduction of his interest in the family assets, as suggested above. I agree with Southin J.A., at p. 39, that "[t]he court cannot make a spouse jointly liable to a creditor for a debt of the other spouse, no matter for what purpose it was incurred, or, in the absence of some contractual foundation, make one spouse liable to indemnify the other, either in

biens familiaux. Notre Cour est donc placée devant l'alternative suivante: ordonner la tenue d'un nouveau procès ou prononcer l'ordonnance qu'à son avis le juge de première instance aurait dû rendre. La Cour d'appel a opté pour le dernier terme de l'alternative, à bon droit à mon avis. En l'espèce, on peut déduire que le juge de première instance a conclu qu'une nouvelle répartition de facto des biens familiaux s'imposait dans l'intérêt de la justice. Il appert également qu'il existait, en fait et en droit, un moyen de parvenir à cette fin. Le fait que le juge de première instance n'ait pas expressément évoqué les facteurs fondés sur l'art. 51, ce qui en d'autres circonstances pourrait être un motif suffisant pour ordonner un nouveau procès, doit ici être mis en regard du fait que le présent litige a déjà duré beaucoup trop longtemps et coûté beaucoup trop cher. À l'instar de la Cour d'appel, je répugne à renvoyer l'affaire en première instance pour que s'y déroulent de nouvelles procédures. Dans les circonstances, il me semble donc que la meilleure solution est de confirmer le résultat auquel est arrivé le juge de première instance au motif que la preuve peut justifier qu'elle ait décrété un nouveau partage des droits des parties dans les biens familiaux de façon à accorder à M<sup>me</sup> Young l'entière propriété du foyer conjugal.

J'en viens enfin à la question des dettes familiales. La somme de 80 000 \$ que la compagnie doit à la mère de M<sup>me</sup> Young n'est pas, en droit, une dette dont M. Young est personnellement responsable, comme l'a déclaré le juge de première instance. C'est en effet à la compagnie qu'en revient l'unique responsabilité. Aucun fondement juridique ne permet d'affirmer que M. ou M<sup>me</sup> Young sont légalement responsables du remboursement de l'argent emprunté par la compagnie. Il n'est pas non plus possible d'imputer à M. Young la dette qu'a contractée M<sup>me</sup> Young pour subvenir à ses besoins et à ceux de ses enfants avant de faire une demande de pension, bien qu'on puisse en tenir compte pour réduire les intérêts de M. Young dans les biens familiaux, comme nous l'avons vu précédemment. Je souscris à l'opinion du juge Southin lorsqu'elle dit, à la p. 39, que [TRADUCTION] «[l]e tribunal ne peut rendre un conjoint solidairement responsable envers le créancier de la



whole or in part, for a liability of the latter.” Accordingly, the paragraphs of the order making Mr. Young liable for one-half of these debts must be struck out.

### C. Costs

#### 1. *Costs Against the Respondent*

The trial judge ordered solicitor-client costs against the respondent. This award was made on the basis that the custody claim had “little merit”, that the respondent attempted to mislead the court, that the respondent was recalcitrant on matters of custody and maintenance and, finally, on the basis that unnecessary proceedings had resulted. The trial judge also referred to the fact that someone else was promoting and paying for the legal action and that repetitive and irrelevant evidence was tendered.

The Court of Appeal, *per* Cumming J.A., upheld the imposition of solicitor-client costs for four days of the trial and for four days of the interlocutory proceedings concerned with financial issues, on the basis of the husband’s non-disclosure of financial information. Otherwise, costs against the respondent were reduced to party-and-party costs.

The Court of Appeal’s order was based on the following principles, with which I agree. Solicitor-client costs are generally awarded only where there has been reprehensible, scandalous or outrageous conduct on the part of one of the parties. Accordingly, the fact that an application has little merit is no basis for awarding solicitor-client costs; nor is the fact that part of the cost of the litigation may have been paid for by others. The Court of Appeal meticulously considered all the proceedings in the light of these principles to arrive at its conclusion

dette de l’autre conjoint, peu importe à quelles fins cette dette a été contractée, ou, en l’absence d’un fondement contractuel quelconque, obliger un conjoint à indemniser l’autre, en tout ou en partie, d’une obligation qui lui incombe». En conséquence, les paragraphes de l’ordonnance attribuant à M. Young la responsabilité de la moitié de ces dettes doivent être radiés.

### <sup>a</sup> C. Les dépens

#### <sup>b</sup> 1. *Les dépens imposés à l’intimé*

<sup>c</sup> Le juge de première instance a ordonné à l’intimé de payer des dépens comme entre procureur et client. Elle a justifié cette décision par le [TRANSDUCTION] «peu de fondement» de la demande de garde, la tentative de l’intimé de tromper la cour, la mauvaise volonté qu’il a manifestée sur les questions de garde et de pension alimentaire et, enfin, les procédures inutiles qui en ont résulté. Le juge de première instance a également évoqué le fait qu’une tierce personne encourageait et soutenait financièrement l’instance et que des éléments répétitifs et non pertinents ont été produits en preuve.

<sup>d</sup> <sup>e</sup> Sous la plume du juge Cumming, la Cour d’appel a maintenu l’allocation des dépens comme entre procureur et client pour quatre jours du procès et quatre jours des procédures interlocutoires consacrées aux questions financières, en faisant valoir la non-divulgaration par le mari de renseignements financiers. Pour le reste, les dépens que l’intimé devait payer ont été réduits aux dépens entre parties.

<sup>f</sup> <sup>g</sup> <sup>h</sup> La Cour d’appel s’est fondée sur les principes suivants, auxquels je souscris. Les dépens comme entre procureur et client ne sont généralement accordés que s’il y a eu conduite répréhensible, scandaleuse ou outrageante d’une des parties. Le peu de fondement d’une demande ne constitue donc pas une raison d’accorder les dépens sur cette base; pas plus que le fait qu’une partie des frais soit payée par des tiers. Après avoir minutieusement examiné toutes les procédures à la lumière de ces principes, la Cour d’appel est arrivée à la con-

that only partial solicitor-client costs were justified.

Finding no error in the reasoning or conclusion of the Court of Appeal on this question, I conclude that its order for costs should remain, save to the extent different conclusions on the merits in this Court require that an adjustment be made. As I have made clear, the only respect in which I would vary the order of the Court of Appeal is that instead of ordering lump sum maintenance and a moratorium on the sale of the matrimonial home, I would restore the trial judge's order that the entire interest in the home be conferred on the wife. In my view, this difference does not warrant altering the award of costs against the respondent made below.

## 2. Costs Against the Respondent's Counsel

The trial judge ordered solicitor-client costs against counsel for the husband, Mr. How. For the reasons recited above in connection with costs against the respondent, she concluded that the proceedings had been unnecessarily lengthened. She also referred, at p. 216, to the fact that "[c]ounsel for the respondent had a forum and a cause to pursue. Unfortunately, what was in the best interests of the children, their welfare, was totally lost by the respondent and his counsel in these protracted proceedings. . . . The court was subjected to unwarranted abuse, criticism and insult." She made no finding, however, that Mr. How had been in contempt of court.

The Court of Appeal held that no order for costs should have been made against Mr. How. There is no need to repeat that entirely satisfactory analysis. The basic principle on which costs are awarded is as compensation for the successful party, not in order to punish a barrister. Any member of the legal profession might be subject to a compensatory order for costs if it is shown that repetitive and irrelevant material, and excessive motions and applications, characterized the proceedings in which they were involved, and that the lawyer acted in bad faith in encouraging this abuse and

clusion que seule une partie des dépens comme entre procureur et client était justifiée.

Comme je ne puis déceler aucune erreur dans le raisonnement ou la conclusion de la Cour d'appel sur ce point, je conclus qu'il y a lieu de maintenir son ordonnance relative aux dépens, sous réserve des ajustements que pourront nécessiter les conclusions différentes de notre Cour quant au fond du litige. Comme je l'ai précisé, je n'apporterai à l'ordonnance de la Cour d'appel qu'une seule modification: au lieu d'ordonner le versement d'une prestation sous forme de capital et un moratoire sur la vente du domicile conjugal, je rétablirai la décision du juge de première instance de conférer à l'épouse la pleine propriété de la maison. À mon avis, cette différence ne justifie pas de modifier les dépens imposés à l'intimé.

## 2. Les dépens imposés à l'avocat de l'intimé

Le juge de première instance a condamné M<sup>e</sup> How, l'avocat du mari, aux dépens comme entre procureur et client. Pour les motifs exposés précédemment en ce qui concerne les dépens imposés à l'intimé, elle a conclu qu'il y avait eu prolongation inutile des procédures. Elle a également évoqué, à la p. 216, le fait que [TRADUCTION] «[l']avocat de l'intimé disposait d'une tribune et avait une cause à promouvoir. Malheureusement, l'intimé et son avocat ont, à la faveur de ces interminables procédures, complètement perdu de vue l'intérêt des enfants et leur bien-être. [ . . . ] La cour a été, sans justification, l'objet d'abus, de critiques et d'insultes». Le juge n'a toutefois pas déclaré M<sup>e</sup> How coupable d'outrage au tribunal.

La Cour d'appel a jugé que M<sup>e</sup> How n'aurait pas dû être condamné aux dépens. Point n'est besoin de reprendre son analyse, qui est entièrement satisfaisante. Le principe fondamental en matière de dépens est l'indemnisation de la partie ayant gain de cause, et non la punition d'un avocat. Certes, tout membre de la profession juridique peut faire l'objet d'une ordonnance compensatoire pour les dépens s'il est établi que les procédures dans lesquelles il a agi ont été marquées par la production de documents répétitifs et non pertinents, de requêtes et de motions excessives, et que l'avocat a

delay. It is clear that the courts possess jurisdiction to make such an award, often under statute and, in any event, as part of their inherent jurisdiction to control abuse of process and contempt of court. But the fault that might give rise to a costs award against Mr. How does not characterize these proceedings, despite their great length and acrimonious progress. Moreover, courts must be extremely cautious in awarding costs personally against a lawyer, given the duties upon a lawyer to guard confidentiality of instructions and to bring forward with courage even unpopular causes. A lawyer should not be placed in a situation where his or her fear of an adverse order of costs may conflict with these fundamental duties of his or her calling.

The Court of Appeal found that the trial judge's criticism of Mr. How related to his conduct in bringing the action. Assuming that costs might, in certain circumstances, be imposed for contempt of court, none was found. Accordingly, no order for costs should have been made against Mr. How. I see no error in the conclusion of the Court of Appeal in this regard.

### 3. *Costs Against Burnaby Unit (Watch Tower Bible and Tract Society)*

Since the Watch Tower Bible and Tract Society (the Society) did not appear as a party, the costs awarded against it must be taken to have been premised on the fact that it supported the litigation financially. In effect, this was equivalent to an award for the tort of maintenance: see *Re Sturmer and Town of Beaverton* (1912), 25 O.L.R. 566 (Div. Ct.), at pp. 568-69. To be liable for maintenance, a person must intervene "officiously or improperly": *Goodman v. The King*, [1939] S.C.R. 446. Provision of financial assistance to a litigant by a non-party will not always constitute maintenance. Funding by a relative or out of charity must be distinguished from cases where a person wilfully and improperly stirs up litigation and

agi de mauvaise foi en encourageant ces abus et ces délais. Il est évident que les tribunaux ont compétence en la matière, souvent en vertu d'une loi et, en tout état de cause, en vertu de leur pouvoir inhérent de réprimer l'abus de procédures et l'outrage au tribunal. Cependant, en dépit de sa longueur et de son climat acrimonieux, la présente instance n'a pas été marquée par la faute qui pourrait donner lieu à l'imposition de dépens à M<sup>e</sup> How. De plus, les tribunaux doivent faire montre de la plus grande prudence en condamnant personnellement un avocat aux dépens, vu l'obligation qui lui incombe de préserver la confidentialité de son mandat et de défendre avec courage même des causes impopulaires. Un avocat ne devrait pas être placé dans une situation où la peur d'être condamné aux dépens pourrait l'empêcher de remplir les devoirs fondamentaux de sa charge.

La Cour d'appel a estimé que la critique qu'avait formulée le juge de première instance à l'endroit de M<sup>e</sup> How avait trait à sa conduite eu égard à l'engagement de l'action. Si l'on tient pour acquis qu'il est possible, en certaines circonstances, d'imposer des dépens pour outrage au tribunal, aucune conclusion n'a été tirée dans ce sens. Par conséquent, il n'y avait pas lieu de condamner M<sup>e</sup> How aux dépens. Je ne vois aucune erreur dans la conclusion de la Cour d'appel à cet égard.

### 3. *Les dépens imposés à la section de Burnaby (Watch Tower Bible and Tract Society)*

La Watch Tower Bible and Tract Society (la Société) n'ayant pas été constituée partie, il faut présumer que les dépens qui lui ont été imposés l'ont été en raison de l'appui financier qu'elle a apporté à l'instance. C'est, en fait, l'équivalent d'une indemnité accordée pour soutien délictueux: voir *Re Sturmer and Town of Beaverton* (1912), 25 O.L.R. 566 (C. div.), aux pp. 568 et 569. Pour qu'il y ait soutien délictueux, il faut qu'il y ait intervention [TRADUCTION] «officieuse ou illégitime»: *Goodman c. The King*, [1939] R.C.S. 446. L'aide financière que fournit un justiciable sans être l'une des parties ne constituera pas toujours un soutien délictueux. On doit distinguer, à cet égard, les cas du parent qui apporte des fonds ou de celui qui agit

strife: *Newswander v. Giegerich* (1907), 39 S.C.R. 354.

In this case there was no evidence that the respondent had been induced to allow the Society to use his name in order that it might avoid liability for costs while advancing its own interests, that he would not have advanced his own interests in the absence of its help, that the Society's funding was for other than charitable motives, or that it controlled or directed the proceedings. Its support was "out of charity and religious sympathy" and did not constitute maintenance. The fact that the Society had a common interest with the respondent (as followers of the same religion) did not affect this.

Cumming J.A. so found, and then qualified his position at p. 85 by stating:

I hasten to add that it does not follow that the resources of the Watch Tower Bible & Tract Society can be brought to bear in every dispute between a Jehovah's Witness parent and a non-Jehovah's Witness parent. Once an issue of constitutional law of the kind raised here is settled then, if further litigation of the point between other litigants is supported, another question might arise. It may be that the right to assist without facing an award of costs cannot itself be used by the rich and powerful, no matter how great their interest in the issue, as an instrument of the oppression of those who must fight their battles alone.

I find again that no error has been made in the Court of Appeal's reasoning or conclusion. The evidence established that the respondent paid for a considerable portion of the cost of the proceedings personally, that the dispute was instigated at least in part by the appellant, and that the Society could not be considered to have stirred up the litigation, much less to have done so wilfully or improperly.

One argument, however, was not touched on by the Court of Appeal. This is the argument that the Society was an unnamed party to the litigation and, as such, should properly bear its portion of the

dans un but charitable du cas de la personne qui, volontairement et de façon illégitime, attise les litiges et les querelles: *Newswander c. Giegerich* (1907), 39 R.C.S. 354.

En l'espèce, rien ne prouve que la Société ait incité l'intimé à lui permettre d'utiliser son nom afin d'éviter d'être condamnée aux dépens tout en faisant valoir ses propres intérêts, que l'intimé n'eût pas agi sans son aide, que la Société ait été guidée par des motifs autres que charitables, ou qu'elle ait contrôlé ou dirigé l'instance. Son appui s'inspirait de [TRADUCTION] «considérations charitables et religieuses» et ne constituait pas un soutien délictueux. Le fait que la Société et l'intimé avaient un intérêt commun (en tant qu'adeptes de la même religion) n'y change rien.

Ainsi en a jugé le juge Cumming, avant de nuancer sa position à la p. 85:

[TRADUCTION] Je m'empresse d'ajouter qu'il ne s'ensuit pas que la Watch Tower Bible & Tract Society puisse faire intervenir ses ressources dans tous les litiges entre parents dont l'un est Témoin de Jéhovah et l'autre pas. Une fois tranchée une question de droit constitutionnel comme celle soulevée en l'espèce, l'intervention sur le même point dans un débat entre d'autres parties pourrait soulever une autre question. Quelque grand que soit leur intérêt dans le litige, les riches et les puissants ne sauraient se prévaloir du droit d'apporter une aide sans risquer une condamnation aux dépens comme d'un instrument d'oppression contre ceux qui doivent monter seuls au combat.

Je ne trouve encore là aucune erreur dans l'analyse ou la conclusion de la Cour d'appel. Il ressort de la preuve que l'intimé a payé lui-même une portion considérable du coût de l'instance, que c'est à tout le moins en partie à l'instigation de l'appelante que les procédures ont été intentées et qu'on ne peut accuser la Société d'avoir attisé le litige, encore moins de l'avoir fait volontairement ou illégitimement.

Il y a toutefois un argument que la Cour d'appel n'a pas examiné, savoir que la Société étant une partie innommée au litige, elle devrait, à ce titre, assumer sa portion des dépens. Je ne nie pas qu'il

costs. I would not discount the possibility that a court might properly hold an unnamed party liable for costs. The rule is that a non-party who has put forward another person in whose name the proceedings are taken cannot escape liability for costs in putting forward another: *R. v. Sturmer and Town of Beaverton*, *supra*. However, it seems to me that the evidence here falls short of establishing that the society was a party in this sense. Even on the constitutional issue, it cannot be said that the Society put Mr. Young forward, in effect bringing its own action in his name. The constitutional issue was first raised by Mrs. Young's objection to Mr. Young's communicating his religious beliefs to the children and was validly pursued by Mr. Young in his own interest. The Society's interest in the constitutional issue is insufficient, as I see it, to distinguish it from interveners who appear on constitutional cases and who have never been liable for costs.

#### Disposition

I would affirm the order of the Court of Appeal, except in respect of the matrimonial home, which should be transferred to Mrs. Young. In the circumstances of this case, I would order that each party bear his or her own costs on this appeal.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act, 1985*, which provide that judicial decisions regarding custody and access be made "in the best interests of the child", deny the rights and freedoms guaranteed in s. 2(a), (b), and (d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If the answer to question 1 is affirmative, are ss. 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act, 1985*, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Given my answer to question 1, it is unnecessary that I answer this question.

soit possible qu'un tribunal impose des dépens contre une partie inconnue. La règle veut en effet qu'un tiers ayant agi par l'entremise d'une autre personne au nom de qui les procédures ont été intentées ne puisse esquiver sa responsabilité au chapitre des dépens: *R. c. Sturmer and Town of Beaverton*, précité. Toutefois, il me semble qu'on n'a pas fait la preuve, en l'espèce, que la Société était une partie en ce sens. Même sur la question constitutionnelle, on ne peut dire que la Société a agi par l'entremise de M. Young, intentant de fait sa propre action au nom de celui-ci. La question constitutionnelle a d'abord été soulevée du fait que Mme Young s'est opposée à ce que M. Young communique ses croyances religieuses aux enfants, et M. Young l'a valablement débattue pour son propre intérêt. L'intérêt qu'avait la Société à cet égard ne suffit pas, à mon avis, à la distinguer des intervenants qui comparaissent dans des affaires constitutionnelles et qui n'ont jamais été tenus aux dépens.

#### Dispositif

Je suis d'avis de confirmer l'ordonnance de la Cour d'appel, sauf à l'égard du domicile conjugal qui devrait être transféré à Mme Young. Vu les circonstances de l'espèce, j'ordonnerais que chaque partie paie ses dépens pour le présent pourvoi.

Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. Les paragraphes 16(8) et 17(5) de la *Loi de 1985 sur le divorce*, qui prévoient que les décisions judiciaires en matière de garde et de droit d'accès doivent «tenir compte de l'intérêt de l'enfant», portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis aux al. 2a), b) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, les par. 16(8) et 17(5) de la *Loi de 1985 sur le divorce* sont-ils justifiés, en tant que limites raisonnables, par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, donc, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Étant donné ma réponse à la première question, il n'est pas nécessaire que je réponde à cette question.

3. Do ss. 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act, 1985*, violate the guarantees to equality set out in s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

4. If the answer to question 3 is affirmative, are ss. 16(8) and 17(5) of the *Divorce Act, 1985*, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Given my answer to question 3, it is unnecessary that I answer this question.

*Appeal allowed in part, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting in the result. Sections 16(8) and 17(5) of the Divorce Act, 1985 did not violate ss. 2(a), (b), (d) or 15(1) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

*Solicitors for the appellant: MacLean, Nicol & Wong, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent James K. C. Young: W. Glen How & Associates, Halton Hills (Georgetown), Ontario.*

*Solicitors for the respondent W. Glen How: Douglas, Symes and Brissenden, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent Watch Tower Bible and Tract Society of Canada: W. Glen How & Associates, Halton Hills (Georgetown), Ontario.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Attorney General of Quebec, Ste-Foy.*

3. Les paragraphes 16(8) et 17(5) de la *Loi de 1985 sur le divorce* violent-ils les garanties d'égalité énoncées à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, les par. 16(8) et 17(5) de la *Loi de 1985 sur le divorce* sont-ils justifiés, en tant que limites raisonnables, par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, donc, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Étant donné ma réponse à la troisième question, il n'est pas nécessaire que je réponde à cette question.

*Pourvoi accueilli en partie, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente quant au résultat. Les paragraphes 16(8) et 17(5) de la Loi sur le divorce de 1985 ne portent pas atteinte aux al. 2a), b) ou d) ni au par. 15(1) de la Charte canadienne des droits et libertés.*

*Procureurs de l'appelante: MacLean, Nicol & Wong, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimé James K. C. Young: W. Glen How & Associates, Halton Hills (Georgetown), Ontario.*

*Procureurs de l'intimé W. Glen How: Douglas, Symes and Brissenden, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée Watch Tower Bible and Tract Society of Canada: W. Glen How & Associates, Halton Hills (Georgetown), Ontario.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le procureur général du Québec, Ste-Foy.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Law Society of British Columbia: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Seventh-day Adventist Church in Canada: Milner, Fenerty, Edmonton.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante la Law Society of British Columbia: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante l'Église adventiste du septième jour au Canada: Milner, Fenerty, Edmonton.*

**D.P.** *Appellant*

v.

**C.S.** *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, and the Seventh-day Adventist Church in Canada** *Interveners*

INDEXED AS: P. (D.) v. S. (C.)

File No.: 22296.

1993: January 25, 26; 1993: October 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Family law — Custody — Access rights — Restrictions — Interest of child — Conflict between parents concerning religious education of their 3½-year-old child — Court order prohibiting access parent from continually indoctrinating child in Jehovah's Witness religion and involving her in their activities — Whether child's interest is test applicable to access rights — Whether restrictions on access in best interests of child — Whether criterion of child's best interests constitutional — Civil Code of Lower Canada, art. 30.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Application — Family law dispute — Court order prohibiting access parent from continually indoctrinating child in Jehovah's Witness religion and involving her in their activities — Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to court order in family law matter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Freedom of expression — Court order*

**D.P.** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **C.S.** *Intimée*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique et l'Église adventiste du septième jour au**  
<sup>c</sup> **Canada** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: P. (D.) c. S. (C.)

<sup>d</sup> N° du greffe: 22296.

1993: 25, 26 janvier; 1993: 21 octobre.

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

<sup>e</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

*Droit de la famille — Droit de garde — Droit de visite et de sortie — Restrictions — Intérêt de l'enfant — Conflit entre les parents relativement à l'éducation religieuse de leur enfant âgée de trois ans et demi — Ordonnance du tribunal interdisant au parent qui a un droit de visite et de sortie d'endoctriner continuellement son enfant dans la religion des Témoins de Jéhovah et de la faire participer à leurs activités — Le critère de l'intérêt de l'enfant est-il le critère applicable en matière de droit de visite et de sortie? — Les restrictions au droit de visite et de sortie sont-elles dans l'intérêt de l'enfant? — Constitutionnalité du critère de l'intérêt de l'enfant — Code civil du Bas-Canada, art. 30.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Application — Litige en droit de la famille — Ordonnance du tribunal interdisant au parent qui a un droit de visite et de sortie d'endoctriner continuellement son enfant dans la religion des Témoins de Jéhovah et de la faire participer à leurs activités — La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle à l'ordonnance d'un tribunal en matière familiale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32.*

<sup>j</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Liberté d'expression — Ordonnance du*



*prohibiting access parent from continually indoctrinating child in Jehovah's Witness religion and involving her in their activities — Whether order infringing s. 2(a) or 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Vagueness — Criterion of child's best interests in family law — Whether criterion discretionary and vague within meaning of s. 1 or 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Civil Code of Lower Canada, art. 30.*

After three years of cohabitation, the parties ceased living together and agreed in writing that the respondent would have legal custody of their child and that the appellant would exercise access rights. This agreement was ratified by judgment of the Superior Court. Relations between the parties deteriorated when the appellant began practising the Jehovah's Witness religion. The respondent, a Roman Catholic, objected to the fact that, on such visits, the appellant would indoctrinate the child, who was 3½ years old at the time, and that he was not respecting the terms of the agreement. The appellant made a motion to the Superior Court to set aside the agreement and asked for the child's custody or, alternatively, greater access rights. The court dismissed the motion and allowed the respondent's contestation. The judge indicated that the applicable criterion was that of the child's best interest. He expressed the view that although the parents have complete freedom of religion, the courts may intervene when the religious practices of parents are harmful to the child's best interests. He noted that when parents follow different religious practices, religious education is, in principle, the responsibility of the parent having legal custody. The judge pointed out that, on the evidence, the main problem for the child resulted from the appellant's religious fanaticism and that such fanaticism disturbed the child. He concluded that her best interests required that such excesses should cease and made the exercise of the appellant's access rights subject to the following restrictions: the appellant may teach the child the Jehovah's Witness religion but does not have the right to indoctrinate her continually with the precepts and religious practices of Jehovah's Witnesses, and he may not take the child to Jehovah's Witness demonstrations, ceremonies or conferences or to do door-to-door preaching until the child is capable of deciding which religion she wishes to adopt. The majority of the Court of Appeal upheld this judgment.

*tribunal interdisant au parent qui a un droit de visite et de sortie d'endoctriner continuellement son enfant dans la religion des Témoins de Jéhovah et de la faire participer à leurs activités — Cette ordonnance porte-t-elle atteinte à l'art. 2a) ou 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés?*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Imprécision — Critère de l'intérêt de l'enfant en droit de la famille — Ce critère est-il discrétionnaire et imprécis au sens de l'article premier ou de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code civil du Bas-Canada, art. 30.*

Après trois ans de cohabitation, les parties cessent de faire vie commune et conviennent par écrit que l'intimée aura la garde légale de leur enfant et que l'appellant exercera des droits de visite et de sortie. Cette convention est entérinée par un jugement de la Cour supérieure. Les relations entre les parties se détériorent lorsque l'appellant commence à pratiquer la religion des Témoins de Jéhovah. L'intimée, de religion catholique, lui reproche d'endoctriner l'enfant, alors âgée de trois ans et demi, lors de ces visites et de ne pas respecter les modalités de l'entente. L'appellant présente une requête en Cour supérieure et demande l'annulation de l'entente et la garde de l'enfant ou, subsidiairement, des droits de visite et de sortie plus étendus. La cour rejette la requête et accueille la contestation de l'intimée. Le juge rappelle que le critère applicable est celui du meilleur intérêt de l'enfant. Il souligne que les parents jouissent d'une entière liberté de religion, mais que les tribunaux peuvent intervenir lorsque leurs pratiques religieuses sont nuisibles au meilleur intérêt de l'enfant. Lorsque les parents adhèrent à des pratiques religieuses différentes, le juge note qu'en principe l'enseignement religieux relève généralement du parent qui a la garde légale. Le juge constate que, selon la preuve, le problème principal, quant à l'enfant, résulte du fanatisme religieux de l'appellant et que ce fanatisme perturbe l'enfant. Il conclut que son meilleur intérêt exige que ces abus cessent et impose à l'exercice des droits de visite et de sortie de l'appellant les restrictions suivantes: l'appellant peut enseigner à l'enfant la religion des Témoins de Jéhovah mais il n'a pas le droit de l'endoctriner continuellement avec les préceptes et la pratique religieuse des Témoins de Jéhovah, et il ne peut pas amener l'enfant dans les démonstrations, cérémonies ou les congrès des Témoins de Jéhovah, ni de faire de la prédication de porte en porte, jusqu'à ce que l'enfant soit en mesure de choisir la religion qu'elle voudra suivre. La Cour d'appel à la majorité confirme ce jugement.

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

*Per La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.*: The sole criterion applicable in matters of custody and access is that of the child's best interests provided for, in this context, in art. 30 *C.C.L.C.* The child should be at the centre of the courts' concerns as it is the child's rights which are at issue, not those of the parents. The criterion of the child's best interests does not simply mean that the child must not suffer harm. Rather it means that the child is entitled to the best possible conditions in order to protect its best interests, taking into account the circumstances of the child and its parents and factors set out in art. 30 or resulting therefrom. Subject to the child's best interests, the right of custody includes generally the right to decide the child's religious education, until he or she is in a position to make his or her own choice. The non-custodial parent continues to be vested with parental authority and he or she may exercise such attributes thereof as are not opposed to the exercise of custody by the custodial parent. It is therefore possible for the non-custodial parent, so long as he respects that limit, to give his child a religious education. Any agreement between the parties respecting access rights may be varied by the court if the child's interest so requires.

The criterion of the child's best interest set out in art. 30 *C.C.L.C.* confers a broad discretion on the courts. This does not mean, however, that it is contrary to the Constitution. The existence of a broad discretion is closely connected here with achieving the legislative objective of promoting the child's best interests. This criterion, which is universally recognized in modern family law, refers to the totality of the considerations relating to a child and is capable of application to the circumstances of each case. It is therefore not vague within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Nor is this criterion vague within the meaning of s. 7 of the *Charter* since it provides a sufficient guide and an adequate basis on which to found a judicial debate.

The order made by the trial judge does not infringe the freedom of religion, expression and association and the right to equality protected by the *Charter*. The *Charter* does not apply to private disputes between parents in a family context. Nor does it cover judicial orders made to resolve such disputes since, apart from exceptional circumstances, the judiciary is not covered by s. 32 of the *Charter*. In any case, even if the *Charter* applied, the

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

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Le seul critère applicable en matière de garde et de droit de visite et de sortie est celui du meilleur intérêt de l'enfant prévu, dans le présent contexte, à l'art. 30 *C.c.B.-C.* L'enfant doit être au centre des préoccupations des tribunaux car ce sont ses droits qui sont en jeu, et non pas ceux des parents. Le critère du meilleur intérêt de l'enfant n'implique pas simplement que l'enfant ne doit pas subir de préjudice caractérisé. Ce critère signifie plutôt que l'enfant a droit aux meilleures conditions possibles en vue de son meilleur intérêt, compte tenu des circonstances dans lesquelles cet enfant et ses parents se trouvent, et des facteurs énumérés à l'art. 30 ou qui en découlent. Sous réserve du meilleur intérêt de l'enfant, le droit de garde comprend généralement le droit de décider de l'éducation religieuse de l'enfant, jusqu'à ce que celui-ci soit en mesure de choisir lui-même. Le parent qui n'a pas la garde de l'enfant demeure investi de l'autorité parentale et il peut en exercer les attributs qui ne s'opposent pas à l'exercice de la garde par le parent gardien. Il est donc possible pour le parent non gardien, en autant qu'il respecte cette limite, de donner à son enfant une éducation de caractère religieux. Toute entente entre les parents relative au droit de visite et de sortie peut être modifiée par le tribunal si l'intérêt de l'enfant l'exige.

Le critère du meilleur intérêt de l'enfant prévu à l'art. 30 *C.c.B.-C.* confère une discrétion étendue aux tribunaux. Il n'est cependant pas, de ce fait, contraire à la Constitution. La présence d'une large discrétion est ici intimement liée à l'accomplissement de l'objectif législatif de promouvoir le meilleur intérêt de l'enfant. Ce critère, qui est universellement reconnu dans le droit de la famille moderne, se rapporte à l'ensemble des considérations relatives à l'enfant et il est susceptible d'application aux circonstances de chaque cas. Il n'est donc pas imprécis au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ce critère n'est pas non plus imprécis au sens de l'art. 7 de la *Charte* puisqu'il constitue un guide suffisant et un fondement adéquat pour asseoir un débat judiciaire.

L'ordonnance du premier juge ne viole pas les libertés de religion, d'expression et d'association et le droit à l'égalité protégés par la *Charte*. La *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés entre parents dans un contexte familial. Elle ne s'applique pas non plus aux ordonnances judiciaires rendues afin de résoudre ces litiges puisque, sauf dans des circonstances exceptionnelles, le pouvoir judiciaire n'est pas visé par l'art. 32 de

order made by the trial judge does not infringe the provisions of the *Charte* invoked by the appellant, in particular the freedoms of religion and of expression. These freedoms, like any freedom, are not absolute and a court may impose limits on them when the best interests of the child so require.

There is no reason to interfere in this case. The trial judge made no error of principle or error in assessing the evidence and his order should be affirmed.

*Per Cory and Iacobucci JJ.:* The fundamental issue to be determined in cases involving custody or access is what the disposition of the case would be in the best interests of the child. Neither differences of opinion of parents regarding religious questions nor the frank discussion of their differing religious perceptions with the children will be automatically harmful. In fact it may often be beneficial. Here, the trial judge interpreted the evidence as demonstrating that the child was disturbed by the father's repeated references to his religious beliefs and imposed limitations on the father's access. The trial judge is in the best position to make the necessary findings on the issues of credibility and to assess evidence pertaining to the best interests of the child. He was aware of and applied the test of the best interests of the child and to that end imposed the two conditions upon visitation. These conditions are not so unreasonable as to require amendment.

*Per McLachlin J. (dissenting):* Articles 653 and 654 C.C.Q. and art. 30 C.C.L.C. affirm the "best interests of the child" standard. The same standard is found in ss. 16(8), 16(10) and 17(5) of the *Divorce Act*. These sections, and the standard, were considered in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, and the analysis of the constitutionality of the standard under that Act applies equally to the Civil Code articles impugned in this appeal. The standard and these articles are constitutional and infringe no *Charter* rights.

The risk of harm to the child is an important factor in determining the best interests of the child where the issue is whether a parent can share his religious beliefs with his child. The trial judge erred, however, in inferring harm from the mere presence of conflict between the parents on religious questions, and concluding from this that restrictions were required in the best interests of the child. There was nothing in the evidence to suggest that the conflict between her parents' religious beliefs

la *Charte*. De toute manière, même si la *Charte* s'appliquait, l'ordonnance rendue par le premier juge ne viole pas les dispositions de la *Charte* invoquées par l'appellant, en particulier les libertés de religion et d'expression. Ces libertés, comme toute liberté, ne sont pas absolues et un tribunal peut leur imposer des limites lorsque le meilleur intérêt de l'enfant l'exige.

En l'espèce, il n'y a pas lieu d'intervenir. Le premier juge n'a pas commis d'erreur de principe ni d'erreur dans l'appréciation de la preuve et son ordonnance doit être confirmée.

*Les juges Cory et Iacobucci:* La question fondamentale dans les affaires de garde ou de droit de visite et de sortie est de savoir quelle solution sera dans l'intérêt de l'enfant. Ni les divergences d'opinions des parents sur les questions religieuses ni la franche discussion avec les enfants de leurs perceptions religieuses différentes ne seront automatiquement préjudiciables. En fait, elles peuvent souvent être avantageuses. En l'espèce, selon le juge de première instance, la preuve démontrait que l'enfant était perturbée par les références répétées de son père à ses croyances religieuses, et il a imposé des restrictions au droit de visite et de sortie du père. Le juge de première instance est le mieux placé pour rendre les décisions qui s'imposent sur les questions de crédibilité et pour évaluer la preuve relative à l'intérêt de l'enfant. Il était au courant du critère de l'intérêt de l'enfant, l'a appliqué et, à cette fin, a imposé les deux conditions aux visites. Ces conditions ne sont pas déraisonnables au point de nécessiter des modifications.

*Le juge McLachlin (dissidente):* Les articles 653 et 654 C.c.Q. et l'art. 30 C.c.B.-C. reconnaissent le critère de «l'intérêt de l'enfant». On trouve le même critère dans les par. 16(8), 16(10) et 17(5) de la *Loi sur le divorce*. Ces paragraphes, et le critère, sont examinés dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, et l'analyse de la constitutionnalité du critère visé dans cette loi s'applique également aux articles des Codes civils qui sont contestés en l'espèce. Le critère et ces articles sont constitutionnels et ne portent atteinte à aucun droit inscrit dans la *Charte*.

Le risque de préjudice à l'enfant est un facteur important pour déterminer l'intérêt de l'enfant lorsqu'il s'agit de savoir si un parent peut partager ses croyances religieuses avec son enfant. Le juge de première instance a commis une erreur, toutefois, lorsqu'il a déduit qu'il y avait préjudice de la simple existence d'un conflit entre les parents sur des questions religieuses et qu'il en a conclu qu'il y avait lieu d'imposer des restrictions dans l'intérêt de l'enfant. La preuve ne révèle nullement que

was creating any problems for the child or that the child would be adversely affected as a result of the father's activities or teaching. In the absence of evidence capable of outweighing the benefit of full and free access, the trial judge should not have interfered with the access parent's activities.

*Per Sopinka J. (dissenting):* Subject to the comments in *Young*, the reasons of McLachlin J. were agreed with.

### Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

**Applied:** *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530; **distinguished:** *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; **referred to:** *Adams v. McLeod*, [1978] 2 S.C.R. 621; *Bockler v. Bockler*, [1974] C.A. 41; *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87; *Droit de la famille — 274*, [1986] R.J.Q. 945; *C. (G.) v. V.-F. (T.)*, [1987] 2 S.C.R. 244; *Commission scolaire Pierre-Neveu v. Poulin*, J.E. 93-234; *Descôteaux v. Descôteaux*, [1972] C.A. 279; *Bleau v. Petit* (1902), 6 Que. P.R. 353; *Moquin v. Turgeon* (1912), 42 C.S. 232; *Nault v. Nault* (1911), 13 Que. P.R. 221; *Woollven v. Aird* (1912), 14 Que. P.R. 165; *Smith v. Copping* (1922), 34 Que. K.B. 412; *Bigman v. Belzberg*, [1952] Que. Q.B. 391; *Taillon v. Donaldson*, [1953] 2 S.C.R. 257; *Benisty v. Delouya*, [1969] Que. Q.B. 720; *Blanchette v. Collin*, [1972] C.A. 352; *Perreault v. Demers*, [1974] C.S. 530; *Legault v. Figueroa*, [1978] C.A. 82, leave to appeal refused, [1978] 1 S.C.R. ix; *Favreau v. Éthier*, [1976] C.S. 48; *Droit de la famille — 52*, [1983] C.A. 388; *Droit de la famille — 110*, [1984] C.S. 99; *Droit de la famille — 411*, [1987] R.J.Q. 2584; *Droit de la famille — 425*, [1988] R.J.Q. 159; *Droit de la famille — 1717*, [1993] R.J.Q. 166; *Dugal v. Lefebvre*, [1934] S.C.R. 501; *Keller v. Kredl*, [1956] Que. Q.B. 810; *Wilson v. Thompson*, [1959] Que. Q.B. 522; *M. v. D.*, [1966] C.S. 224; *Boily v. Vallée*, [1966] Que. Q.B. 1001; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Nova Scotia Pharmaceu-*

le conflit entre les parents au sujet de leurs croyances religieuses créait des problèmes à l'enfant ou que les activités ou les enseignements du père pouvaient être néfastes pour l'enfant. En l'absence de preuve pouvant compenser l'avantage d'un droit de visite et de sortie libre et entier, le juge du procès n'aurait pas dû se mêler des activités du parent ayant un droit de visite et de sortie.

*Le juge Sopinka (dissident):* Sous réserve des commentaires dans l'arrêt *Young*, les motifs du juge McLachlin sont acceptés.

### Jurisprudence

c Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts appliqués:** *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530; **distinction d'avec l'arrêt:** *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; **arrêts mentionnés:** *Adams c. McLeod*, [1978] 2 R.C.S. 621; *Bockler c. Bockler*, [1974] C.A. 41; *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87; *Droit de la famille — 274*, [1986] R.J.Q. 945; *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244; *Commission scolaire Pierre-Neveu c. Poulin*, J.E. 93-234; *Descôteaux c. Descôteaux*, [1972] C.A. 279; *Bleau c. Petit* (1902), 6 R.P. 353; *Moquin c. Turgeon* (1912), 42 C.S. 232; *Nault c. Nault* (1911), 13 R.P. 221; *Woollven c. Aird* (1912), 14 R.P. 165; *Smith c. Copping* (1922), 34 B.R. 412; *Bigman c. Belzberg*, [1952] B.R. 391; *Taillon c. Donaldson*, [1953] 2 R.C.S. 257; *Benisty c. Delouya*, [1969] B.R. 720; *Blanchette c. Collin*, [1972] C.A. 352; *Perreault c. Demers*, [1974] C.S. 530; *Legault c. Figueroa*, [1978] C.A. 82, autorisation de pourvoi refusée, [1978] 1 R.C.S. ix; *Favreau c. Éthier*, [1976] C.S. 48; *Droit de la famille — 52*, [1983] C.A. 388; *Droit de la famille — 110*, [1984] C.S. 99; *Droit de la famille — 411*, [1987] R.J.Q. 2584; *Droit de la famille — 425*, [1988] R.J.Q. 159; *Droit de la famille — 1717*, [1993] R.J.Q. 166; *Dugal c. Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501; *Keller c. Kredl*, [1956] B.R. 810; *Wilson c. Thompson*, [1959] B.R. 522; *M. c. D.*, [1966] C.S. 224; *Boily c. Vallée*, [1966] B.R. 1001; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Nova Scotia*

*tical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711; *Valade v. Corbeil* (1889), 33 L.C.J. 207; *Bronfman v. Moore*, [1965] Que. Q.B. 181, aff'd [1964] S.C.R. v; *Harris v. Webster*, [1975] C.A. 702; *Droit de la famille — 157*, [1984] C.A. 497; *Droit de la famille — 368*, C.A.P. 87C-147; *Droit de la famille — 1472*, J.E. 91-1639; *Droit de la famille — 353*, [1987] R.J.Q. 545; *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *M. (M.E.) v. L. (P.)*, [1992] 1 S.C.R. 183; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78; *Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491; *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371; *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288.

*Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711; *Valade c. Corbeil* (1889), 33 L.C.J. 207; *Bronfman c. Moore*, [1965] B.R. 181, conf. par [1964] R.C.S. v; *Harris c. Webster*, [1975] C.A. 702; *Droit de la famille — 157*, [1984] C.A. 497; *Droit de la famille — 368*, C.A.P. 87C-147; *Droit de la famille — 1472*, J.E. 91-1639; *Droit de la famille — 353*, [1987] R.J.Q. 545; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78; *Joseph Brant Memorial Hospital c. Koziol*, [1978] 1 R.C.S. 491; *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371; *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288.

By Cory and Iacobucci JJ.

*d* Citée par les juges Cory et Iacobucci

**Applied:** *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3.

**Arrêt appliqué:** *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

By McLachlin J. (dissenting)

*e* Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3.

*Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

By Sopinka J. (dissenting)

*f* Citée par le juge Sopinka (dissident)

*Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3.

*Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3.

### Statutes and Regulations Cited

### *g* Lois et règlements cités

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 2(a), (b), (d), 7, 15(1), 32.

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 2a), b), d), 7, 15(1), 32.

*Civil Code of Lower Canada*, arts. 30 [ad. 1980, c. 39, s. 3], 165 [rep. *idem*, s. 14], 200 [repl. 1969, c. 74, s. 9; am. 1969, c. 77, s. 6; rep. 1980, c. 39, s. 14], 212 [repl. 1969, c. 74, s. 14; rep. 1980, c. 39, s. 14], 214 [rep. 1969, c. 74, s. 14], 215 [rep. 1980, c. 39, s. 14], 243 [repl. 1977, c. 72, s. 5; rep. 1980, c. 39, s. 14], 244 [repl. 1977, c. 72, s. 5; rep. 1980, c. 39, s. 14].

*Code civil du Bas-Canada*, art. 30 [aj. 1980, ch. 39, art. 3], 165 [abr. *idem*, art. 14], 200 [rempl. 1969, ch. 74, art. 9; mod. 1969, ch. 77, art. 6; abr. 1980, ch. 39, art. 14], 212 [rempl. 1969, ch. 74, art. 14; abr. 1980, ch. 39, art. 14], 214 [abr. 1969, ch. 74, art. 14], 215 [abr. 1980, ch. 39, art. 14], 243 [rempl. 1977, ch. 72, art. 5; abr. 1980, ch. 39, art. 14], 244 [rempl. 1977, ch. 72, art. 5; abr. 1980, ch. 39, art. 14].

*Civil Code of Quebec* [en. S.Q. 1980, c. 39, s. 1], arts. 443, 568, 569, 570, 647, 648, 653, 654.

*Code civil du Québec* [ad. L.Q. 1980, ch. 39, art. 1], art. 443, 568, 569, 570, 647, 648, 653, 654.

*Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, Art. 3(1).

*Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 3(1).

*Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 16(8), (10), 17(5).

*Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 16(8), (10), 17(5).

## Authors Cited

- Blondin, Marie-Josée, et autres. «Évolution jurisprudentielle (1950-1983) du critère de la conduite des conjoints dans l'attribution de la garde des enfants» (1986), 46 *R. du B.* 105.
- Boisclair, Claude. *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence?* Sherbrooke: Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 1978.
- Cornu, Gérard. *Droit civil: la famille*, 3<sup>e</sup> éd. Paris: Montchrestien, 1993.
- D.-Castelli, Mireille. *Précis du droit de la famille*, 2<sup>e</sup> éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1990.
- Deleury, Édith, Michèle Rivet et Jean-Marc Neault. «De la puissance paternelle à l'autorité parentale: Une institution en voie de trouver sa vraie finalité» (1974), 15 *C. de D.* 779.
- Groffier-Atala, Ethel. «De la puissance paternelle à l'autorité parentale» (1977), 8 *R.G.D.* 223.
- L'Heureux-Dubé, Claire. «La garde conjointe, concept acceptable ou non?» (1979), 39 *R. du B.* 835.
- Langelier, F. *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 1. Montréal: Wilson & Lafleur, 1905.
- Lesage, Robert. «Garde ou autorité parentale; l'emprise de la sémantique» (1988), 91 *R. du N.* 46.
- Marty, Gabriel, et Pierre Raynaud. *Droit civil: les personnes*, 3<sup>e</sup> éd. Paris: Sirey, 1976.
- Mayrand, Albert. «Conventions de séparation entre époux» (1970), 73 *R. du N.* 411.
- Mayrand, Albert. «Conventions entre époux en prévision de leur divorce et conventions entre divorcés» (1960), 20 *R. du B.* 1.
- Mayrand, Albert. «L'évolution de la notion de puissance paternelle en droit civil québécois». Dans *Mélanges offerts à René Savatier*. Paris: Dalloz, 1965, 621.
- Mayrand, Albert. «L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l'enfant» (1982), 85 *R. du N.* 28.
- Mayrand, Albert. «La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel». Dans *Droit et enfant*. Cowansville: Yvon Blais, 1990, 19.
- Mayrand, Albert. «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale» (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 193.
- Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 2. Montréal: Librairie de droit et de jurisprudence, 1896.
- Ouellette, Monique. *Droit de la famille*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 1991.
- Pineau, Jean. *La famille*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1982.
- Pineau, Jean, et Monique Ouellette. «La protection de l'enfant dans le droit de la famille» (1978), 9 *R.D.U.S.* 76.

## Doctrines citées

- Blondin, Marie-Josée, et autres. «Évolution jurisprudentielle (1950-1983) du critère de la conduite des conjoints dans l'attribution de la garde des enfants» (1986), 46 *R. du B.* 105.
- Boisclair, Claude. *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence?* Sherbrooke: Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 1978.
- Cornu, Gérard. *Droit civil: la famille*, 3<sup>e</sup> éd. Paris: Montchrestien, 1993.
- D.-Castelli, Mireille. *Précis du droit de la famille*, 2<sup>e</sup> éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1990.
- Deleury, Édith, Michèle Rivet et Jean-Marc Neault. «De la puissance paternelle à l'autorité parentale: Une institution en voie de trouver sa vraie finalité» (1974), 15 *C. de D.* 779.
- Groffier-Atala, Ethel. «De la puissance paternelle à l'autorité parentale» (1977), 8 *R.G.D.* 223.
- L'Heureux-Dubé, Claire. «La garde conjointe, concept acceptable ou non?» (1979), 39 *R. du B.* 835.
- Langelier, F. *Cours de droit civil de la province de Québec*, t. 1. Montréal: Wilson & Lafleur, 1905.
- Lesage, Robert. «Garde ou autorité parentale; l'emprise de la sémantique» (1988), 91 *R. du N.* 46.
- Marty, Gabriel, et Pierre Raynaud. *Droit civil: les personnes*, 3<sup>e</sup> éd. Paris: Sirey, 1976.
- Mayrand, Albert. «Conventions de séparation entre époux» (1970), 73 *R. du N.* 411.
- Mayrand, Albert. «Conventions entre époux en prévision de leur divorce et conventions entre divorcés» (1960), 20 *R. du B.* 1.
- Mayrand, Albert. «L'évolution de la notion de puissance paternelle en droit civil québécois». Dans *Mélanges offerts à René Savatier*. Paris: Dalloz, 1965, 621.
- Mayrand, Albert. «L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l'enfant» (1982), 85 *R. du N.* 28.
- Mayrand, Albert. «La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel». Dans *Droit et enfant*. Cowansville: Yvon Blais, 1990, 19.
- Mayrand, Albert. «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale» (1988), 67 *R. du B. can.* 193.
- Mignault, Pierre Basile. *Le droit civil canadien*, t. 2. Montréal: Librairie de droit et de jurisprudence, 1896.
- Ouellette, Monique. *Droit de la famille*, 2<sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 1991.
- Pineau, Jean. *La famille*. Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1982.
- Pineau, Jean, et Monique Ouellette. «La protection de l'enfant dans le droit de la famille» (1978), 9 *R.D.U.S.* 76.

*Traité de droit civil du Québec*, t. 1 et 2 par Gérard Trudel. Montréal: Wilson & Lafleur, 1942.

*Traité de droit civil du Québec*, t. 1 et 2 par Gérard Trudel. Montréal: Wilson & Lafleur, 1942.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1991] R.J.Q. 306 (*sub nom. Droit de la famille — 1150*), affirming a judgment of the Superior Court, [1988] R.D.F. 40. Appeal dismissed, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1991] R.J.Q. 306 (*sub nom. Droit de la famille — 1150*), qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1988] R.D.F. 40. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents.

*W. Glen How, Q.C.*, and *Daniel G. Pole*, for the appellant.

*W. Glen How, c.r.*, et *Daniel G. Pole*, pour l'appelant.

*Isabelle Michaud*, for the respondent.

*Isabelle Michaud*, pour l'intimée.

*Michel Y. Hélie*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Michel Y. Hélie*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Monique Rousseau and Isabelle Harnois*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Monique Rousseau et Isabelle Harnois*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Shawn Greenberg*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

*Shawn Greenberg*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Written submissions only for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Argumentation écrite seulement de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

*Gerald D. Chipeur and Karnik Doukmetzian*, for the intervener the Seventh-day Adventist Church in Canada.

*Gerald D. Chipeur et Karnik Doukmetzian*, pour l'intervenant l'Église adventiste du septième jour au Canada.

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

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

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal raises questions similar to those at issue in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, heard at the same time and in which judgment is rendered concurrently. It will therefore be referred to herein as if set out at length. More precisely, the issue in the present appeal concerns the test applicable to the right to access to a minor child by a non-custodial parent. Article 30 of the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C.") is at the heart of this case:

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi soulève des questions similaires à celles qui font l'objet de l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, entendu en même temps et dans lequel jugement est aussi rendu ce jour. Il y sera donc référé comme si ici au long récit. Plus précisément, il s'agit, dans le présent pourvoi, de déterminer le critère applicable en matière de droit de visite et de sortie de son enfant mineur par un parent privé de la garde. L'article 30 du *Code civil du Bas-Canada* («C.c.B.-C.») est au cœur du débat:

30. In every decision concerning a child, the child's interest and the respect of his rights must be the determining factors.

30. L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet.

Consideration may be given in particular to the child's age, sex, religion, language, character and family surroundings, and the other circumstances in which he lives.

### I — Facts

The parties lived together between 1981 and 1984, and their daughter, C., was born on July 12, 1984. They ceased living together in August 1984, and, on October 16, 1984, they agreed that the respondent would have legal custody of the child, then a few months old, and that the appellant would exercise his right to access on 24 hours' notice, as set out in the following written agreement:

[TRANSLATION]

#### Agreement

The parties agree as follows regarding custody and access rights:

- (1) the applicant [the respondent] will have legal custody of the child [C.];
- (2) access rights will be exercised as follows:
  - (a) one evening per week, from 5 p.m. to 11 p.m., Tuesday or Wednesday evening, with 24 hours' notice;
  - (b) one day per weekend, from 9 a.m. to 11 p.m., Saturday or Sunday, with 24 hours' notice;
- (3) without costs.

Signed at Hull on October 16, 1984

This agreement was ratified by judgment of the Superior Court, district of Hull, dated October 16, 1984.

Relations between the parties seem to have subsequently deteriorated, mainly because of problems involving the exercise by the appellant of his right to visit C. In particular, the respondent objected to the fact that, on access visits, the appellant would indoctrinate their daughter, who was 3½ years old at the time, with fanatical zeal in his religious faith and impose his religion and religious practices on her, which, the respondent maintained, was against the child's best interests.

On peut prendre en considération, notamment, l'âge, le sexe, la religion, la langue, le caractère de l'enfant, son milieu familial et les autres circonstances dans lesquelles il se trouve.

### I — Les faits

Les parties ont fait vie commune entre 1981 et 1984, et de cette union est née une fille, C., le 12 juillet 1984. Elles ont cessé de faire vie commune en août 1984 et, en date du 16 octobre 1984, ont convenu par écrit que l'intimée aurait la garde légale de l'enfant, alors âgée de quelques mois, et que l'appelant exercerait des droits de visite et de sortie sur préavis de 24 heures, comme le précise l'entente ci-dessous:

#### Entente

Les Parties s'entendent comme suit sur la garde et les droits de visite:

- 1) La requérante [l'intimée] aura la garde légale de l'enfant [C.];
- 2) Les droits de visite s'exerceront comme suit:
  - a) un soir par semaine, de 17 heures à 23 heures, soit le mardi ou le mercredi soir, avec préavis de 24 heures;
  - b) une journée par fin de semaine, de 9 heures à 23 heures, soit le samedi, ou le dimanche, avec préavis de 24 heures;
- 3) Sans frais.

Signé à Hull, le 16 Oct. 1984

Cette convention fut entérinée par jugement de la Cour supérieure, district de Hull, le 16 octobre 1984.

Par la suite, les relations entre les parties semblent s'être détériorées, principalement à cause de problèmes reliés à l'exercice par l'appelant de ses droits de visite de C. En particulier, l'intimée s'est objectée à ce que l'appelant, lors de ces visites, endoctrine leur fille, alors âgée de trois ans et demi, de façon excessive dans sa foi religieuse et lui impose sa religion et ses pratiques religieuses, ce qui, selon l'intimée, allait à l'encontre du meilleur intérêt de l'enfant.



On November 19, 1987, the appellant made a motion to the Superior Court, district of Hull, to set aside the agreement of October 16, 1984. He asked for the child's custody or, alternatively, to be given greater access rights, concluding as follows:

[TRANSLATION]

VACATE the agreement of October 16, 1984;

AWARD the applicant [the appellant] custody of the child;

DETERMINE the respondent's access rights;

ORDER the respondent to pay to the applicant [the appellant] maintenance in the amount of \$150 per month, in advance, at his residence, on the first of each month;

OR ALTERNATIVELY:

THE FOLLOWING ACCESS RIGHTS:

Twice a week, on Wednesday from 7 a.m. to 7 p.m. and on Saturday from 9 a.m. to 8 p.m.;

One month in the summer, with one week's notice;

One day at New Year's or Christmas, at the option of the applicant [the appellant], with one week's notice;

Easter Sunday, with one week's notice;

ORDER the respondent to provide the applicant [the appellant] with the child's proper clothing to take her out;

ORDER the respondent not to take the child out of the province of Quebec without the consent of the applicant [the appellant];

On December 4, 1987, the respondent contested the appellant's application and, in her pleading entitled [TRANSLATION] "Objection to the motion for child custody", sought changes to the parties' agreement, as appears from the conclusion of her contestation:

[TRANSLATION]

VARY the judgment dated October 16, 1984, to provide for the following access rights:

- (a) one day per week, on Saturday or Sunday, from 1 p.m. to 5 p.m., with forty-eight (48) hours' notice;

Le 19 novembre 1987, l'appelant présentait une requête à la Cour supérieure, district de Hull, en annulation de l'entente du 16 octobre 1984. Il concluait à ce que l'enfant lui soit confiée ou, subsidiairement, à ce que des droits de visite et de sortie plus étendus lui soient accordés, en ces termes:

DÉCLARER nulle la convention du 16 octobre 1984;

CONFIER au requérant [l'appelant] la garde de l'enfant;

DÉTERMINER les droits de visite de l'intimée;

ORDONNER à l'intimée de payer une pension alimentaire de 150.00 \$ par mois payable à l'avance au requérant [l'appelant] à son domicile le 1er de chaque mois;

OU ALTERNATIVEMENT:

DES DROITS DE VISITE ET DE SORTIE SUIVANTS:

Deux fois par semaine, soit le mercredi de 7 h 00 à 19 h 00 et le samedi de 9 h 00 à 20 h 00;

Un mois l'été avec préavis d'une semaine;

Une journée au nouvel an ou à Noël, au choix du requérant [l'appelant] avec préavis d'une semaine;

Le dimanche de la fête de Pâques avec préavis d'une semaine;

ORDONNER à l'intimée de remettre au requérant [l'appelant] les vêtements nécessaires pour sortir convenablement l'enfant;

ORDONNER à l'intimée de ne pas sortir l'enfant hors de la province de Québec sans le consentement du requérant [l'appelant];

Le 4 décembre 1987, l'intimée contestait la requête de l'appelant et, dans sa procédure intitulée «Contestation de la requête pour garde d'enfant», recherchait des modifications à la convention des parties, tel qu'il appert des conclusions de sa requête:

MODIFIER le jugement en date du 16 octobre 1984, afin que les droits de visite soient les suivants:

- a) Un (1) jour par semaine, soit le samedi ou dimanche, de 13 h 00 à 17 h 00 avec préavis de quarante huit (48) heures;

(b) should the applicant's [the appellant's] visiting day be Christmas Day, New Year's Day, Easter, the child's birthday or Halloween, the applicant shall exercise his visiting rights on either the Saturday or the Sunday which will not be the aforementioned day;

ORDER the applicant [the appellant] not to indoctrinate the child [C.] in the Jehovah's Witness religion and ORDER him not to involve the child in the religious activities of Jehovah's Witnesses;

On January 25, 1988, the Superior Court dismissed with costs the appellant's motion and allowed the respondent's contestation. That judgment was affirmed on appeal by judgment dated November 27, 1990. It is this judgment which is the subject of the present appeal.

## II — Judgments

*Superior Court*, [1988] R.D.F. 40 (Frenette J.)

Considering the appellant's motion for custody of the child, which he immediately disposed of, the trial judge found nothing in the evidence to justify modifying custody in favour of the appellant. According to that evidence, the respondent had always taken good care of the child, was responsible and provided adequately for her needs and development.

The judge, then, considered the advisability of modifying the access rights previously agreed to between the parties. After indicating that the applicable criterion should be that of the child's best interests, the judge expressed the view that, although the parents have complete freedom of religion, the courts may intervene when the religious practices of parents are harmful to the child's best interests. The judge noted that when parents follow different religious practices, religious education is, in principle, the responsibility of the parent having legal custody or parental authority, but that this is not an absolute rule, as he observed at p. 42:

b) Si le jour de visite du requérant [l'appelant] est le jour de Noël, de l'An, de Pâques, de la fête de l'enfant, ou de l'Halloween, le requérant aura son droit de visite soit le samedi ou le dimanche qui ne sera pas le jour ci-haut mentionné;

ORDONNER au requérant [l'appelant] de ne pas endoctriner l'enfant [C.] selon la religion des Témoins de Jéhovah et lui ORDONNER de ne pas faire participer l'enfant aux activités religieuses des Témoins de Jéhovah;

Le 25 janvier 1988, la Cour supérieure rejetait avec dépens la requête de l'appelant et accueillait la contestation de l'intimée. Cette décision fut confirmée en appel par jugement en date du 27 novembre 1990. C'est ce dernier jugement qui fait l'objet du présent pourvoi.

## II — Les jugements

*Cour supérieure*, [1988] R.D.F. 40 (le juge Frenette)

Saisi de la requête de l'appelant pour garde de l'enfant, dont il dispose d'abord, le juge de première instance ne trouve rien dans la preuve de nature à justifier un changement de garde en faveur de l'appelant. Selon cette preuve, l'intimée a toujours pris bon soin de l'enfant, est responsable et pourvoit de façon satisfaisante à ses besoins et à son développement.

Le juge examine ensuite l'opportunité de modifier ou non le droit de visite et de sortie convenu entre les parties. En premier lieu, après avoir identifié le critère applicable comme étant celui du meilleur intérêt de l'enfant, le juge est d'opinion que, bien que les parents jouissent d'une entière liberté de religion, les tribunaux peuvent intervenir lorsque les pratiques religieuses de ceux-ci sont nuisibles au meilleur intérêt de l'enfant. Lorsque les parents adhèrent à des pratiques religieuses différentes, le juge note qu'en principe l'enseignement religieux relève du parent qui exerce la garde légale ou l'autorité parentale, mais qu'il ne s'agit pas d'un principe absolu, comme il en fait la remarque à la p. 42:

[TRANSLATION] Without favouring one religion over another, a court may, in the child's best interests, place certain restrictions on the exercise and terms of access to the child, especially when the child is very young.

Sans privilégier une religion par rapport à l'autre, un tribunal peut, dans le meilleur intérêt de l'enfant, assortir l'exercice et les modalités de droits d'accès d'enfant à certaines restrictions, surtout lorsque l'enfant est en très bas âge.

Applying these principles to the facts, Frenette J. noted that, on the evidence, the [TRANSLATION] "main problem for the child results from the applicant's religious fanaticism" (p. 41) and that such religious fanaticism was disturbing to such a young girl. He concluded that her best interests required that such excesses should cease. Accordingly, he made the exercise of the appellant's right to access subject to the following conditions (at p. 43):

Appliquant ces principes aux faits, le juge Frenette constate que, selon la preuve, le «problème principal, quant à l'enfant, résulte du fanatisme religieux du requérant» (p. 41) et que ce fanatisme religieux perturbe cette fillette aussi jeune. Il conclut que son meilleur intérêt exige que cessent ces excès. Il assujettit, par conséquent, l'exercice des droits de visite et de sortie de l'appelant aux conditions suivantes (à la p. 43):

[TRANSLATION] (1) The applicant [the appellant] may teach the child the Jehovah's Witness religion but does not have the right to indoctrinate her continually with the precepts and religious practices of Jehovah's Witnesses;

1) Le requérant [l'appelant] peut enseigner à l'enfant la religion des Témoins de Jéhovah mais il n'a pas le droit de l'endoctriner continuellement avec les préceptes et la pratique religieuse des Témoins de Jéhovah;

(2) He is ordered not to take the child to Jehovah's Witness demonstrations, ceremonies or conferences or to do door-to-door preaching until the Court determines that the child is capable of deciding which religion she wishes to adopt;

2) Il lui est ordonné de ne pas amener l'enfant dans les démonstrations, cérémonies ou des congrès des Témoins de Jéhovah, ou de faire de la prédication de porte en porte, jusqu'à ce que la Cour détermine que l'enfant soit en état de choisir la religion qu'elle voudra suivre;

*Court of Appeal*, [1991] R.J.Q. 306 (Vallerand and Tourigny J.J.A., Proulx J.A. dissenting in part)

*Cour d'appel*, [1991] R.J.Q. 306 (les juges Vallerand, Tourigny et Proulx (dissentent en partie))

A majority of the Court of Appeal, *per* Vallerand J.A., refused to intervene. Vallerand J.A. rejected the proposition put forward by the appellant that, though the child's interests should be the primary concern, the child must suffer "real harm" for the appellant's right to access to be restricted. Citing *Adams v. McLeod*, [1978] 2 S.C.R. 621, the judge noted that the essential question was that of the child's best interests. Although, in his opinion, the trial judge's reasoning may have lacked rigour, Vallerand J.A. concluded that [TRANSLATION] "the evidence easily supports the conclusion" (p. 308).

Sous la plume du juge Vallerand, la majorité de la Cour d'appel refuse d'intervenir. Le juge Vallerand rejette la proposition mise de l'avant par l'appelant à l'effet que, même si l'intérêt de l'enfant doit être la préoccupation première, l'enfant doit subir un «préjudice caractérisé» pour que les droits de visite et de sortie de l'appelant soient restreints. Citant l'arrêt *Adams c. McLeod*, [1978] 2 R.C.S. 621, le juge pose la question essentielle comme étant celle du meilleur intérêt de l'enfant. Même s'il est d'avis que le cheminement du premier juge manque quelquefois de rigueur, le juge Vallerand conclut que «les preuves soutiennent facilement les conclusions» (p. 308).

Observing, however, that the order made by the trial judge not to continually indoctrinate the child was of a general character, Vallerand J.A. empha-

Constatant, cependant, que l'ordonnance rendue par le premier juge de ne pas endoctriner continuellement l'enfant est générale, le juge Vallerand

sized the rule that every order must be worded so that [TRANSLATION] “the person to whom it is applicable will know clearly what he or she has to do” (p. 309). As the primary purpose of this rule of “necessary precision” is to prevent a conviction for contempt of court in the event of disobedience, the judge saw no need to intervene, since, in his opinion, family law does not lend itself to contempt procedures, and is better enforced by strict limitations on rights to access. The appeal was accordingly dismissed and Frenette J.’s order upheld.

Proulx J.A., dissenting in part, noted at the outset that the real question the trial judge had to address was the child’s interests, and not the appellant’s freedom of religion. While pointing out that the trial judge had not mentioned the respondent’s equally uncompromising attitude toward the appellant’s religious beliefs, Proulx J.A. concurred in Vallerand J.A.’s opinion regarding the first part of the disputed order. However, he would have completely expunged the second part of the order on the ground that the child’s participation in the appellant’s religious ceremonies, conferences and demonstrations, could not be harmful if the appellant complied with the first part of the order. Proulx J.A. added that, in his view, the evidence did not show that the child accompanied the appellant when the latter was going from door-to-door. Proulx J.A. would have allowed the appeal only to the extent of striking out the second part of the disputed order.

### III — Arguments

The first argument raised before us by the appellant is that the trial judge’s order restricting his right to access was made without any evidence of real harm suffered by C. In his view, the evidence offered no basis for the restrictions imposed when one takes into account all the factors listed in art. 30 *C.C.L.C.* (age, religion, character and family surroundings), which, although the Court of Appeal recognized, substituted with personal philosophy and values. The appellant, thus, underlined the danger of adopting a criterion as discretionary as the child’s best interests. He further contended that the restrictions imposed on his right

souligne le principe que toute ordonnance doit être libellée pour que «celui qui en est l’objet sache bien et clairement ce qu’il doit faire» (p. 309). Comme ce principe de la «nécessaire précision» vise surtout à prévenir une condamnation pour outrage au tribunal en cas de désobéissance, le juge ne voit pas la nécessité d’intervenir, étant d’avis que le droit de la famille ne se prête guère au mode d’exécution par outrage, mais plutôt à des restrictions sévères en matière de droit de visite et de sortie. L’appel est donc rejeté et l’ordonnance du juge Frenette confirmée.

Le juge Proulx, dissident en partie, énonce, dès le départ, que la véritable question à laquelle le premier juge devait répondre est celle de l’intérêt de l’enfant, et non pas celle de la liberté de religion de l’appelant. Tout en soulignant que le juge de première instance n’a pas fait état de l’attitude tout aussi intransigente de l’intimée face à l’option religieuse de l’appelant, le juge Proulx se rallie à l’opinion du juge Vallerand quant au premier volet de l’ordonnance contestée. Il est cependant d’avis de rayer complètement le second volet de l’ordonnance, au motif que la participation de l’enfant aux cérémonies, congrès et démonstrations religieuses de l’appelant ne saurait être nocive si l’appelant respecte le premier volet de l’ordonnance. Le juge Proulx ajoute que, selon lui, la preuve ne démontre pas que l’enfant ait accompagné l’appelant lorsque celui-ci effectuait du porte à porte. Le juge Proulx aurait accueilli l’appel aux fins uniquement de rayer le second volet de l’ordonnance contestée.

### III — Les arguments

Le premier argument que l’appelant soulève devant nous est à l’effet que le juge de première instance a rendu une ordonnance restreignant ses droits de visite et de sortie en l’absence de toute preuve de préjudice caractérisé causé à C. La preuve présentée, avance-t-il, ne peut supporter les restrictions imposées lorsque l’on prend en considération tous les facteurs énumérés à l’art. 30 *C.c.B.-C.* (âge, religion, caractère et milieu familial). La Cour d’appel a, selon lui, reconnu l’absence de preuve, mais y a suppléé en invoquant des motifs de philosophie et de valeur personnelles, d’où le danger, selon l’appelant, d’adopter comme

to access amounted to a partial deprivation of parental authority within the meaning of art. 654 of the *Civil Code of Quebec* ("C.C.Q."), and in so doing, gave the custodial parent [TRANSLATION] "complete control" over C., contrary to arts. 443, 568, 570 and 647 C.C.Q. <sup>a</sup>

The appellant's second argument concerns the theory of vagueness. In his submission, the criterion of the child's best interests, as set out in art. 30 C.C.L.C., is discretionary and vague within the meaning of ss. 1 and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. He relied on the arguments put forward by the respondent James Kam Chen Young in *Young, supra*, adding a series of decisions and studies. Article 30 C.C.L.C. is therefore, in his opinion, unconstitutional. <sup>b</sup>

The appellant next argued that the order infringes his freedom of religion and that of his daughter, that is, his right to propagate his religion and that of his daughter to be exposed to it, as well as his freedom of expression, contrary to s. 2(a) and (b) of the *Charter*. The appellant invited the Court to consider Canada's international obligations regarding freedom of religion, and also cited certain documents to the effect that Jehovah's Witnesses are victims of systemic discrimination in Quebec, contrary to s. 15(1) of the *Charter*, which guarantees the right to equality. In the appellant's submission, these infringements cannot be justified under s. 1 of the *Charter*. <sup>c</sup>

Finally, the appellant suggests a series of criteria which the Court should adopt as guidelines in matters of custody and access. <sup>d</sup>

The respondent, for her part, maintained from the outset that the *Charter* has no application in private litigation. She then argued that there is unanimous support for the child's best interests standard, as a criterion relied upon by this Court, Canadian provincial courts of appeal and the international community. Furthermore, this criterion is not unconstitutional on the ground that it is discre-

critère celui, par trop discrétionnaire, du meilleur intérêt de l'enfant. Il soutient également que les restrictions imposées à son droit de visite et de sortie équivalent à une déchéance partielle de l'autorité parentale au sens de l'art. 654 du *Code civil du Québec* («C.c.Q.»), conférant du même coup au parent gardien «tout le contrôle» sur C., contrairement aux art. 443, 568, 570 et 647 C.c.Q.

Le deuxième argument de l'appelant concerne la théorie de l'imprécision. Selon lui, le critère du meilleur intérêt de l'enfant tel que formulé à l'art. 30 C.c.B.-C. est discrétionnaire et imprécis au sens de l'article premier et de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il appuie son argumentation sur les moyens soulevés par l'intimé James Kam Chen Young dans l'arrêt *Young*, précité, y ajoutant une série de décisions et d'études. L'article 30 C.c.B.-C. est donc, à son avis, inconstitutionnel. <sup>e</sup>

L'appelant prétend ensuite que l'ordonnance viole sa liberté de religion et celle de sa fille, soit son droit de diffuser sa religion et celui de sa fille d'y être exposée, ainsi que sa liberté d'expression, contrairement aux al. 2a) et 2b) de la *Charte*. L'appelant invite la Cour à considérer les obligations internationales du Canada en matière de liberté de religion et il cite, également, certains écrits à l'effet que les Témoins de Jéhovah sont victimes de discrimination systémique au Québec, contrairement au par. 15(1) de la *Charte* qui garantit le droit à l'égalité. Ces violations ne sauraient, selon l'appelant, se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. <sup>f</sup>

L'appelant suggère, enfin, une série de critères que devrait adopter la Cour afin d'établir des lignes directrices en matière de garde et de droit de visite et de sortie. <sup>g</sup>

Pour sa part, l'intimée soutient, dès le départ, que la *Charte* n'a pas d'application dans les litiges privés. Elle affirme, ensuite, que le critère du meilleur intérêt de l'enfant fait l'unanimité, étant celui retenu par notre Cour, les cours d'appel des provinces canadiennes, et la communauté internationale. De plus, ce critère n'est pas inconstitutionnel parce que discrétionnaire et imprécis, sinon une

tionary and vague, otherwise a large part of the Civil Code would be unconstitutional as well. Additionally, according to the respondent, the test of real harm suggested by the appellant is not the applicable one and, in any case, is just as vague as the criterion of the child's best interests.

In the respondent's view, the appellant has not in any way been deprived of his parental authority, either wholly or partially. His rights to access have simply been restricted.

Assuming that the *Charter* applies, which she denies, the respondent argued that the appellant's right to equality has never been infringed. It is solely the appellant's case that is before the Court, and not that of all Jehovah's Witnesses in Quebec. Moreover, the order does not infringe the appellant's freedom of religion as he can still teach his religion to his daughter, provided he does not indoctrinate her. Indoctrination is not protected by freedom of religion. Further, the appellant cannot rely on his child's freedom of religion as this would be to plead in another's name. The respondent concluded that, in any case, any possible infringement of the appellant's rights would be justified under s. 1 of the *Charter*.

The respondent added, finally, that the trial judge's findings of fact, on which the judgment rested, should not be interfered with by a court of appeal.

#### IV — Issue

It should be said at the outset that the parties never entered into a marriage, and, as a result, this matter is not governed by the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), but by the Civil Code of Quebec. That being so, and given the arguments of the parties, this Court's main task is to determine the criterion applicable under the Civil Code of Quebec to the right to access by a non-custodial parent to his or her minor child. My colleague Madame Justice McLachlin is of the view that "where all of the judges below erred . . . is in inferring harm from the mere presence of conflict between the parents on religious questions, and concluding from this that restrictions were required

bonne partie du Code civil le serait également. Par ailleurs, selon l'intimée, le critère du préjudice caractérisé proposé par l'appellant n'est pas le test applicable et, à tout événement, est aussi imprécis que peut l'être celui du meilleur intérêt de l'enfant.

De l'avis de l'intimée, l'appellant ne s'est vu nullement déchu totalement ou partiellement de son autorité parentale. Seules des restrictions ont été imposées à ses droits de visite et de sortie.

Dans la mesure où la *Charte* s'applique, ce qu'elle nie, l'intimée prétend que le droit à l'égalité de l'appellant n'a jamais été violé. Il s'agit, en effet, d'examiner son cas, et non pas celui de tous les Témoins de Jéhovah du Québec. De plus, l'ordonnance ne viole pas la liberté de religion de l'appellant, car ce dernier peut toujours enseigner sa religion à sa fille, à condition de ne pas l'endoctriner, l'endoctrinement n'étant pas protégé par la liberté de religion. L'appellant ne peut invoquer la liberté de religion de son enfant, ce serait là plaider pour autrui. L'intimée conclut que, de toute façon, une éventuelle violation des droits de l'appellant serait justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

L'intimée ajoute, finalement, que le jugement de première instance repose sur des déterminations de fait sur lesquelles une cour d'appel ne doit pas intervenir.

#### g IV — Le litige

Dès le départ, il faut souligner que, les parties n'ayant jamais contracté mariage, le débat, par conséquent, ne relève pas de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), mais bien du Code civil du Québec. Dans ce contexte, et à la lumière des prétentions des parties, il s'agit principalement de déterminer le critère applicable en vertu du Code civil du Québec en matière de droit de visite et de sortie de son enfant mineur par un parent privé de la garde. Ma collègue, madame le juge McLachlin, est d'avis que « tous les juges des juridictions inférieures ont commis une erreur lorsqu'ils ont déduit qu'il y avait préjudice de la simple existence d'un conflit entre les parents sur des

in the best interests of the child. There was nothing in the evidence to suggest that the child would be adversely affected as a result of the father's activities or teaching" (p. 196). I definitely do not agree. In my opinion, the only criterion applicable to the matter, and the one set out in the Civil Code of Quebec, is the best interests of the child. Having identified the sole criterion, the Court must, then, decide whether or not such criterion is constitutional while considering the appellant's *Charter* arguments.

Before turning to the main issue, the legal context of the rights raised in this appeal must be examined.

## V — Analysis

### A. *Right to Custody and Access*

Although what is at issue is the right to access, which is but one of the components of the right to custody, it is worth examining, however briefly, the right to access in the wider context of the right to custody itself. The trial judge, in fact, ruled on custody: the first part of his order confirmed that the respondent should retain custody of C.

#### 1. The Right to Custody

As in *Young*, *supra*, a brief review of the evolution of the concept of custody is appropriate. Unlike in *Young*, however, in Quebec, such evolution took place within the context of the civil law, not the common law.

The law of custody in Quebec has evolved since the coming into force of the Civil Code in 1866, from absolute paternal authority to the best interests of the child. As enacted in 1866, the *Civil Code of Lower Canada* makes no express mention of the right to custody, whether under the heading of marriage, filiation or paternal authority, or even under separation from bed and board, where it would logically have been found. At the time, the right to custody of fathers and mothers seemed to be self-evident and to present little difficulty, especially considering that separation from bed and

questions religieuses et qu'ils en ont conclu qu'il y avait lieu d'imposer des restrictions dans l'intérêt de l'enfant. La preuve ne révèle nullement que les activités ou les enseignements du père pouvaient être néfastes pour l'enfant» (p. 196). Je ne saurais être d'accord. À mon avis, le critère applicable en la matière, et celui prévu au Code civil du Québec, est le meilleur intérêt de l'enfant. Ce critère déterminé, il s'agit de décider de sa constitutionnalité et de disposer des arguments soulevés par l'appelant au regard de la *Charte*.

Avant d'aborder le cœur du débat, il y a lieu de situer dans leur contexte juridique les droits qui sont ici en jeu.

## V — Analyse

### <sup>d</sup> A. *Le droit de garde, de visite et de sortie*

Même si est ici en cause le droit de visite et de sortie, un démembrement du droit de garde, il convient, si brièvement soit-il, de l'examiner dans le contexte plus large du droit de garde lui-même. Le premier juge s'est, d'ailleurs, prononcé sur la garde: la première partie de son ordonnance confirme que l'intimée doit conserver la garde de C.

#### <sup>f</sup> 1. Le droit de garde

Comme dans l'arrêt *Young*, précité, une brève revue de l'évolution de la notion de garde est utile. À la différence de l'arrêt *Young*, un tel développement s'inscrit, au Québec, dans le contexte du droit civil, et non de la common law.

<sup>h</sup> En matière de garde, le droit a évolué au Québec depuis l'entrée en vigueur du Code civil en 1866, allant de la puissance paternelle absolue au meilleur intérêt de l'enfant. Le *Code civil du Bas-Canada*, tel qu'adopté en 1866, ne fait aucune mention expresse du droit de garde, ni au titre du mariage, ni à celui de la filiation ou de la puissance paternelle, ni même au titre de la séparation de corps, là où il serait logique de l'y retrouver. À l'époque, le droit de garde des père et mère semblait aller de soi et susciter très peu de difficultés si on considère surtout que la séparation de corps

board was rare and divorce was almost unknown in Quebec.

In the context of a united family, the father had legal custody of the children and they were bound to live with him (art. 244 *C.C.L.C.*). In the event of separation or divorce, the legal basis of custody rested more on the obligations imposed on parents by the legislature, namely art. 165 *C.C.L.C.*, requiring parents to maintain and bring up their legitimate children. Specifically, the right to the custody of children was based on arts. 200 (“The provisional care of the children remains with the father, whether plaintiff or defendant . . .”) and 214 *C.C.L.C.* (“The children are entrusted to the party who has obtained the separation [from bed and board] . . .”). Article 200 *C.C.L.C.* was also consistent with art. 243 *C.C.L.C.*, which stated that, although paternal authority belonged to both spouses, the father alone, to whom the mother was subordinate, exercised such authority during the marriage.

In theory, at the time of the final judgment or subsequently, custody of the children was awarded to the spouse in whose favour the separation was granted, that is, the spouse without fault. This rule was based on the assumption that the spouse who had failed in his or her obligations as a spouse would also fail with regard to his or her duties as a parent. Article 214 *C.C.L.C.*, nevertheless, provided that courts could award custody to the spouse against whom the separation had been obtained, or even to a third party, depending on “the greater advantage of the children”. In practice, it was only in unusual circumstances that a parent without fault would be deprived of custody. The Hon. Albert Mayrand, “L’incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l’enfant” (1982), 85 *R. du N.* 28, noted the effect of these Civil Code provisions, now repealed, at p. 29:

[TRANSLATION] There was a time when there were two categories of separated or divorced spouses: the innocent and the guilty. The innocent were given custody of the children, as the first prize for good conduct; the guilty were deprived of custody as one of their punishments. This approach was in keeping with the spirit of the times, when marital fault had a greater degree of seriousness than in our own day.

était peu fréquente et le divorce à peu près inconnu au Québec.

Dans le contexte d’une famille unie, le père avait la garde légale des enfants, et ceux-ci devaient obligatoirement habiter chez lui (art. 244 *C.c.B.-C.*). En cas de séparation ou de divorce, le fondement juridique du droit de garde participait plutôt des obligations imposées aux parents par le législateur, c’est-à-dire l’art. 165 *C.c.B.-C.* obligeant les parents à éduquer, entretenir et nourrir leurs enfants légitimes. Concrètement, le droit à la garde des enfants reposait sur les art. 200 («L’administration provisoire des enfants reste au mari demandeur ou défendeur en séparation . . .») et 214 *C.c.B.-C.* («Les enfants sont confiés à l’époux qui a obtenu la séparation de corps . . .»). L’article 200 *C.c.B.-C.* s’harmonisait d’ailleurs avec l’art. 243 *C.c.B.-C.* qui statuait que, même si la puissance paternelle appartenait à la fois aux deux époux, le père, auquel la mère était soumise, en avait seul l’exercice pendant le mariage.

Au moment du jugement final ou par la suite, on attribuait en principe la garde des enfants à l’époux ayant obtenu la séparation, soit l’époux non fautif. Cette règle reposait sur la présomption que le conjoint qui avait manqué à ses obligations en tant qu’époux manquerait à ses devoirs de parent. L’article 214 *C.c.B.-C.* prévoyait, néanmoins, que le tribunal pouvait confier la garde à l’époux contre lequel la séparation avait été prononcée, ou même à une tierce personne, selon «le plus grand avantage des enfants». En pratique, il fallait des raisons particulières pour priver de la garde le parent non fautif. L’honorable Albert Mayrand, «L’incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l’enfant» (1982), 85 *R. du N.* 28, constate l’effet de ces dispositions du Code civil, aujourd’hui abrogées, à la p. 29:

Il fut un temps où il y avait deux catégories d’époux séparés ou divorcés: les innocents et les coupables. À l’innocent, on donnait la garde des enfants, premier prix de bonne conduite; le coupable était privé de cette garde et c’était une de ses punitions. Cette manière de voir était conforme à l’esprit d’une époque où la faute conjugale avait un caractère de gravité que les mœurs contemporaines ont atténué.



It can thus be seen that, at that time, paternal authority amounted, for all practical purposes, to a right of ownership of the father over the children. Later, in the fifties, the courts moved towards recognizing the rights of children over those of parents, although the father continued to be favoured. Little by little the criterion of the child's best interests emerged in custody decisions, a change that coincided with movements toward equality of the sexes.

The rights of children became much more significant in the seventies. In 1969, the phrase "child custody" appeared in the *Civil Code of Lower Canada* for the first time. The new arts. 200 and 212 C.C.L.C. now authorized the courts to decide "as to the custody, maintenance and education of the children" in proceedings in separation from bed and board or divorce, both at the stage of the final judgment and at the time of provisional measures. Article 214 C.C.L.C. was repealed, and, with it, the presumption that custody should be awarded to the faultless spouse. However, paternal authority (art. 243 C.C.L.C.) remained in force. *Bockler v. Bockler*, [1974] C.A. 41, at p. 42, a unanimous judgment of the Court of Appeal *per Gagnon J.A.*, summarizes the state of the law at that time:

[TRANSLATION] Article 243 on paternal authority is still part of the Code, but has for some years existed in a new context. Authority in marriage is now shared: this evolution can be seen from comparing the new art. 174 C.C. with the old one.

Formerly, art. 200 C.C. gave the father, whether plaintiff or defendant, a priority right to provisional custody of the children pending the hearing. It was nevertheless held that, since it gave the judge some discretion, this provision moderated the rigour of the art. 243 rule. This priority no longer exists and the argument is even stronger.

Paternal authority was meant to ensure that the family unit would remain together, but when the family breaks up and unity is destroyed and replaced by discord, and quite often animosity between the parents, the judge is no longer subject to former constraints when he must decide on custody of the children, and it is the interest of the children that should more than ever be his primary concern, if not his only guide. [Emphasis added.]

On constate donc qu'à cette époque, la puissance paternelle équivalait, à toutes fins pratiques, à un droit de propriété du père sur les enfants. Par la suite, vers les années 50, la jurisprudence évolua vers la reconnaissance des droits de l'enfant de préférence à ceux des parents, même si le père demeurait favorisé. Peu à peu, se dégagait le critère du meilleur intérêt de l'enfant dans l'attribution de la garde, parallèlement au cheminement qui visait à l'égalité des sexes.

C'est à partir des années 70 qu'il y eut véritable émergence des droits des enfants. En 1969, l'expression «garde de l'enfant» fit son apparition pour la première fois au *Code civil du Bas-Canada*. Les nouveaux art. 200 et 212 C.c.B.-C. permettaient désormais au tribunal de statuer «sur la garde, l'entretien et l'éducation des enfants» lors de la séparation de corps et du divorce, tant au niveau du jugement final que des mesures provisoires. L'article 214 C.c.B.-C. et, avec lui, la présomption d'attribution de garde au conjoint non fautif furent abrogés. La puissance paternelle (art. 243 C.c.B.-C.) demeura cependant en vigueur. L'arrêt *Bockler c. Bockler*, [1974] C.A. 41, à la p. 42, jugement unanime de la Cour d'appel rendu par le juge Gagnon, résume l'état du droit à cette époque:

L'article 243 relatif à la puissance paternelle est toujours inscrit au Code, mais il se trouve depuis quelques années dans un nouveau contexte. L'autorité au sein du mariage est aujourd'hui partagée; la comparaison du nouvel article 174 C.C. avec l'ancien fait voir cette évolution.

Autrefois, l'article 200 C.C. donnait au mari demandeur ou défendeur en séparation un droit prioritaire à la garde provisoire des enfants pendant l'instance. On avait tout de même jugé que cette disposition, puisqu'elle donnait au juge une certaine discrétion, tempérait la rigueur de la règle de l'article 243. Cette priorité n'existe plus aujourd'hui et l'argument n'en est que plus fort.

La puissance paternelle vise à assurer l'unité de la société familiale, mais lorsque cette société se désagrège et que l'unité est rompue et remplacée par la discorde et bien souvent l'animosité des parents, le juge n'a plus les contraintes d'autrefois lorsqu'il s'agit pour lui de décider de la garde des enfants et c'est l'intérêt des enfants qui doit être plus que jamais son souci primordial, sinon son seul guide. [Je souligne.]

In 1977, the Quebec legislature took a further step towards equality of the sexes by repealing art. 243 C.C.L.C. and replacing it with a new art. 244 C.C.L.C. Paternal authority, then, gave way to parental authority, which would now be exercised jointly by the father and the mother.

Finally, on April 2, 1981, that part of the new *Civil Code of Quebec* altering existing family law came into effect. Not only are spouses now regarded as equal, but the best interests of the child henceforth govern the awarding of child custody.

On the evolution of the right to custody, reference may be made, *inter alia*, to Albert Mayrand, "L'évolution de la notion de puissance paternelle en droit civil québécois", in *Mélanges offerts à René Savatier* (1965), 621; Ethel Groffier-Atala, "De la puissance paternelle à l'autorité parentale" (1977), 8 *R.G.D.* 223; Marie-Josée Blondin et al. (under the direction of Renée Joyal-Poupart), "Évolution jurisprudentielle (1950-1983) du critère de la conduite des conjoints dans l'attribution de la garde des enfants" (1986), 46 *R. du B.* 105; the Hon. Albert Mayrand, "La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel", in *Droit et enfant* (1990), 19.

The evolution in the common law noted by McIntyre J. in *King v. Low*, [1985] 1 S.C.R. 87, at p. 93, is parallel to that of the law on custody in Quebec:

The law relating to the custody of children and the rights of parents where custody claims are involved has undergone progressive change since early in the nineteenth century when the parent, usually the father, had a right to custody of an infant child unless disqualified by reason of some serious circumstance, having to do with the welfare of the child, making him unfit to have custody. By legislative intervention and evolving case law the situation has changed. The law has moved, first, toward an increase in maternal rights; a progressive diminution of parental rights; and then, a corresponding increase in the consideration of the interest or welfare of the infant, as the significant factor in custody determination. This latter factor has become progressively more

En 1977, le législateur québécois fit un pas de plus vers l'égalité des sexes, en abrogeant l'art. 243 C.c.B.-C. et en le remplaçant par un nouvel art. 244 C.c.B.-C. La puissance paternelle fit alors place à l'autorité parentale, devant désormais être exercée ensemble par les père et mère.

Enfin, le 2 avril 1981, entra en vigueur cette partie du nouveau *Code civil du Québec* qui allait réformer le droit de la famille. Non seulement les époux sont-ils désormais considérés comme égaux, mais encore le meilleur intérêt de l'enfant gouverne dorénavant l'attribution de la garde des enfants.

Au sujet de l'évolution du droit de garde, on peut consulter, entre autres: Albert Mayrand, «L'évolution de la notion de puissance paternelle en droit civil québécois», dans *Mélanges offerts à René Savatier* (1965), 621; Ethel Groffier-Atala, «De la puissance paternelle à l'autorité parentale» (1977), 8 *R.G.D.* 223; Marie-Josée Blondin et autres (sous la direction de Renée Joyal-Poupart), «Évolution jurisprudentielle (1950-1983) du critère de la conduite des conjoints dans l'attribution de la garde des enfants» (1986), 46 *R. du B.* 105; l'honorable Albert Mayrand, «La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel» dans *Droit et enfant* (1990), 19.

L'évolution que notait, en common law, le juge McIntyre dans l'arrêt *King c. Low*, [1985] 1 R.C.S. 87, à la p. 93, est parallèle à celle qu'a suivie au Québec le droit relatif à la garde:

Le droit relatif à la garde des enfants et aux droits des parents dans les affaires de garde d'enfant a évolué depuis le début du 19<sup>e</sup> siècle, alors que l'un des parents, ordinairement le père, avait le droit à la garde de l'enfant mineur à moins d'être déchu à cause de circonstances graves, reliées au bien-être de l'enfant, qui le rendaient incapable d'en avoir la garde. La législation et la jurisprudence ont modifié cette situation. Le droit a d'abord évolué dans le sens de l'augmentation des droits de la mère, puis d'une diminution graduelle des droits des parents et enfin, dans le sens de l'augmentation consécutive de l'importance de l'intérêt ou du bien-être de l'enfant comme facteur déterminant de la garde. Ce dernier facteur a pris de plus en plus d'importance avec le

important until it may now be said that the welfare of the child is the paramount consideration when the courts address the problem. [Emphasis added.]

Any analysis of the development of the concept of custody would not be complete without a brief review of its contents. In this regard, art. 647 C.C.Q. provides that the father and the mother “have the rights and duties of custody, supervision and education of their children. They must maintain their children”.

It is generally recognized that a parent’s custody rights include the right to make decisions about the child’s education. As Marty and Raynaud indicate in *Droit civil: les personnes* (3rd ed. 1976), at p. 288, [TRANSLATION] “the right to custody comprises all the rights of parents over the person of the child and essentially the right of education, with the related duties”.

*Droit de la famille — 274*, [1986] R.J.Q. 945 (C.A.), dealt with the custody of a four-year-old child. On the facts entered into evidence, the two parents practised different religions, without abuse or excess, and this had had the effect of emotionally disturbing the child. The Superior Court (*per Macerola J.*) had awarded custody to the mother, who was a Roman Catholic, and had given the father rights of access accompanied by an order prohibiting him from [TRANSLATION] “influencing the child or taking the child with him to demonstrations, ceremonies or conferences of Jehovah’s Witnesses”. Chouinard J.A., for the Court of Appeal, was of the view that the appeal should be allowed to the extent of striking the words “influencing the child or” from the trial judge’s order, as being too general and difficult to enforce. He said the following regarding the right to custody, at p. 949:

[TRANSLATION] The right to custody of a very young child includes that of educating and instructing it in accordance with its best interests having regard to its moral, intellectual and physical development. A court has a clear duty to observe and apply this principle, and this has nothing to do with a violation of judicial neu-

temps de sorte qu’on peut maintenant dire que le bien-être [ou l’intérêt] de l’enfant est la considération primordiale lorsque les tribunaux se penchent sur la question. [Je souligne.]

L’étude de l’évolution de la notion de garde ne saurait être complète sans une brève étude de son contenu. À cet égard, l’art. 647 C.c.Q. prévoit que les père et mère ont «le droit et le devoir de garde, de surveillance et d’éducation. Ils doivent nourrir et entretenir leur enfant».

Il est généralement reconnu que le droit de garde d’un parent comprend, entre autres, le droit de décider de l’éducation de son enfant. Comme le formulent les auteurs Marty et Raynaud, *Droit civil: les personnes* (3<sup>e</sup> éd. 1976), à la p. 288, «le droit de garde renferme tous les droits des parents sur la personne de l’enfant et essentiellement le droit d’éducation, avec les devoirs corrélatifs».

Dans l’arrêt *Droit de la famille — 274*, [1986] R.J.Q. 945 (C.A.), il s’agissait d’un litige concernant la garde d’un enfant âgé de quatre ans. Les deux parents exerçaient sans abus ni excès, d’après les faits mis en preuve, une religion différente et cela avait eu pour effet de troubler émotivement l’enfant. La Cour supérieure (le juge Macerola) avait accordé la garde à la mère, de religion catholique, et au père, des droits de visite et de sortie assortis d’une ordonnance l’interdisant d’«influencer ou [d]’amener avec lui l’enfant à des démonstrations, cérémonies ou congrès de Témoins de Jéhovah». Le juge Chouinard, au nom de la Cour d’appel, fut d’avis de maintenir l’appel aux seules fins de rayer les mots «influencer ou» de l’ordonnance du premier juge, car trop généraux et difficiles d’exécution. Il s’exprime ainsi au sujet du droit de garde, à la p. 949:

Le droit de garde d’un tout jeune enfant comporte celui de l’éduquer et de l’instruire en conformité de son intérêt prioritaire eu égard à son développement moral, intellectuel et physique. Un Tribunal a justement l’obligation de respecter ce principe et de l’appliquer, ce qui n’a rien d’une violation de la neutralité judiciaire ou

trality or failure to respect the constitutional guarantee of freedom of religion.

encore de l'irrespect de la garantie constitutionnelle de la liberté de religion.

The trial judge properly concluded that the child was emotionally disturbed by the different religious principles of its parents which served as an inducement to judge the behaviour of one of them, namely the respondent. [Emphasis added.]

<sup>a</sup> C'est avec raison que le premier juge a conclu que l'enfant était troublé émotivement par les principes religieux différents de ses parents qui lui servaient d'incitation à juger la conduite de l'un d'eux soit l'intimée. [Je souligne.]

The Court of Appeal imposed restrictions on the father's rights, and, in so doing, gave priority to the religion chosen by the mother for her child. This decision thus supports the principle that the right to custody confers on the custodial parent the right to decide on the child's religious education.

<sup>b</sup> La Cour d'appel a imposé des restrictions aux droits du père, conférant par là la priorité à la religion choisie par la mère pour son enfant. Cette décision milite donc en faveur du principe selon lequel le droit de garde confère le droit de décider de l'éducation religieuse de l'enfant.

The comments of Professor Jean Pineau, in *La famille* (1982), are to the same effect when, regarding the content of custodial rights, he states at p. 283:

<sup>c</sup> Les propos du professeur Jean Pineau, *La famille* (1982), sont au même effet lorsqu'il affirme, à la p. 283, relativement au contenu du droit de garde:

[TRANSLATION] The duty of education is said to belong to the father and mother; but, as we have seen, in the event of disagreement the judge's opinion will determine the matter (art. 653 C.C.Q.). When the parents are separated, it is likely that the one who has actual custody of the children will prevail. [Emphasis added.]

<sup>d</sup> Le devoir d'éducation appartient aux père et mère, dit-on; mais, au cas de désaccord, on l'a vu, l'opinion du juge mettra fin au débat (art. 653 C.C.Q.). Lorsque les parents sont séparés, il y a lieu de croire que l'emporterait celui des parents qui a effectivement la garde des enfants. [Je souligne.]

The Hon. Albert Mayrand, "La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale" (1988), 67 *Can. Bar Rev.* 193, at p. 197, expressed the opinion that:

<sup>e</sup> L'honorable Albert Mayrand, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale» (1988), 67 *R. du B. can.* 193, est d'avis, quant à lui, à la p. 197, que:

[TRANSLATION] Article 647 C.C.Q. lists the three main attributes of parental authority: "... the rights and duties of custody, supervision and education". By repeating them in art. 649 in the same order, the Code encourages us to consider them as indivisible, at least in their exercise.

<sup>f</sup> L'article 647 C.c.Q. énumère les trois principaux attributs de l'autorité parentale: «... le droit et le devoir de garde, de surveillance et d'éducation». En les répétant dans le même ordre à l'article 649, le Code nous incite à les considérer comme indivisibles au moins dans leur exercice.

... The three principal functions of parental authority overlap each other and form a whole, a pyramid the apex of which, education, rests on the other two [custody and supervision], which are the means of attaining it. The function at the base of this pyramid has kind of absorbed the other two, so that ultimately custody is given a very broad meaning ... [Emphasis added.]

<sup>g</sup> ... Les trois fonctions principales de l'autorité parentale ainsi imbriquées l'une dans l'autre forment un tout, une pyramide dont le sommet, l'éducation, s'appuie sur les deux autres [garde et surveillance], qui sont les moyens d'y parvenir. La fonction à la base de cette pyramide a comme absorbé les deux autres, de sorte qu'on a fini par donner à la garde un sens extrêmement large ... [Je souligne.]

The author continues, at pp. 206-7:

<sup>h</sup> L'auteur poursuit, aux pp. 206 et 207:

[TRANSLATION] During marriage, the exercise of the rights of supervision and education in complete equality by the father and mother requires concessions and compromises. It is natural that parents will not have the same ideas on such matters. Their differences may sometimes be aired before the child, so that as far as he is concerned the authority of one parent may be neutralized by the contrary opinion of the other. After divorce, however, the custodial parent remains close to the child and far from his usual opponent; his ideas on education have priority and the way he puts them into effect acquires greater authority. For the child, the absence of one of its parents increases the importance of the other's presence. To say that the custodial parent acts as both father and mother is only partially untrue.

Although the law is not clear and opinions are divided on the point, the accepted view is that the custodial parent has the right to make decisions regarding the child's education and upbringing. Placed in the position of command, he selects the school, type of instruction, hospital or physician.

For the sake of convenience, it is desirable for the custodial parent, exercising his parental authority, to be able to himself or herself make decisions regarding the child's education, without having to consult a former spouse with whom personal relations may have been severed or be difficult. [Emphasis added.]

The views of this jurist equally support the notion that religious training is part of the duty of education, a duty which emanates from general custodial duties.

Finally, in the opinion of Professor Monique Ouellette, *Droit de la famille* (2nd ed. 1991), education is a [TRANSLATION] "broad concept", including "instruction" and the teaching of fundamental moral principles" (p. 187).

Subject to and pursuant to the child's best interests, custodial rights include the right to decide upon the child's religious education, until he or she is in a position to make his or her own choice. I, therefore, conclude in this regard, that the trial judge was correct in stating that religious instruction is the responsibility of the custodial parent.

Pendant le mariage, l'exercice des droits de surveillance et d'éducation en toute égalité par les père et mère exige des concessions et des compromis. Que les parents ne partagent pas les mêmes idées sur ces sujets, cela est normal. Leurs différences de vue s'expriment parfois en présence de l'enfant, de sorte que pour lui l'autorité d'un parent peut être neutralisée par l'avis contraire de l'autre. Mais, après le divorce, le gardien reste près de son enfant et loin de son contradicteur habituel; ses idées sur l'éducation ont préséance et sa manière de les appliquer s'impose avec plus d'autorité. Pour l'enfant, l'absence de l'un de ses parents accroît l'importance de la présence de l'autre. Dire que le gardien sert à la fois de père et de mère n'est qu'une demi-fausseté.

Quoique la loi ne soit pas expresse et que les avis soient partagés à ce sujet, on enseigne généralement que le parent gardien a la prérogative de prendre les décisions relatives à l'éducation et l'entretien de l'enfant. Installé au poste de commande, il choisit l'école, le genre d'instruction, l'établissement hospitalier ou le médecin à qui il faut faire appel.

Il convient, pour des raisons d'efficacité que le gardien, exerçant son autorité parentale, puisse prendre seul les décisions relatives à l'éducation de l'enfant sans avoir à consulter un ex-conjoint avec qui les relations personnelles sont rompues ou difficiles. [Je souligne.]

La position de ce juriste abonde également dans le sens que l'enseignement religieux fait partie du devoir d'éducation que le parent gardien se voit attribué avec la garde.

Enfin, de l'avis du professeur Monique Ouellette, *Droit de la famille* (2<sup>e</sup> éd. 1991), l'éducation est une «notion large», comprenant «l'instruction» et l'enseignement des principes fondamentaux de morale» (p. 187).

Sous réserve du meilleur intérêt de l'enfant et de ce qui suit, le droit de garde comprend le droit de décider de l'éducation religieuse de son enfant, jusqu'à ce que celui-ci soit en mesure de choisir lui-même. Je conclus donc, à cet égard, que le premier juge a eu raison de dire que l'enseignement religieux relève du parent chargé de la garde.

This, however, does not mean that the non-custodial parent is excluded from the child's life, as the appellant argues. According to him, the restrictions imposed on his right to access by the disputed order amount to a partial deprivation of his parental authority within the meaning of art. 654 C.C.Q.

While the appellant cited no authority to support his argument, the Court itself has already considered the question of the deprivation of parental authority in *C. (G.) v. V.-F. (T.)*, [1987] 2 S.C.R. 244. In examining the conditions upon which custody of a child should be granted to a third party in Quebec civil law, Beetz J. wrote, at pp. 281-83:

... a person having parental authority who loses exercise of the right of custody is not deprived of all the attributes of parental authority. Dividing up the exercise of parental authority does not result in the loss by the non-custodial parent of the status of person having parental authority:

[TRANSLATION] The parent, or parents, who are deprived of the exercise of custody do not thereby lose either the right to custody itself or the attributes of parental authority in general.

(Marty and Raynaud, *op. cit.*, at p. 445.)

... Nevertheless, the non-custodial parent who is deprived of the physical presence of his or her child most of the time enjoys a right to watch over the decisions made by the person who has custody. He or she has the remedy specified in art. 653 C.C.Q. if a decision by the person who has custody appears to be contrary to the child's interest . . .

The non-custodial parent continues to have a duty to see to the welfare and maintenance of the child (see s. 39 of the *Charter of human rights and freedoms*). Parental authority continues to be vested in that person and he or she exercises such attributes of the authority as are not opposed to the exercise of custody by the third person [or by the custodial parent]. The following passage from the reasons of Mayrand J.A. in *Hébert v. Landry*, [1975] C.A. 108, appears to me to be entirely applicable here though it was written in relation to a divorce (at p. 111):

Par contre, cela ne signifie pas que le parent privé de la garde se voit exclu de la vie de son enfant. L'appellant prétend, cependant, que les restrictions imposées à son droit de visite et de sortie par l'ordonnance contestée équivalent à une déchéance partielle de son autorité parentale au sens de l'art. 654 C.c.Q.

D'une part, l'appellant n'a invoqué aucune autorité à l'appui de son argument. D'autre part, la Cour elle-même a déjà examiné cette question de la déchéance de l'autorité parentale dans l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, [1987] 2 R.C.S. 244. Dans le cadre de l'étude des conditions d'attribution de la garde d'un enfant à un tiers en droit civil québécois, le juge Beetz écrit, aux pp. 281, 282 et 283:

... le titulaire qui perd l'exercice du droit de garde n'est pas dépouillé de tous les attributs de l'autorité parentale. Le démembrement de l'exercice de l'autorité parentale ne fait pas perdre au parent non gardien sa qualité de titulaire de l'autorité parentale:

Le parent ou les parents privés de l'exercice de la garde ne perdent pour cela ni le droit de garde lui-même ni les attributs de l'autorité parentale en général.

(Marty et Raynaud, *op. cit.*, à la p. 445.)

... Privé la majorité du temps de la présence physique de son enfant, le parent non gardien jouit néanmoins d'un droit de surveillance sur les décisions prises par le gardien. Il dispose du recours prévu à l'art. 653 C.c.Q. advenant qu'une décision du gardien lui apparaisse contraire à l'intérêt de l'enfant . . .

Le parent non gardien demeure tenu de veiller au bien-être et à l'entretien de l'enfant (voir l'art. 39 de la Charte des droits et libertés de la personne). Il demeure investi de l'autorité parentale et il en exerce les attributs qui ne s'opposent pas à l'exercice de la garde par le tiers [ou par le parent gardien]. Le passage suivant du juge Mayrand dans *Hébert c. Landry*, [1975] C.A. 108, me semble trouver ici toute son application même s'il a été rédigé dans le contexte d'un divorce (à la p. 111):

[TRANSLATION] In awarding custody of the children to one of the divorced spouses, the Court is not releasing the other from the obligation to concern himself with the education of the children and contribute thereto, while continuing to have as close relations with them as possible. . . . The appellant retains all the rights in respect of her children which she had when she was living with her husband and which have not become inconsistent with the respondent's right to custody of the children. . . . [Emphasis added; emphasis in last paragraph added by Beetz J.]

The non-custodial parent is not in any way deprived of parental authority. He may and must, so far as possible, exercise its attributes, namely the duty of supervision and education. Reference may be made in this regard to, among others, Robert Lesage, "Garde ou autorité parentale; l'emprise de la sémantique" (1988), 91 *R. du N.* 46.

However, as Albert Mayrand notes, "La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale", *supra*, at pp. 204-5, the non-custodial parent's duty of educating his or her child is considerably weakened and altered in the way it is exercised, but that does not make it impossible. When exercising the right to access, the non-custodial parent may take the initiative in supervising and educating the child. The education may be of a religious nature, within the limits set out above, or of a more general nature, as was the case in *Commission scolaire Pierre-Neveu v. Poulin*, C.S. Labelle, No. 560-05-000223-927, January 5, 1993, J.E. 93-234. In that case, Landry J., after noting that the granting of custody to one parent does not deprive the other of his parental authority, ordered that the non-custodial parent be informed of the child's progress in school and that the Commission scolaire Pierre-Neveu provide him with copies of the various reports sent to the custodial parent. The judge also pointed out that the custodial parent could not object to such requests, which made it possible for the non-custodial parent to exercise his or her parental authority.

In light of these principles, the appellant's argument regarding deprivation of parental authority cannot possibly succeed.

En confiant la garde des enfants à l'un des conjoints divorcés, le tribunal ne libère pas l'autre de son obligation de s'intéresser à l'éducation de ses enfants et d'y contribuer en maintenant avec eux des relations aussi étroites que possibles [. . .] L'appelante conserve à l'égard de ses enfants tous les droits qu'elle avait lorsqu'elle vivait avec son mari et qui ne sont pas devenus incompatibles avec le droit de l'intimé à la garde des enfants . . . [Je souligne; souligné dans le dernier paragraphe par le juge Beetz.]

Le parent non gardien ne se voit nullement privé de l'autorité parentale. Il peut et doit, dans la mesure du possible, en exercer les attributs, c'est-à-dire le devoir de surveillance et d'éducation. On peut consulter à ce sujet, en outre: Robert Lesage, «Garde ou autorité parentale; l'emprise de la sémantique» (1988), 91 *R. du N.* 46.

Cependant, comme le dit Albert Mayrand, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale», *loc. cit.*, aux pp. 204 et 205, le devoir d'éducation de son enfant par le parent non gardien est considérablement affaibli et modifié dans les conditions de son exercice, mais il n'en est pas pour autant impossible. En effet, quand il exerce ses droits de visite et de sortie, le parent privé de la garde peut prendre l'initiative de la surveillance et de l'éducation de son enfant. L'éducation peut être à caractère religieux, dans les limites exposées plus haut, ou scolaire, comme dans *Commission scolaire Pierre-Neveu c. Poulin*, C.S. Labelle, n° 560-05-000223-927, le 5 janvier 1993, J.E. 93-234. Dans ce jugement, le juge Landry, après avoir constaté que l'attribution de la garde à un parent ne prive pas l'autre de son autorité parentale, ordonne que le parent non gardien soit informé des progrès scolaires de son enfant et que la Commission scolaire Pierre-Neveu lui fournisse copie des divers rapports et bulletins transmis au parent gardien. Le juge fait également remarquer que le gardien ne peut s'opposer à de telles demandes, qui permettent en définitive au parent privé de la garde d'exercer son autorité parentale.

À la lumière de ces principes, l'argument de l'appelant au sujet de la déchéance de l'autorité parentale ne saurait, par conséquent, réussir.

This, then, is the context in which the legal nature of the right to access, one aspect of the right to custody, must be examined.

## 2. Right to Access

The *Civil Code of Lower Canada*, amended on April 2, 1981 since the coming into effect of the *Civil Code of Quebec* regarding family law, and the *Civil Code of Quebec* contain no specific provisions regarding the rights of access of the non-custodial parent. Before the enactment of the *Civil Code of Quebec*, art. 215 *C.C.L.C.*, adopted in 1866, simply provided:

215. Whoever may be entrusted with the care of the children, the father and mother respectively retain the right of watching over their maintenance and education, and are obliged to contribute thereto in proportion to their means.

This article has been construed by courts as well as commentators as governing the right to access. In *Descôteaux v. Descôteaux*, [1972] C.A. 279, the Court of Appeal, on an appeal from a judgment on an action for separation from bed and board, expressed the following view regarding access, at p. 280:

[TRANSLATION] Applying these principles [art. 215 *C.C.L.C.*] to the present case it follows, in our view, that the defendant retains with respect to the plaintiff the right, *inter alia*, to supervise the education of the parties' common child, and in respect of the latter is still required to contribute thereto. The visiting and "taking out" of that child every Saturday are, for the defendant, part of the contribution he must make to his child's education. It is not a "privilege", but an obligation towards that child. [Emphasis added.]

Many commentators voice similar opinions. Trudel, *Traité de droit civil du Québec* (1942), t. 2, mentions that the non-custodial parent must be able to see and visit his or her child in order to carry out the duty of supervision, education and maintenance (p. 52). Langelier expresses a similar view in *Cours de droit civil de la province de Québec* (1905), t. 1, at p. 359.

More recently, Professor Ethel Groffier-Atala, "De la puissance paternelle à l'autorité parentale",

C'est donc dans ce contexte que s'inscrit l'examen de la nature juridique du droit de visite et de sortie, une des modalités du droit de garde.

## a 2. Le droit de visite et de sortie

*Le Code civil du Bas-Canada*, modifié le 2 avril 1981 depuis l'entrée en vigueur du *Code civil du Québec* en matière de droit de la famille, et le *Code civil du Québec* ne contiennent pas de disposition spécifique relative au droit de visite et de sortie du parent privé de la garde. Or, avant l'adoption du *Code civil du Québec*, l'art. 215 *C.c.B.-C.*, adopté en 1866, prévoyait simplement:

215. Quelle que soit la personne à laquelle les enfants sont confiés, les pères et mères conservent respectivement le droit de surveiller leur entretien et leur éducation et sont tenus d'y contribuer à proportion de leurs facultés.

Cet article a été interprété par la jurisprudence et la doctrine comme régissant le droit de visite et de sortie. Entre autres, dans l'arrêt *Descôteaux c. Descôteaux*, [1972] C.A. 279, la Cour d'appel, saisie de l'appel d'un jugement sur une action en séparation de corps, se prononçait ainsi sur le droit de visite et de sortie, à la p. 280:

f Appliquant ces principes [l'art. 215 *C.c.B.-C.*] au cas actuel il faut conclure, à notre avis, que le défendeur conserve à l'égard de la demanderesse le droit, entre autres, de surveiller l'éducation de l'enfant commun des parties et, à l'égard de ce dernier, il reste tenu d'y contribuer. La visite et la «sortie» de cet enfant chaque samedi font partie, pour le défendeur, de la contribution qu'il doit apporter à l'éducation de son enfant. Ce n'est pas un «privilege» mais une obligation envers cet enfant. [Je souligne.]

h La doctrine est au même effet. Trudel, *Traité de droit civil du Québec* (1942), t. 2, mentionne que le parent privé de la garde doit pouvoir voir et visiter son enfant afin de s'acquitter de sa tâche de surveillance, d'éducation et d'entretien (p. 52). Langelier exprime la même idée, *Cours de droit civil de la province de Québec* (1905), t. 1, à la p. 359.

j Plus récemment, le professeur Ethel Groffier-Atala, «De la puissance paternelle à l'autorité



*supra*, at p. 229, writes concerning art. 215 C.C.L.C. that the [TRANSLATION] “non-custodial divorced spouse exercises his or her rights through the right to access”. In “La garde conjointe, concept acceptable ou non?” (1979), 39 *R. du B.* 835, at p. 851, I expressed the view that the non-custodial parent could exercise his or her parental authority by means of the right to access.

Article 647 C.C.Q., now in force, essentially reproduces the old art. 215 C.C.L.C. and reads as follows:

647. The father and mother have the rights and duties of custody, supervision and education of their children.

They must maintain their children.

The principles developed under the old art. 215 C.C.L.C. are thus equally applicable to this new provision. As the Hon. Albert Mayrand so elegantly puts it, [TRANSLATION] “[t]he various means of exercising the right to access (visiting, taking out, accommodation) are only small pieces of the right of custody” (“La garde conjointe, rééquilibrage de l’autorité parentale”, *supra*, at p. 208). This is as true now as it was before the new *Civil Code of Quebec* came into force.

## B. *The Child’s Best Interests*

Against this background, one must now consider the applicable criterion in determining the right to custody and, by logical implication, its component part, the right to access. As we know, under the *Divorce Act*, courts must take into consideration only the best interests of the child, as determined by reference to the condition, means, needs and other circumstances of the child (s. 16(8)). In separation from bed and board proceedings, art. 569 C.C.Q. imposes on courts a duty to decide as to the custody of children “in their interest and in the respect of their rights”. However, apart from situations of divorce and separation from bed and board, what, according to the *Civil Code*, is the criterion applicable to the right to access?

parentale», *loc. cit.*, à la p. 229, écrit au sujet de l’art. 215 C.c.B.-C. que le «conjoint divorcé qui n’a pas la garde exerce ses droits grâce au droit de visite». Dans «La garde conjointe, concept acceptable ou non?» (1979), 39 *R. du B.* 835, à la p. 851, j’exprimais l’avis que le parent privé de la garde pouvait exercer son autorité parentale au moyen du droit de visite et de sortie.

L’article 647 C.c.Q., présentement en vigueur, reprend essentiellement l’ancien art. 215 C.c.B.-C. et se lit ainsi:

647. Les père et mère ont, à l’égard de leur enfant, le droit et le devoir de garde, de surveillance et d’éducation.

Ils doivent nourrir et entretenir leur enfant.

Les principes développés en vertu de l’ancien art. 215 C.c.B.-C. sont donc tout aussi applicables à cette nouvelle disposition. Comme l’exprime si élégamment l’honorable Albert Mayrand, «[I]es diverses modalités du droit d’accès (visite, sortie, hébergement) ne sont que des parcelles minimes du droit de garde» («La garde conjointe, rééquilibrage de l’autorité parentale», *loc. cit.*, à la p. 208). Ceci est aussi vrai aujourd’hui que ce ne l’était avant l’entrée en vigueur du nouveau *Code civil du Québec*.

## B. *Le meilleur intérêt de l’enfant*

Ces prémisses étant posées, on doit maintenant s’interroger sur le critère applicable à la détermination du droit de garde et, par implication logique, de son démembrement, le droit de visite et de sortie. On sait qu’en vertu de la *Loi sur le divorce* le tribunal ne doit tenir compte que de l’intérêt de l’enfant, défini en fonction de ses ressources, de ses besoins et, d’une façon générale, de sa situation (par. 16(8)). En matière de séparation de corps, l’art. 569 C.c.Q. impose au tribunal le devoir de statuer sur la garde des enfants «dans l’intérêt de ceux-ci et le respect de leurs droits». Mais à l’extérieur des contextes du divorce et de la séparation de corps, quel est, selon le *Code civil*, le critère applicable en ce qui a trait au droit de visite et de sortie?

Article 30 *C.C.L.C.*, the sole article which applies to parents who are not married or divorced, sets out only one criterion, that of “the child’s interest and the respect of his rights”. This article is very wide in scope since it applies to “every decision concerning a child”. While it is new law, the rule itself is very old, as can be seen from the legal situation that existed before its adoption as well as that existing since, in matters of custody and, subsidiarily, of access.

### 1. The Rule

#### (i) *Prior to the 1981 Revision*

Before the adoption of art. 30 *C.C.L.C.* in 1981, and even when its predecessor, art. 215 *C.C.L.C.*, was the law, courts and commentators, despite the absence of any express provision to that effect in the Civil Code, gradually developed the criterion of the child’s best interests as regard to custody and access.

As early as 1896, discussing the granting of custody, Mignault, *Le droit civil canadien* (1896), t. 2, mentioned that [TRANSLATION] “[t]he greater advantage of the children is what will always guide the discretion given to the court” (p. 36). Langelier, *supra*, at p. 358, for his part, observed that the court [TRANSLATION] “should consider exclusively what will benefit the children”, as did Trudel, *supra*, at p. 49. The phrase “the greater advantage of the children” was drawn from the then art. 200 *C.C.L.C.*, which dealt with interim custody of the children.

In *Bleau v. Petit* (1902), 6 Que. P.R. 353 (Sup. Ct.), a dispute arose between parents about the custody of their child that was brought before the court by way of *habeas corpus*. The judge held that the interests of a young child must be the sole guide for the judge in a *habeas corpus* proceeding.

The Superior Court again faced the same issue in *Moquin v. Turgeon* (1912), 42 C.S. 232, and held that it [TRANSLATION] “is how the writers can logically say that the interests of children must be

L’article 30 *C.c.B.-C.*, le seul article qui gouverne les relations entre parents non mariés ni divorcés, ne formule qu’un seul critère, celui de «[l]’intérêt de l’enfant et le respect de ses droits». Cet article a une portée très étendue puisqu’il s’applique aux «décisions prises à son [l’enfant] sujet». Il est de droit nouveau, mais la règle est, elle, très ancienne comme le démontrent la situation juridique qui existait avant son adoption de même que celle qui prévaut depuis, en matière de garde et, accessoirement, de droit de visite et de sortie.

### 1. La règle

#### (i) *Avant la réforme de 1981*

Avant l’adoption de l’art. 30 *C.c.B.-C.* en 1981 et même sous l’empire de son prédécesseur, l’art. 215 *C.c.B.-C.*, la jurisprudence et la doctrine ont, malgré l’absence de disposition expresse à cet effet dans le Code civil, peu à peu dégagé le critère du meilleur intérêt de l’enfant en matière de garde et de droit de visite et de sortie.

Dès 1896, Mignault, *Le droit civil canadien* (1896), t. 2, mentionnait, au sujet de l’attribution de la garde, que «[l]e plus grand avantage des enfants, voilà ce qui guidera toujours la discrétion laissée à la cour» (p. 36). Langelier, *op. cit.*, à la p. 358, observait, pour sa part, que le tribunal «doit considérer exclusivement l’avantage des enfants», tout comme d’ailleurs Trudel, *op. cit.*, à la p. 49. L’expression «le plus grand avantage des enfants» est inspirée de l’art. 200 *C.c.B.-C.* de l’époque, qui traitait de la garde des enfants pendant le procès.

Dans l’affaire *Bleau c. Petit* (1902), 6 R.P. 353 (C.S.), il s’agissait d’un conflit entre parents au sujet de la garde de leur enfant, conflit soumis au tribunal sous la forme d’*habeas corpus*. Le juge détermina que l’intérêt d’un enfant en bas âge doit seul servir de guide au juge en matière d’*habeas corpus*.

La Cour supérieure, appelée de nouveau à trancher le même genre de litige dans *Moquin c. Turgeon* (1912), 42 C.S. 232, fut d’avis que c’«est ainsi que les auteurs peuvent logiquement dire que

the sole guide for the judge". See, to the same effect, *Nault v. Nault* (1911), 13 Que. P.R. 221 (Sup. Ct.), and *Woollven v. Aird* (1912), 14 Que. P.R. 165 (Sup. Ct.).

In 1922, the Court of Appeal had to decide the custody of a minor child in an action for separation from bed and board in *Smith v. Copping* (1922), 34 Que. K.B. 412. Upholding the Superior Court judgment, it approved the following passage, at pp. 412-13:

[TRANSLATION] Whereas, in questions of this kind, the court should consider only the interests, advantage and welfare of the young child, without being concerned who, husband or wife, has a greater right to custody of the child when both are considered fit to look after it; [Emphasis added.]

See also *Bigman v. Belzberg*, [1952] Que. Q.B. 391, at p. 394 (*per* Galipeault C.J.).

This Court dealt with this issue in *Taillon v. Donaldson*, [1953] 2 S.C.R. 257. The parents were claiming their child from the uncle and aunt with whom they had "placed" him seven years earlier. The majority of the Court, *per* Kellock J., held that, as the evidence showed that the parents were unfit and incapable, custody of the child should be left with the uncle and aunt. Taschereau and Fauteux JJ., dissenting on the question of the assessment of the evidence by the trial judge, were of the view that there might be reasons other than lack of fitness and inability to care for the child that would lead a court to remove custody from the parents. In their view, the correct principle in this area was that [TRANSLATION] "the interests of the child should be considered, and should even be the court's main concern" (p. 258, *per* Taschereau J.).

Subsequent decisions of the Court of Appeal adopted Fauteux J.'s view. Following the reasoning in *Smith v. Copping*, *supra*, the Court of Appeal has always recognized that the child's best interests is the primary concern in this area. In *Benisty v. Delouya*, [1969] Que. Q.B. 720, at p. 721, it reiterated that it is [TRANSLATION] "the interests of the child which must prevail". See also,

l'intérêt des enfants doit seul guider le juge». Voir au même effet: *Nault c. Nault* (1911), 13 R.P. 221 (C.S.), et *Woollven c. Aird* (1912), 14 R.P. 165 (C.S.).

En 1922, la Cour d'appel avait à décider de la garde d'un enfant mineur dans le cadre d'une action en séparation de corps, dans l'arrêt *Smith c. Copping* (1922), 34 B.R. 412. Elle confirma le jugement de la Cour supérieure, en approuvant l'extrait suivant, aux pp. 412 et 413:

Considérant que, dans les questions de ce genre, la Cour ne doit considérer que l'intérêt, l'avantage et le bien-être de l'enfant en bas âge, sans s'occuper de savoir qui du mari ou de la femme a le plus droit à la garde de l'enfant quand tous deux sont jugés dignes d'en prendre soin; [Je souligne.]

Voir au même effet: *Bigman c. Belzberg*, [1952] B.R. 391, à la p. 394 (le juge en chef Galipeault).

Notre Cour s'est penchée sur la question dans l'arrêt *Taillon c. Donaldson*, [1953] 2 R.C.S. 257. Les parents légitimes réclamaient leur enfant à l'oncle et la tante auxquels ils l'avaient «confié» pendant sept ans. Sous la plume du juge Kellock, la majorité de la Cour décida que, comme la preuve révélait que les parents étaient indignes et incapables, il fallait laisser la garde de l'enfant à l'oncle et à la tante. Les juges Taschereau et Fauteux, dissidents sur la question de l'appréciation de la preuve faite par le premier juge, furent d'avis qu'il pourrait y avoir d'autres raisons que l'indignité et l'incapacité pour dicter à un tribunal de retirer la garde aux parents. La véritable doctrine en ce domaine, selon eux, est à l'effet que «l'intérêt de l'enfant doit être considéré, et doit même être le principal souci des tribunaux» (p. 258, le juge Taschereau).

Les décisions subséquentes de la Cour d'appel adoptent l'opinion du juge Fauteux. Suivant la ligne de pensée de l'arrêt *Smith c. Copping*, précité, la Cour d'appel a toujours reconnu le meilleur intérêt de l'enfant comme étant le critère primordial en la matière. Dans l'arrêt *Benisty c. Delouya*, [1969] B.R. 720, à la p. 721, elle réitère que c'est «l'intérêt de l'enfant qui doit primer». Voir au

*inter alia*, *Blanchette v. Collin*, [1972] C.A. 352, and *Bockler v. Bockler*, *supra*.

In *Legault v. Figueroa*, [1978] C.A. 82 (leave to appeal to the Supreme Court refused, [1978] 1 S.C.R. ix), a divorced husband had applied for custody of his minor child, initially granted by decree to the divorced mother. The child had lived with his maternal grandparents since the mother's death. On an application for *habeas corpus*, the Superior Court (*per* Bard J.) had held that, on the evidence, the child's best interests required that custody be awarded to the father rather than the maternal grandparents. Speaking for the Court of Appeal, which upheld the Superior Court judgment, Mayrand J.A. said the following (at p. 85):

[TRANSLATION] The fact that the divorced spouses have an equal right to custody of their child makes imperative the application of the golden rule that the child's interests is the determining factor.

The interests of a child are a function of a large number of factors which are difficult to assess . . . [Emphasis added.]

The Superior Court had previously applied this "golden rule". On an application for child custody in *Perreault v. Demers*, [1974] C.S. 530, at p. 533, it had held that the court's discretion regarding child custody should be exercised in accordance with [TRANSLATION] "the child's interests, advantage and welfare" (*per* Martel J.). Similarly, in a later case, *Favreau v. Éthier*, [1976] C.S. 48, at p. 48, Gervais J. wrote that, in analysing the evidence to determine who should have custody of the children, the child's welfare and interests [TRANSLATION] "should take priority over any other consideration".

Commentators have also recognized that what is in the child's best interests is the sole criterion that should guide the granting of child custody. Professors Pineau and Ouellette, "La protection de

même effet, entre autres, les arrêts *Blanchette c. Collin*, [1972] C.A. 352, et *Bockler c. Bockler*, précité.

<sup>a</sup> Dans l'arrêt *Legault c. Figueroa*, [1978] C.A. 82 (permission d'appeler à la Cour suprême refusée, [1978] 1 R.C.S. ix), il s'agissait d'une requête d'un époux divorcé en vue d'obtenir la garde de son enfant mineur, initialement confiée par jugement à la mère divorcée. L'enfant était demeurée avec les grands-parents maternels suite au décès de sa mère. Saisie d'une requête en *habeas corpus*, la Cour supérieure (le juge Bard) avait décidé que, selon la preuve, le meilleur intérêt de l'enfant exigeait que sa garde soit confiée au père plutôt qu'à ses grands-parents maternels. Au nom de la Cour d'appel qui confirme le jugement de la Cour supérieure, le juge Mayrand s'exprime ainsi (à la p. 85):

<sup>b</sup> L'égalité du droit des époux divorcés à la garde de leur enfant rend impérative l'application de la règle d'or selon laquelle l'intérêt de l'enfant est le facteur déterminant.

<sup>c</sup> L'intérêt d'un enfant est tributaire d'un très grand nombre de facteurs difficiles à évaluer . . . [Je souligne.]

<sup>d</sup> La Cour supérieure avait d'ailleurs antérieurement appliqué cette «règle d'or». Saisie d'une requête pour garde d'enfants dans *Perreault c. Demers*, [1974] C.S. 530, à la p. 533, elle avait jugé que la discrétion de la cour à l'égard de la garde des enfants doit s'inspirer «de l'intérêt, de l'avantage et du bien-être de l'enfant» (le juge Martel). De même, dans une affaire postérieure, *Favreau c. Éthier*, [1976] C.S. 48, à la p. 48, le juge Gervais écrivait qu'en analysant la preuve pour déterminer à qui la garde des enfants devait être confiée, le bien-être et l'intérêt de l'enfant «doivent avoir préséance sur toute autre considération».

<sup>e</sup> La doctrine a également reconnu que le meilleur intérêt de l'enfant est l'unique critère qui doit guider l'attribution de la garde d'un enfant. Les professeurs Pineau et Ouellette, «La protection de

l'enfant dans le droit de la famille" (1978), 9 R.D.U.S. 76, state at p. 90:

[TRANSLATION] . . . and it [the court] makes [any decision on custody] based on the principle of the child's interests which is one of the fundamental rules of the new family law.

In *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence?* (1978), Professor Claude Boisclair is of the view, at p. 4, that [TRANSLATION] "courts have always tried to make the best decision in 'the child's interests'". After reviewing the cases dealing with the law in effect before the 1981 reform, the Hon. Albert Mayrand, "L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l'enfant", *supra*, at p. 48, concluded that [TRANSLATION] "[t]he granting of custody of a child rests on a determination of his interests, namely of his welfare".

#### (ii) 1981 Reform

Even though art. 30 C.C.L.C., enacted at the time of the general reform of family law in Quebec, is new law, Albert Mayrand J.A. noted in *Droit de la famille — 52*, [1983] C.A. 388, at p. 391, that:

[TRANSLATION] Even before the new reform of family law, paternal authority had to be exercised in the child's interests. The new article 30 of the Civil Code of Lower Canada transforms this case law rule into a legal rule and gives it indisputable prominence . . . [Emphasis added.]

See to the same effect *Droit de la famille — 110*, [1984] C.S. 99, at p. 101 (*per* Gomery J.).

In *C. (G.) v. V.-F. (T.)*, *supra*, which concerned the conditions under which child custody should be granted to a third party in Quebec civil law, Beetz J., for the Court, set out the scope of art. 30 C.C.L.C. as follows, at pp. 269-70:

The child's interest has become the cornerstone of decisions concerning it in Quebec civil law. The reform of family law introduced in 1980 by the adoption of the Act to establish a new Civil Code and to reform family law, S.Q. 1980, c. 39, has made the child's interest paramount. The rule that the child's interest must prevail

l'enfant dans le droit de la famille» (1978), 9 R.D.U.S. 76, l'affirmant à la p. 90:

. . . et il [le tribunal] le [toute décision relative à la garde] ferait en s'inspirant du principe de l'intérêt de l'enfant qui constitue l'une des règles de base du droit familial nouveau.

Le professeur Claude Boisclair, dans *Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence?* (1978), est d'avis, à la p. 4, que les «tribunaux ont toujours cherché à prendre la meilleure décision dans «l'intérêt de l'enfant»». L'honorable Albert Mayrand, «L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l'enfant», *loc. cit.*, à la p. 48, après avoir examiné la jurisprudence portant sur le droit en vigueur avant la réforme de 1981, concluait que «[l']attribution de la garde de l'enfant repose sur la recherche de son intérêt, soit la recherche de son bonheur».

#### (ii) La réforme de 1981

Même si l'art. 30 C.c.B.-C., adopté lors de la réforme globale du droit de la famille au Québec, est de droit nouveau, le juge Albert Mayrand rappelle, dans l'arrêt *Droit de la famille — 52*, [1983] C.A. 388, à la p. 391, que:

Même avant la nouvelle réforme du droit familial, l'autorité paternelle devait être exercée dans l'intérêt de l'enfant. Le nouvel article 30 du Code civil du Bas-Canada transforme cette règle jurisprudentielle en une règle légale et lui donne un relief indiscutable . . . [Je souligne.]

Voir au même effet: *Droit de la famille — 110*, [1984] C.S. 99, à la p. 101 (le juge Gomery).

Dans l'arrêt *C. (G.) c. V.-F. (T.)*, précité, qui concernait les conditions d'attribution de la garde d'un enfant à un tiers en droit civil québécois, le juge Beetz, au nom de la Cour, se prononce sur la portée de l'art. 30 C.c.B.-C. en ces termes, aux pp. 269 et 270:

L'intérêt de l'enfant est devenu en droit civil québécois la pierre angulaire des décisions prises à son endroit. La réforme du droit de la famille mise de l'avant en 1980 par l'adoption de la Loi instituant un nouveau Code civil et portant réforme du droit de la famille, L.Q. 1980, chap. 39, a consacré le caractère pri-

was for the first time unequivocally recognized in the Civil Code with that reform. . . .

The adoption of art. 30 *C.C.L.C.* was accompanied by a number of legislative amendments intended to apply this criterion to the various situations in which the child's welfare is likely to be compromised. The legislature also imposed on the courts a duty to ensure that the child's interest is protected. . . .

The wording of art. 30 *C.C.L.C.* itself confirms that the child's interest can sometimes prevail over that of the person having parental authority if these interests come into conflict. Article 30 *C.C.L.C.* states that the child's interest must be considered in light of, *inter alia*, "the child's age, sex, religion, language, character and family surroundings, and the other circumstances in which he lives". Despite the considerable weight that must be given to them, family surroundings are not the determining factor: they are just one factor among others to be considered. [Emphasis added; emphasis in last paragraph added by Beetz J.]

After referring to various authors, Beetz J. goes on to say, at p. 271:

There can be no question that art. 30 *C.C.L.C.* applies to custody matters. Article 30 *C.C.L.C.* is based on the *Draft Civil Code* proposed by the Civil Code Revision Office, which in a chapter entitled "Provisions Relating to Children", proposed an article which is fundamentally identical:

**25** In every decision concerning a child, whether that decision is made by his parents, by the persons acting in their stead, by those entrusted with his custody or by judicial authority, the child's interest must be the determining factor.

Consideration is given in particular to the child's age, sex, religion, language, character and family surroundings, and the other circumstances in which he lives.

(Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code: Draft Civil Code* (1978), vol. I, at p. 9.)

The comments of the Office on this provision clearly indicate its applicability to custody:

This article is new. It states the principle that the child's interest is of supreme importance when decisions concerning him are made. It also determines the

mordial du critère de l'intérêt de l'enfant. Le principe de la primauté de l'intérêt de l'enfant a alors été reconnu pour la première fois de façon non équivoque dans le Code civil. . . .

<sup>a</sup> L'adoption de l'art. 30 *C.c.B.-C.* s'est accompagnée de plusieurs modifications législatives destinées à assurer l'application de ce critère aux diverses situations où le bien-être de l'enfant est susceptible d'être compromis. Le législateur a en outre imposé aux tribunaux le devoir de veiller à la protection des intérêts de l'enfant. . . .

<sup>c</sup> Le libellé de l'art. 30 *C.c.B.-C.* confirme lui-même que l'intérêt de l'enfant peut primer à l'occasion sur celui du titulaire de l'autorité parentale s'ils entrent en conflit. L'article 30 *C.c.B.-C.* énonce que l'intérêt de l'enfant s'évalue en prenant en considération notamment «l'âge, le sexe, la religion, la langue, le caractère de l'enfant, son milieu familial et les autres circonstances dans lesquelles il se trouve». Malgré le poids considérable qui doit lui être accordé, le milieu familial n'est donc pas le critère déterminant: il demeure un facteur qui doit être considéré parmi d'autres. [Je souligne; souligné dans le dernier paragraphe par le juge Beetz.]

<sup>e</sup> Après s'être référé à divers auteurs, le juge Beetz poursuit, à la p. 271:

L'application de l'art. 30 *C.c.B.-C.* en matière de garde ne saurait faire de doute. L'article 30 *C.c.B.-C.* tire son origine du *Projet de Code civil* présenté par l'Office de révision du Code civil qui proposait au chapitre intitulé «Dispositions relatives aux enfants» un article sensiblement identique:

**25** L'intérêt de l'enfant doit être la considération déterminante de toute décision qui le concerne, qu'elle soit prise par ses parents, par les personnes qui en tiennent lieu ou qui en ont la garde ou par l'autorité judiciaire.

On tient compte, notamment, de l'âge, du sexe, de la religion, de la langue, du caractère de l'enfant, de son milieu familial et des autres circonstances dans lesquelles il se trouve.

(Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec: Projet de Code civil* (1978), vol. I, à la p. 9.)

Les commentaires de l'Office au sujet de cette disposition indiquent clairement son applicabilité en matière de garde:

Cet article est nouveau. Il énonce le principe de la primauté de l'intérêt de l'enfant dans les décisions qui le concernent. Il précise, en outre, les critères qui doi-

criteria by which the court must be guided in its assessment, particularly in cases of adoption, custody or support.

(Civil Code Revision Office, *Report on the Québec Civil Code: Commentaries*, vol. II, t. 1, at p. 28.) [Emphasis added.]

Finally, Beetz J. wrote, at p. 272:

By adopting the very wording of art. 30 *C.C.L.C.*, art. 569 *C.C.Q.* [applicable in divorce matters] makes it clear beyond doubt that the child's interest is the only criterion to be considered in awarding custody. [Emphasis added.]

There can be no question that these observations equally apply to one of the attributes of custody, the right to access.

Quebec courts have consistently followed this approach. In *Droit de la famille — 411*, [1987] R.J.Q. 2584, Piché J. of the Superior Court relied largely on the comments of Beetz J. in disposing of a case concerning child custody and the rights of access of parents. Similarly, in *Droit de la famille — 425*, [1988] R.J.Q. 159, the Superior Court had to rule on the custody of a child and rights of access. Reeves J. eloquently expounded on the view of the child's interests as proposed by art. 30 *C.C.L.C.*, from which I find it useful to quote large extracts (at pp. 161-62):

[TRANSLATION] The solution to this dilemma is to be found in an objective assessment of the various specific aspects of this abstract notion of "the child's interest". This assessment has to be made in conjunction with that of the parents' interests, though without being subordinate to the latter. . . .

The child's interest is not defined by law: it is only mentioned in art. 30 *C.C.* . . .

. . . .

It can be said that the interest of a human being is nothing but the measure of his welfare (*In re Goyette: Centre de services sociaux du Montréal métropolitain*, [1983] C.S. 429). There are generally four aspects to a person's welfare: the physical or material, the emotional, the intellectual or educational, and, finally, the moral and

vent guider le tribunal dans son appréciation, notamment en cas d'adoption, de garde ou de pension alimentaire.

(Office de révision du Code civil, *Rapport sur le Code civil du Québec: Commentaires*, vol. II, t. 1, à la p. 30.) [Je souligne.]

Finalement, à la p. 272, le juge Beetz écrit:

En reprenant les termes mêmes de l'art. 30 *C.c.B.-C.*, l'art. 569 *C.c.Q.* [applicable en matière de divorce] consacre de façon indubitable que l'intérêt de l'enfant est le seul critère qui doit être considéré dans l'attribution de la garde d'un enfant. [Je souligne.]

Ces énoncés s'appliquent, on ne saurait en douter, tout autant en matière d'un des démembrements de la garde, le droit de visite et de sortie.

La jurisprudence québécoise n'a pas dévié depuis. Dans l'affaire *Droit de la famille — 411*, [1987] R.J.Q. 2584, le juge Piché de la Cour supérieure s'inspire largement des propos du juge Beetz afin de disposer d'un litige portant sur la garde des enfants et sur les droits de visite et de sortie des parents. De même, dans *Droit de la famille — 425*, [1988] R.J.Q. 159, la Cour supérieure avait à se prononcer sur la garde d'une enfant et les droits de visite et de sortie. Le juge Reeves élabore de façon éloquente sur la vision de l'intérêt de l'enfant que propose l'art. 30 *C.c.B.-C.*, dont je crois utile de citer de larges extraits (aux pp. 161 et 162):

La solution de ce dilemme se trouve dans une appréciation objective des divers éléments concrets visés par cette notion abstraite appelée «l'intérêt de l'enfant». Cette appréciation doit se faire en conjonction avec celle de l'intérêt des parents, sans toutefois lui être subordonnée . . .

L'intérêt de l'enfant n'est pas défini par la loi: celle-ci le mentionne seulement à l'article 30 *C.C.* . . .

. . . .

On peut dire que l'intérêt de l'être humain n'est autre chose que la mesure de son bien (*In re Goyette: Centre de services sociaux du Montréal métropolitain*, [1983] C.S. 429). Or, le bien d'une personne comporte généralement quatre aspects: le physique ou matériel, l'affectif ou émotionnel, l'intellectuel ou éducatif et enfin le

religious or spiritual aspects. The combination of all these aspects gives a person what may be called his particular "culture".

The second paragraph of art. 30 alludes to these aspects in part and by way of illustration.

Marital or family disputes result simply from the inability of parents and/or children to adapt to the occurrence, unforeseen in time and space, of the innumerable possible combinations of these four aspects of human activity.

Children, who are destined to become fully developed human beings, stable and responsible citizens, will survive their parents. The survival of children and, by extension, of society is thus the underlying reason for the priority given to the interests and rights of the child over its parents' interests and rights. Article 30 C.C. uses the phrase "determining factors": this is synonymous with "priorities". [Emphasis added.]

See also *Droit de la famille — 1717*, [1993] R.J.Q. 166 (Sup. Ct.), at p. 172, per Frenette J.

The doctrine, to the same effect, does not seem to have led to any controversy. Professor Mireille D.-Castelli, *Précis du droit de la famille* (2nd ed. 1990), at p. 226, considers that the only criterion in custody matters is consideration of the child's interests as provided for in art. 30 C.C.L.C. or, in the event of a divorce, s. 16 of the *Divorce Act*. Professor Ouellette, *Droit de la famille, supra*, at p. 186, notes that the criteria for awarding custody to a parent are many and varied, but the entire [TRANSLATION] "approach is designed to identify the child's best interests, which is the only absolute criterion".

The same criterion is adopted by commentators and courts in France. In *Droit civil: la famille* (3rd ed. 1993), Collection Domat Droit Privé, Professor Gérard Cornu states that, when a court must rule on what will happen to the children in a divorce, [TRANSLATION] "the law (Civ. C. arts. 287 and 287-1) gives the judge the function of choosing among the solutions it offers the one dictated by the child's interests" (No. 416, p. 545). His reflec-

moral et religieux ou spirituel. L'achèvement de l'ensemble de ces aspects donne à un être ce que l'on peut appeler sa «culture» particulière.

<sup>a</sup> Le second alinéa de l'article 30 évoque ces aspects de façon partielle et illustrative.

<sup>b</sup> Les conflits conjugaux ou familiaux résultent simplement de l'incapacité des parents et/ou des enfants à s'adapter à la survenance imprévue, dans le temps et l'espace, des innombrables combinaisons possibles de ces quatre aspects de l'activité humaine.

<sup>c</sup> Or, les enfants, destinés à devenir des êtres humains pleinement épanouis, des citoyens stables et responsables, survivront à leurs parents. La survie des enfants et, par extension, celle de la société, est donc la raison profonde de la priorité de l'intérêt et des droits de l'enfant sur l'intérêt et les droits de ses parents. L'article 30 C.C. emploie l'expression «motifs déterminants»: cela est synonyme de «prioritaires». [Je souligne.]

<sup>e</sup> Voir aussi: *Droit de la famille — 1717*, [1993] R.J.Q. 166 (C.S.), à la p. 172 (le juge Frenette).

<sup>f</sup> La doctrine est également au même effet et ne semble d'ailleurs pas avoir soulevé de controverse. Le professeur Mireille D.-Castelli, *Précis du droit de la famille* (2<sup>e</sup> éd. 1990), à la p. 226, considère que le seul critère en matière de garde est celui de l'intérêt de l'enfant prévu à l'art. 30 C.c.B.-C. ou, s'il s'agit d'un divorce, à l'art. 16 de la *Loi sur le divorce*. Le professeur Ouellette, *Droit de la famille, op. cit.*, à la p. 186, note que les critères d'attribution de garde à un parent sont multiples et variés, mais toute «la démarche entend préciser le meilleur intérêt de l'enfant, seul critère absolu».

<sup>j</sup> En France, le même critère est reconnu par la doctrine et la jurisprudence. Le professeur Gérard Cornu, dans *Droit civil: la famille* (3<sup>e</sup> éd. 1993), collection Domat Droit Privé, affirme que, lorsque le tribunal doit statuer sur le sort des enfants au moment du divorce, «la loi (C. civ. art. 287 et 287-1) confère au juge mission de choisir, parmi les solutions qu'elle offre, celle que dicte l'intérêt de l'enfant» (n<sup>o</sup> 416, p. 545). La réflexion qu'il



tions, at No. 414, p. 543, are just as valid in Quebec as they are in France:

[TRANSLATION] Divorce reveals — what parental consultation was supposed to assume — that the interest of the child is a superior interest which society is to protect in the event of parental discord. A socially protected superior interest means, in one respect, an interest external to the parents, in the sense that the child is not their thing (not a thing to be divided like silverware), not a pawn in their dispute, a being which is not on earth in order to bear the burden of their problem, but to fulfil its destiny like any person who, since the origins of humanity, has by chance come into being in the long succession of generations, parents who have been children, until they themselves are parents of other children. This is the message which, in divorce, society gives to warring parents: you do not count.

Parents do count. A superior interest does not mean an exclusive interest or a foreign domain. Parents also suffer and their children love them. Their proper and respective interests are legitimate; and even their faults as spouses do not as such disqualify them as parents. Their natural vocation to promote their parental relations remains intact, and most importantly their vocation to participate together in the necessary adaptation. [Emphasis added.]

Accordingly, whether rights of custody or access are involved, the child's best interests as set out in art. 30 *C.C.L.C.* will be the sole guide. These best interests may properly require that certain restrictions be placed on the right to access. This is precisely the issue raised in the present appeal.

## 2. Its Content

Though there is no longer any doubt as to the rule of the child's best interests, its content has evolved so that it now includes a whole range of factors identified by courts and supported by commentators.

In *Dugal v. Lefebvre*, [1934] S.C.R. 501, Rinfret J. noted at p. 508 that [TRANSLATION] "if the parents want the courts to help them retain their children's affection and devotion, they themselves must at least show some interest". Factors such as the child's physical health, well-being, education and instruction, as well as his or her wishes, were

poursuit, au n° 414 à la p. 543, est tout aussi valable au Québec qu'en France:

Le divorce révèle — ce que le tête-à-tête parental était censé assumer — que l'intérêt de l'enfant est un intérêt supérieur à la sauvegarde duquel, dans la désunion parentale, la société est fondée à veiller. Intérêt supérieur socialement sauvegardé, cela signifie, par un côté, intérêt extérieur aux parents. En ce sens que l'enfant n'est pas leur chose (pas une chose à partager comme l'argenterie) pas un enjeu dans leur rivalité, un être qui n'est pas sur terre pour assumer leur problème, mais pour vivre sa destinée, comme tout homme que, depuis le début de l'humanité, le hasard a fait naître dans la chaîne des générations, de parents qui ont été des enfants, en attendant d'être eux-mêmes parents d'autres enfants. C'est le message que, dans le divorce, la société adresse aux parents désunis. Parents, vous n'êtes rien.

Parents, vous êtes tout. Intérêt supérieur ne signifie ni intérêt exclusif, ni domaine étranger. Les parents souffrent aussi et leurs enfants les aiment. Leurs intérêts propres et respectifs sont légitimes. Et même leurs fautes comme conjoints, en elles-mêmes, ne les disqualifient pas comme parents. Leur vocation naturelle à nourrir leurs relations parentales demeure entière, et première leur vocation à participer, dans la concertation, à l'adaptation nécessaire. [Je souligne.]

Qu'il s'agisse, donc, de garde ou de droit de visite et de sortie, le meilleur intérêt de l'enfant qu'édicte l'art. 30 *C.c.B.-C.* sera le seul guide. Ce meilleur intérêt peut justement commander qu'on apporte certaines restrictions au droit de visite et de sortie. C'est précisément ce que le présent pourvoi vise à trancher.

## 2. Son contenu

Même si la règle du meilleur intérêt de l'enfant ne fait plus de doute, son contenu a toutefois évolué pour inclure aujourd'hui une panoplie de facteurs dégagés par la jurisprudence et appuyés par la doctrine.

Dans *Dugal c. Lefebvre*, [1934] R.C.S. 501, le juge Rinfret faisait remarquer, à la p. 508, que «si les parents désirent que les tribunaux les aident à conserver l'affection et l'attachement de leurs enfants, il faut au moins qu'eux-mêmes s'y intéressent». Les éléments tels la santé physique, le bien-être, l'éducation et l'instruction de l'enfant,

regarded as an integral component of the child's best interests.

The Court again considered the point in *Taillon v. Donaldson*, *supra*. According to Fauteux J., dissenting on the question of assessment of evidence by the trial judge, the child's interests should not be regarded as purely material, but should be examined as part of the whole institution of the family with the resulting rights and duties therefrom (p. 269).

The age of the child was one of the criteria considered by courts in dealing with custody: see *Keller v. Kredl*, [1956] Que. Q.B. 810, and *Wilson v. Thompson*, [1959] Que. Q.B. 522. As Édith Deleury, Michèle Rivet and Jean-Marc Neault, "De la puissance paternelle à l'autorité parentale: Une institution en voie de trouver sa vraie finalité" (1974), 15 *C. de D.* 779, at p. 848, observe, [TRANSLATION] "[t]he child's age is one criterion used by courts in granting custody, but like all the other criteria it is subject to the general principle of the child's interests".

According to Martel J. of the Superior Court in *M. v. D.*, [1966] C.S. 224, the conduct of the parents and the wishes of the child are among the factors relevant to the child's interests: [TRANSLATION] "[t]he child's welfare being the objective, no consideration that can have any influence on the resolution of this question should be neglected" (p. 225). Similarly, in *Boily v. Vallée*, [1966] Que. Q.B. 1001, the Court of Appeal took into account the possibility of emotional shock in deciding where the child's best interests lay.

Commentators write to the same effect. In 1942, Trudel stated, *supra*, t. 1, at pp. 621-22:

[TRANSLATION] . . . the law thinks first and foremost of the children's interests. Protecting those interests is the only point to be considered by the judge or the court — both have jurisdiction — which must grant custody to the father or the mother. . . .

The facts recognized as most important are the age and religion of the children; the behaviour of the spouses

tout comme la volonté de l'enfant, furent considérés comme partie intégrante de son intérêt.

La Cour se penchait de nouveau sur la question dans l'arrêt *Taillon c. Donaldson*, précité. Selon le juge Fauteux, dissident sur la question de l'appréciation de la preuve faite par le premier juge, l'intérêt de l'enfant ne doit pas avoir un caractère purement matériel, mais doit plutôt être considéré dans l'ensemble de l'institution qu'est la famille avec les droits et obligations qui en découlent (p. 269).

L'âge de l'enfant fut l'un des critères considérés par la jurisprudence en matière de garde: voir les arrêts *Keller c. Kredl*, [1956] B.R. 810, et *Wilson c. Thompson*, [1959] B.R. 522. Comme l'affirment Édith Deleury, Michèle Rivet et Jean-Marc Neault, «De la puissance paternelle à l'autorité parentale: Une institution en voie de trouver sa vraie finalité» (1974), 15 *C. de D.* 779, à la p. 848, l'âge de l'enfant est un critère utilisé par les tribunaux dans l'attribution du droit de garde mais, comme tous les autres critères, il est subordonné au principe général de l'intérêt de l'enfant».

Selon le juge Martel de la Cour supérieure, dans la cause *M. c. D.*, [1966] C.S. 224, la conduite des parents et les désirs de l'enfant sont parmi les facteurs pertinents au regard de l'intérêt de l'enfant, «[L]e bien-être de l'enfant étant le but à atteindre, aucune considération pouvant avoir quelque influence sur la décision de cette question ne doit être négligée» (p. 225). De même, dans l'affaire *Boily c. Vallée*, [1966] B.R. 1001, la Cour d'appel tient compte de la survenance éventuelle d'un choc émotif dans l'appréciation du meilleur intérêt de l'enfant.

La doctrine va dans le même sens. En 1942, Trudel affirmait, *op. cit.*, t. 1, aux pp. 621 et 622:

. . . la loi songe d'abord et surtout à l'intérêt des enfants. La sauvegarde de cet intérêt est le seul point à considérer par le juge ou le tribunal — tous deux ont juridiction — qui doit en confier la garde au père ou à la mère. . . .

Les faits admis comme les plus importants sont: l'âge et la religion des enfants; la conduite des époux envers

toward their children, much more than their mutual feelings; the possibilities for education and instruction; the wishes of a child whose age enables him or her to make a reasonable choice; misconduct by the father or the mother.

Professors Pineau and Ouellette summed up the state of the law on the subject on the eve of the 1981 reform of Quebec family law in the study I have already cited, at p. 91:

[TRANSLATION] Article 215 C.C. provides that a judge may award custody of a child to the father, the mother or a third party. In deciding where the best interests of the child lie, he will take into account the child's age and sex, the parents' age and conduct, the child's views, the possibility of providing him or her with a relatively normal home life, the child's psychological equilibrium, and, finally, occasionally, race and religion. The parents' conduct was for a long time the only factor in awarding custody. It was replaced by that of the child's age: a young child was nearly always awarded to the mother. At the present time, it is not untrue to say that Quebec judges give less importance to the criteria set out earlier: the compelling argument is that of the best interests of the child as assessed by the judge, based on the facts presented to it and over which it has the most complete discretion. [Emphasis added.]

From all of the foregoing I conclude that, on the eve of the 1981 family law reform, the criterion to be considered in matters of custody and access was the child's best interests, and this criterion was understood as including a whole range of factors such as age, sex, race, religion, education, psychological equilibrium, the child's views, the possibility of emotional shock to the child and the conduct of the parents, as well as the possibility of giving the child a relatively normal home life. Article 30 C.C.L.C. merely codified the view held by courts and commentators.

In *Young, supra*, the issue, as in this case, was a variation of the right to access to the children, within divorce proceedings. Since the *Divorce Act* makes the child's best interests the sole guide in this matter, the principles I discussed in *Young* are consequently just as applicable to the present appeal. I refer to that case in particular for the

leurs enfants, beaucoup plus que leurs sentiments réciproques; les facilités d'éducation et d'instruction; le désir de l'enfant dont l'âge permet de faire un choix raisonnable; l'indignité du père ou de la mère.

a

Les professeurs Pineau et Ouellette résumant l'état du droit en la matière à la veille de la réforme du droit familial québécois de 1981, dans l'étude que j'ai déjà citée, à la p. 91:

L'article 215 C.c. prévoit que le juge peut accorder la garde de l'enfant au père, à la mère ou à des tiers. Pour décider du meilleur intérêt de l'enfant, il tiendra compte de l'âge et du sexe de l'enfant, de l'âge et la conduite des parents, de l'opinion de l'enfant, de la possibilité de lui offrir un foyer relativement normal, de l'équilibre psychologique de l'enfant et, enfin, occasionnellement, de la race et de la religion. La conduite des parents fut, pendant longtemps, le seul critère déterminant dans l'octroi de la garde. Il fut remplacé par celui de l'âge de l'enfant: un enfant jeune était presque toujours confié à la mère. À l'heure actuelle, il n'est pas faux d'affirmer que les juges québécois accordent une importance mitigée aux critères énoncés plus haut. L'argument convaincant est celui du meilleur intérêt de l'enfant évalué par le juge, à partir de la preuve de faits qui lui est présentée et sur laquelle il a la plus entière discrétion. [Je souligne.]

De tout ce qui précède, je conclus qu'à la veille de la réforme du droit de la famille de 1981, le critère en matière de garde ainsi que de droit de visite et de sortie était celui du meilleur intérêt de l'enfant, ce critère étant compris comme englobant une panoplie de facteurs tels l'âge, le sexe, la race, la religion, l'instruction, l'équilibre psychologique, l'opinion de l'enfant, la possibilité de choc émotif causé à l'enfant et la conduite des parents, de même que la possibilité d'offrir à l'enfant un foyer relativement normal. L'article 30 C.c.B.-C. n'est venu que codifier cette position jurisprudentielle et doctrinale.

Dans l'arrêt *Young*, précité, auquel je réfère ici, il s'agissait, comme c'est le cas ici, de modifications au droit de visite et de sortie des enfants dans le cadre d'une requête en divorce. Comme la *Loi sur le divorce* fait du meilleur intérêt de l'enfant le seul guide en cette matière, les principes que j'ai dégagés dans *Young* sont, par conséquent, tout

studies and statistics therein mentioned, which do not need to be repeated here.

In *Young*, the Court of Appeal ((1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1) adopts "harm" as the criterion for determining whether or not to restrict parental rights to access. Given the clear, precise and unambiguous wording of art. 30 C.C.L.C., the only section applicable, it is hard to understand how the concept of "harm" as the sole criterion could have made inroads into this area of law. Neither courts nor commentators have taken this approach.

Further, as I noted in *Young*, the right to custody, and especially its attribute, the right to access, exist only in so far as they are provided for by the legislation itself: the right is a purely statutory creation, under the Civil Code. In interpreting such a disposition, one should not violate the meaning of the text, nor improperly expand it. In my opinion, the scope my colleague gives to the wording of the Civil Code is one which neither, the letter nor the spirit, of the provision may support.

The test of harm could not be the determining factor even though it is within the circle of all the factors making up the child's best interests in determining rights of access. It is clear that if the exercise of such rights causes "real and significant" harm to the child, those rights will automatically be restricted. Nevertheless, it is also true that, even in the absence of harm, the range of factors, listed in the Code and made explicit in commentary and case law, which are used to determine where the child's best interests lie (age, sex, religion, need, resources, environment, physical and psychological well-being, special characteristics, and so on), may require courts to restrict the rights of access of a parent, temporarily or otherwise, wholly or partially, or limit it to certain conditions. In this area, judicial discretion is broad precisely so the judge may take into account all the factors

aussi applicables au présent pourvoi. J'y réfère en particulier en ce qui a trait aux études et statistiques dont je fais état, et qu'il n'y pas lieu de répéter ici.

La Cour d'appel dans *Young* ((1990), 50 B.C.L.R. (2d) 1) adopte le «préjudice caractérisé» comme critère afin de déterminer s'il y a lieu ou non de restreindre les droits de visite et de sortie. Devant le texte clair, précis et non ambigu de l'art. 30 C.c.B.-C., le seul applicable à l'espèce, il est difficile de comprendre comment la notion de «préjudice caractérisé» comme critère unique, a pu voir le jour en la matière. Ni la doctrine ni la jurisprudence ne vont non plus dans ce sens.

En outre, comme je l'ai noté dans l'arrêt *Young*, le droit de garde, et surtout son corollaire le droit de visite et de sortie, n'existent que dans la mesure où ils sont prévus par la loi elle-même; il s'agit d'une création purement statutaire, en l'occurrence le Code civil. Son interprétation ne saurait violer le texte ni aller au-delà. À mon avis, l'étendue que ma collègue prête au texte du Code civil en est une que ni la lettre ni l'esprit du texte ne supportent.

Le critère du préjudice caractérisé ne saurait être le critère déterminant, même s'il s'inscrit à l'intérieur de l'analyse de tous les facteurs constituant le meilleur intérêt de l'enfant en vue de déterminer les droits de visite et de sortie. Il est évident que si l'exercice de ces droits cause un préjudice «réel et significatif» à l'enfant, ceux-ci seront restreints automatiquement. Néanmoins, il est également vrai que, même en l'absence de préjudice caractérisé, la panoplie de facteurs, énumérés au Code et explicités par la doctrine et la jurisprudence, qui sont appelés à déterminer où se situe le meilleur intérêt de l'enfant (âge, sexe, religion, besoin, ressources, milieu, santé physique et psychologique, traits particuliers à l'enfant, etc.), peut commander au tribunal de restreindre le droit de visite et de sortie d'un parent, temporairement ou non, totalement ou partiellement, ou de l'astreindre à certaines modalités. En ce domaine, la discrétion du juge est étendue pour tenir compte justement de

relevant to each case, as required by the Civil Code.

In short, although harm to the child is one of the factors a court must take into account if the circumstances so require, it was not isolated by the legislature as being the sole criterion. In my view, it would be going against the wording of the Civil Code to propose as a sole criterion a factor which is only one of the many components of the criteria adopted by the legislature, namely the interests of the child and his or her needs, and not from that of the "rights" of parents. This theory of the predominance of parents' rights has long been rejected in favour of that of the paramount rights of children, as I discuss at greater length in *Young, supra*.

Finally, as I also observed in *Young*, waiting for harm to occur, which is essentially the theory of harm, is not only contrary to the child's best interests but puts the burden of error on the child and places the emphasis *a posteriori* rather than *a priori*, which definitely distorts the purpose of these Civil Code provisions, which are designed specifically to avoid subjecting the child to harm. It is the child, as I stated above, who should always be the focus, not the interests or needs of the parents. The right to access is a right designed primarily to benefit the child, not the parents. It is the parents who have the duty of providing for, protecting and promoting their children's best interests.

I, therefore, conclude that, like the Superior Court, the Court of Appeal, in applying the criterion of the child's best interests to the present case, made no error of principle. The appellant's arguments on this aspect of the case should, therefore, be rejected.

### 3. Its Constitutionality

The appellant, however, raised the unconstitutionality of the criterion of the child's best interests, arguing that it is too vague and discretionary. In his submission, the discretion conferred upon

tous les facteurs pertinents à chaque cas, comme le Code civil le mandate.

Bref, bien que le préjudice caractérisé causé à l'enfant soit l'un des facteurs dont le tribunal devra tenir compte si les circonstances le nécessitent, il n'a pas été isolé par le législateur comme étant l'unique critère. À mon avis, c'est aller à l'encontre du texte du Code civil que de proposer comme critère unique un facteur qui n'est que l'une des nombreuses composantes de celui que le législateur a retenu, c'est-à-dire l'intérêt de l'enfant, évalué à partir de l'enfant et de ses besoins, et non pas à partir des «droits» des parents. Cette théorie de la prévalence des droits des parents a, depuis longtemps, été écartée au profit de celle des droits primordiaux des enfants, comme j'en discute plus longuement dans l'arrêt *Young*, précité.

Enfin, comme je l'ai aussi observé dans *Young*, attendre l'arrivée d'un préjudice, ce qui est somme toute la théorie du préjudice caractérisé, est non seulement contraire au meilleur intérêt de l'enfant, mais encore reporte les risques d'erreur sur l'enfant et met l'accent à posteriori plutôt qu'à priori, ce qui contourne en définitive le but de ces dispositions du Code civil, qui ont justement pour objet d'éviter que l'enfant ne subisse un préjudice. C'est l'enfant, je le répète, qui doit toujours être le point de mire, et non pas les intérêts ou les besoins des parents. Le droit de visite et de sortie est un droit édicté principalement en faveur de l'enfant, et non des parents. Ce sont les parents qui ont le devoir d'assurer, de protéger et de promouvoir le meilleur intérêt de leur enfant.

Je conclus donc que la Cour d'appel, à l'instar de la Cour supérieure, en appliquant au litige le critère du meilleur intérêt de l'enfant, n'a commis aucune erreur de principe. Les moyens de l'appellant sur cet aspect du litige doivent donc être écartés.

### 3. Sa constitutionnalité

L'appelant soulève, toutefois, l'inconstitutionnalité du critère du meilleur intérêt de l'enfant, en ce sens qu'il est imprécis et trop discrétionnaire. Selon lui, la discrétion conférée aux tribunaux en

the courts under art. 30 *C.C.L.C.* infringes the *Charter*, and, moreover, the criterion of the child's best interests is so vague as to infringe ss. 1 and 7 of the *Charter*.

Like my colleague, I am of the view that the provisions of the Civil Code at issue here do not infringe any principle enshrined in the *Charter*. On the contrary, those provisions are consistent with the values underlying the *Charter*. First, this Court has already held that even very broad judicial discretion in a legislative provision does not in itself give rise to a constitutional review of that provision (*Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at p. 439 (per Sopinka J.); *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 410 (per La Forest J.); and *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at pp. 691-92 (per Dickson C.J.)), provided that such discretion has a rational connection with the legislative objective of the provision. There can be no doubt that such a connection is present in this case.

For the same reasons as those set out in *Young*, *supra*, I am of the view that the existence of a broad discretion is closely linked to achieving the legislative objective of promoting the child's best interests. This is what emerges upon an examination of the context of art. 30 *C.C.L.C.* as well as its wording. This discretion conferred by art. 30 *C.C.L.C.* makes it possible for one to consider the circumstances of each case, circumstances which can be infinitely varied. The flexibility of this article does not make it vague. On the contrary, the legislative provisions adopted in family law, in particular those dealing with custody and access rights, such as art. 30 *C.C.L.C.*, are probably the best example of the type of legislation which, in order to properly achieve its objectives, requires broad judicial discretion. The following remarks by the Hon. Albert Mayrand, "La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale", *supra*, at p. 228, are very apposite here:

[TRANSLATION] It is sometimes argued that the courts are given excessive discretion in family law; but this discretion makes it possible to devise judicial solutions better suited to new situations than rules enacted by the legislature would be. [Emphasis added.]

vertu de l'art. 30 *C.c.B.-C.* viole la *Charte*, et, de plus, le critère du meilleur intérêt de l'enfant est imprécis au point de constituer une violation de l'article premier et de l'art. 7 de la *Charte*.

Comme ma collègue, je suis d'avis que les dispositions du Code civil ici en jeu ne portent atteinte à aucun principe enchâssé dans la *Charte*. Bien au contraire, ces dispositions sont en harmonie avec les valeurs que sous-tend la *Charte*. D'une part, notre Cour a déjà décidé que la discrétion judiciaire, même étendue, dans une disposition législative ne donne pas lieu en soi à un examen constitutionnel d'une telle disposition (*Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, à la p. 439 (le juge Sopinka); *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 410 (le juge La Forest); et *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, aux pp. 691 et 692 (le juge en chef Dickson)), en autant que cette discrétion ait un lien rationnel avec les objectifs législatifs de cette disposition. Or, ce lien ne saurait ici faire de doute.

Pour les mêmes motifs que ceux énoncés dans l'arrêt *Young*, précité, j'estime, en effet, que la présence d'une large discrétion est ici intimement liée à l'accomplissement de l'objectif législatif de promouvoir le meilleur intérêt de l'enfant. C'est ce qui ressort d'un examen du contexte de l'art. 30 *C.c.B.-C.* ainsi que de son libellé. Cette discrétion conférée par l'art. 30 *C.c.B.-C.* permet de mieux cerner les circonstances de chaque cas, circonstances qui peuvent varier à l'infini. La souplesse de cet article ne le rend pas imprécis pour autant. Au contraire, les dispositions législatives adoptées en droit de la famille, en particulier celles portant sur la garde et le droit de visite et de sortie comme l'art. 30 *C.c.B.-C.*, constituent probablement le meilleur exemple du type de législation requérant, pour réellement satisfaire ses objectifs, une discrétion judiciaire étendue. Me semblent très pertinents les propos suivants de l'honorable Albert Mayrand, «La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale», *loc. cit.*, à la p. 228:

On se plaint parfois d'une trop grande discrétion accordée aux tribunaux en droit familial. Mais cette discrétion permet des créations jurisprudentielles mieux adaptées aux situations nouvelles que ne le seraient des règles édictées par le législateur. [Je souligne.]

Seen from this perspective, the criterion of the child's best interests, set out in art. 30 *C.C.L.C.*, which is quite explicit in content, could not be vague within the meaning of s. 1 of the *Charter*. Though it is a fairly broad legislative concept, the criterion of the child's best interests, especially as defined in art. 30 *C.C.L.C.*, refers to the totality of the considerations relating to a child and is capable of application to the circumstances of each case.

As I discuss at greater length in *Young, supra*, this criterion is universally recognized in modern family law and has been adopted in the United States as well as in Australia and Europe. Moreover, it is put forward in the United Nations *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, Article 3(1). This criterion has also been applied for decades by courts in Quebec and abroad, giving rise to a large body of case law. This indicates the universal and lasting value of the criterion, as well as the fact that its content is significant. In my view, this disposes of the appellant's argument regarding judicial discretion.

Moreover, as in *Young, supra*, contrary to the submission of the appellant, art. 30 *C.C.L.C.* is not vague within the meaning of s. 7 of the *Charter*. The constitutional theory of vagueness has no application in this case, as art. 30 *C.C.L.C.*, in using the criterion of the child's best interests, provides a sufficient guide and an adequate basis on which to found a judicial debate (*R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 927; *Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)*, [1990] 1 S.C.R. 1123; *R. v. Keegstra*, [1990] 3 S.C.R. 697; *Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada*, [1991] 1 S.C.R. 139; *Osborne v. Canada (Treasury Board)*, [1991] 2 S.C.R. 69; *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; and *R. v. Morales*, [1992] 3 S.C.R. 711).

For these reasons, the appellant's argument that the criterion of the child's best interests set out in art. 30 *C.C.L.C.*, and the judicial discretion it

Dans cette optique, le critère du meilleur intérêt de l'enfant énoncé à l'art. 30 *C.c.B.-C.*, dont le contenu est par ailleurs explicite, ne saurait être imprécis au sens de l'article premier de la *Charte*. Bien qu'étant un concept législatif assez large, le critère du meilleur intérêt de l'enfant, particulièrement tel que défini à l'art. 30 *C.c.B.-C.*, se rapporte à l'ensemble des considérations relatives à l'enfant et il est susceptible d'application aux circonstances de chaque cas.

Comme j'en discute plus longuement dans l'arrêt *Young*, précité, ce critère est universellement reconnu dans le droit de la famille moderne et a été adopté tant aux États-Unis qu'en Australie et en Europe. De plus, il est mis de l'avant par la Convention des Nations Unies sur les droits de l'enfant, R.T. Can. 1992 n° 3, article 3(1). Ce critère a, en outre, été appliqué depuis des décennies par les tribunaux du Québec et de l'étranger, donnant lieu à une jurisprudence abondante. Cela démontre la valeur universelle et durable de ce critère, de même que le fait que son contenu soit significatif. Ceci dispose, à mon avis, de l'argument de l'appellant relatif à la discrétion judiciaire.

D'autre part, comme dans l'arrêt *Young*, précité, contrairement à ce que soumet l'appellant, l'art. 30 *C.c.B.-C.* n'est pas imprécis au sens de l'art. 7 de la *Charte*. La théorie constitutionnelle de l'imprécision n'a pas d'application à l'espèce, car l'art. 30 *C.c.B.-C.*, en prévoyant le critère du meilleur intérêt de l'enfant, constitue un guide suffisant et un fondement adéquat pour asseoir un débat judiciaire (*R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927; *Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)c du Code criminel (Man.)*, [1990] 1 R.C.S. 1123; *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697; *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139; *Osborne c. Canada (Conseil du Trésor)*, [1991] 2 R.C.S. 69; *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; et *R. c. Morales*, [1992] 3 R.C.S. 711).

Pour ces motifs, les prétentions de l'appellant à l'effet que le critère du meilleur intérêt de l'enfant prévu à l'art. 30 *C.c.B.-C.* et la discrétion judiciaire

entails, are a vague and therefore unconstitutional standard, cannot succeed.

### C. *Freedoms Guaranteed by the Charter*

I shall now deal with the arguments raised by the appellant that the trial judge's order infringes his rights and freedoms protected by the *Charter*, namely his freedom of religion (s. 2(a)), his freedom of expression (s. 2(b)), his right to equality (s. 15(1)) and his freedom of association (s. 2(d)).

#### 1. Section 2(a)

The appellant alleges that the trial judge infringed his freedom of religion guaranteed by s. 2(a) of the *Charter*. As I stated in *Young, supra*, the *Charter* does not apply to private disputes between parents in a family context. The *Charter* can no more cover judicial orders made to resolve disputes of a private nature (*RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; and *Tremblay v. Daigle*, [1989] 2 S.C.R. 530). Furthermore, this is not a situation similar to that of an arbitrator appointed pursuant to a statute and deriving all his or her powers therefrom, as in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038. We are dealing here with the judiciary, a separate branch of government within the meaning of s. 32 of the *Charter*. The *Charter*, accordingly, will not apply here to the order of a court in a family matter. Certain exceptions to this rule, which I set out in *Young, supra*, are not applicable here.

Despite the foregoing, however, courts can in no way ignore the values underlying the *Charter* in any decision they are called upon to make. In this connection, I would like to point out that, in ruling on a child's best interests, a court is not putting religion on trial nor its exercise by a parent for himself or herself, but is merely examining the way in which the exercise of a given religion by a parent through his or her right to access affects the child's best interests.

qu'il comporte constituent une norme imprécise et, de ce fait, inconstitutionnelle, ne sauraient réussir.

### C. *Les libertés garanties par la Charte*

Je passe maintenant aux arguments que soulève l'appelant lorsqu'il prétend que l'ordonnance du premier juge viole ses droits et libertés protégés par la *Charte*, soit sa liberté de religion (al. 2a)), sa liberté d'expression (al. 2b)), son droit à l'égalité (par. 15(1)) et sa liberté d'association (al. 2d)).

#### 1. Alinéa 2a)

L'appelant reproche au premier juge d'avoir enfreint sa liberté de religion garantie à l'al. 2a) de la *Charte*. Comme je l'ai exposé dans l'arrêt *Young*, précité, la *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés entre parents dans un contexte familial. La *Charte* ne peut, non plus, viser des ordonnances judiciaires émises afin de résoudre des litiges de nature privée (*SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, et *Tremblay c. Daigle*, [1989] 2 R.C.S. 530). En outre, il ne s'agit pas ici d'une situation similaire à celle d'un arbitre nommé en vertu d'une loi et en tirant tous ses pouvoirs, comme dans l'arrêt *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038. Nous sommes en présence du pouvoir judiciaire, une branche distincte du gouvernement au sens de l'art. 32 de la *Charte*. En conséquence, la *Charte* ne s'appliquera pas ici à l'ordonnance d'un tribunal en matière familiale. Certaines exceptions à cette règle, dont je fais état dans *Young*, ne sont pas ici applicables.

Malgré ce qui précède, les tribunaux ne sauraient, toutefois, ignorer les valeurs qui sous-tendent la *Charte* dans toutes décisions qu'ils sont appelés à rendre. À cet égard, j'aimerais rappeler qu'en statuant sur le meilleur intérêt de l'enfant, le tribunal ne fait le procès ni d'une religion ni de l'exercice qu'un parent peut en faire pour lui ou pour elle-même, mais examine uniquement la manière dont l'exercice par un parent, d'une religion donnée à l'occasion des droits de visite et de sortie, influe sur le meilleur intérêt de l'enfant.



I am of the view, finally, that there would be no infringement of the freedom of religion provided for in s. 2(a) were the *Charter* to apply to such orders when they are made in the child's best interests. As the Court has reiterated many times, freedom of religion, like any freedom, is not absolute. It is inherently limited by the rights and freedoms of others. Whereas parents are free to choose and practise the religion of their choice, such activities can and must be restricted when they are against the child's best interests, without thereby infringing the parents' freedom of religion. It is important to note that the trial judge's order refers to the appellant's "religious fanaticism" and not to the normal exercise of his religion in respect of his child. Like the trial judge and the Court of Appeal, I would dismiss this argument.

## 2. Section 2(b)

The appellant argues, in this regard, that the order made by the trial judge infringes his freedom of expression guaranteed by s. 2(b) of the *Charter*. As I have just mentioned, no freedom is absolute and this is equally true of the freedom of expression the appellant is claiming. The child's best interests may require imposing limits on this right. If the *Charter* did apply, which, in my view, it does not, the order here in question would not infringe the appellant's freedom of expression provided for in s. 2(b) of the *Charter*. The disputed order does not prohibit any communication by the appellant with C.; it only prohibits him from indoctrinating his daughter in the way he is doing, both by his words and by his activities.

## 3. Section 15(1)

The appellant also contended that the disputed order infringed his right to equality contrary to s. 15(1) of the *Charter*. Not only does the *Charter* not apply to the order, but, in addition, the appellant presented no argument in support of this contention. He simply cited several decisions and authors and gave a brief historical background in support of his contention that Jehovah's Witnesses have been the victims of discrimination as a group.

J'estime, enfin, qu'il n'y aurait pas de violation de la liberté de religion prévue à l'al. 2a) même si la *Charte* s'appliquait à de telles ordonnances lorsqu'elles sont émises dans le meilleur intérêt de l'enfant. Comme la Cour l'a réitéré à maintes occasions, la liberté de religion, comme toute liberté, n'est pas absolue. Elle est limitée de façon inhérente par les droits et libertés des autres. Alors que les parents sont libres de choisir et de pratiquer la religion de leur choix, ces activités peuvent et doivent être restreintes lorsqu'elles contreviennent au meilleur intérêt de l'enfant, sans pour autant violer la liberté de religion des parents. Il est important de souligner que l'ordonnance du premier juge vise le «fanatisme religieux» de l'appellant et non pas l'exercice normal de sa religion auprès de son enfant. D'accord avec le premier juge et la Cour d'appel, je rejetterais ce moyen.

## 2. Alinéa 2b)

L'appellant prétend, à ce chapitre, que l'ordonnance rendue par le juge de première instance porte atteinte à sa liberté d'expression que lui garantit l'al. 2b) de la *Charte*. Comme je viens de le mentionner, aucune liberté n'est absolue et la liberté d'expression dont se réclame l'appellant ne l'est pas non plus. Le meilleur intérêt de l'enfant peut exiger l'imposition de limites à ce droit. Je suis d'avis que, dans l'éventualité où la *Charte* s'appliquait, ce que je nie, l'ordonnance émise ne violerait pas la liberté d'expression de l'appellant prévue à l'al. 2b) de la *Charte*. En effet, l'ordonnance contestée n'interdit pas toute communication par l'appellant avec C.; elle ne lui interdit que d'endoctriner sa fille de la façon dont il le fait, tant par ses paroles que par ses activités.

## 3. Paragraphe 15(1)

L'appellant a aussi soutenu que l'ordonnance contestée violait son droit à l'égalité à l'encontre du par. 15(1) de la *Charte*. Non seulement la *Charte* n'a-t-elle pas d'application à l'ordonnance, mais, au surplus, l'appellant n'a apporté aucun argument au soutien de cette prétention. Il s'est contenté de citer plusieurs décisions et auteurs et de faire un bref survol historique pour appuyer sa prétention que les Témoins de Jéhovah ont été vic-

That is not in any way the question before the Court and these arguments, valid though they might be in some other context, have no bearing on the case at bar. If the Court were concerned with the practice by a Catholic, Protestant or atheist, to mention only a few religious beliefs, the decision would be the same: the child's best interests remain a court's only guideline. This argument simply cannot stand in the present debate.

#### 4. Section 2(d)

On this point, the appellant did not even attempt to show how the order at issue infringed his freedom of association guaranteed by s. 2(d) of the *Charter*, and there is no need to discuss it further.

In view of the foregoing and given my conclusion that the *Charter* has no bearing on the order made by the trial judge, and that even if it did apply, no infringement of the appellant's rights and freedoms has been established, s. 1 of the *Charter* does not come into play. The appellant's arguments relating to the infringement of his rights guaranteed by the *Charter* must, therefore, be rejected.

#### D. *The Agreement*

Before turning to the application of art. 30 C.C.L.C. to the facts of the case at bar, another aspect of the dispute must be disposed of, even though there was no particular discussion of the point.

The parties in this case entered into an agreement, which I reproduced above, recognizing the appellant's right to access and setting the modalities of its exercise. As a general rule, the judicial tendency is to respect such agreements, even though they are not bound to do so. Such agreements are not in any way prohibited: on the contrary, they are encouraged as no one is in a better position than the parties themselves to resolve the question of rights of access. However, courts may and must occasionally intervene where the circumstances and the child's interests so require. The circumstances of both the parties and the child may

time de discrimination en tant que groupe. Ce n'est aucunement la question dont nous sommes saisis et ces arguments, pour valides qu'ils puissent être dans un autre contexte, n'ont aucune application à l'espèce. Se serait-il agi de l'exercice par un catholique, un protestant ou un athée, pour ne nommer que ces croyances religieuses, que la décision serait la même: le meilleur intérêt de l'enfant demeure le seul guide d'un tribunal. Cet argument ne tient tout simplement pas dans le présent débat.

#### 4. Alinéa 2d)

À ce chapitre, l'appellant n'a même pas tenté de démontrer en quoi l'ordonnance rendue violerait sa liberté d'association prévue à l'al. 2d) de la *Charte* et il n'y a pas lieu de s'y attarder.

Compte tenu de ce qui précède et de ma conclusion à l'effet que la *Charte* n'a aucune application à l'ordonnance rendue par le juge du procès et que, même si elle s'appliquait, aucune violation des droits et libertés de l'appelant n'a été démontrée, l'article premier de la *Charte* n'entre pas en jeu. Les arguments de l'appelant relatifs à la violation de ses droits garantis par la *Charte* doivent donc être rejetés.

#### f D. *La convention*

Avant d'aborder l'application de l'art. 30 C.c.B.-C. aux faits de l'espèce, il y a lieu de disposer d'un autre aspect du litige, quoiqu'il n'ait pas fait l'objet d'un débat particulier.

Les parties ont ici conclu une entente, que j'ai reproduite plus haut, reconnaissant le droit de visite et de sortie de l'appelant et en fixant les modalités d'exercice. En règle générale, les tribunaux ont tendance à respecter de telles ententes, même s'ils n'y sont pas tenus. Nullement défendues, elles sont au contraire encouragées, car nul n'est mieux placé que les parties elles-mêmes pour régler la question du droit de visite et de sortie. Cependant, les tribunaux peuvent et doivent à l'occasion intervenir dans la mesure où les circonstances et l'intérêt de l'enfant l'exigent. En effet, les circonstances tant des parties que de l'enfant sont

vary, and it is, then, for courts to ensure that the children's best interests are respected.

For the most part, courts and commentators have considered this type of agreement in the context of divorce proceedings, especially as they concern child custody and maintenance. There is no longer any question as to the validity of such agreements, as Professor Pineau, *La famille, supra*, at p. 122, points out:

[TRANSLATION] If the agreement dealing with the separation itself is void, certain corollary agreements regarding alimony, child custody or the status of the spouses' property may nonetheless be admitted when the spouses are involved in a separation or divorce proceeding or are on the point of being so.

However, these agreements cannot override the power of the courts to alter them or even set them aside, to the extent that they prove to be against the child's best interests. As the Hon. Albert Mayrand, "Conventions entre époux en prévision de leur divorce et conventions entre divorcés" (1960), 20 *R. du B.* 1, at p. 27, noted:

[TRANSLATION] The child's interests determine who will have custody and be primarily responsible for the child's education. As those interests vary with the circumstances, neither an agreement by the parents nor a judicial decision before or after a divorce removes the essentially temporary nature of child custody. However, since one of the divorced parents may by action (not by motion) obtain custody of the child, he or she may also obtain it without a judicial contest, by contract. Like a judgment, such a contract may award one of the parents only a custody right subject to the other parent's visiting right. It is always subject to review since it is legally valid only to the extent that it is consistent with the child's interests at a given time and to the non-transferable rights resulting from parental authority. [Emphasis added.]

More recently, the same jurist returned to the point in "Conventions de séparation entre époux" (1970), 73 *R. du N.* 411, at p. 428:

[TRANSLATION] As alimony is always subject to review because it depends on the variable relationship between the needs of the creditor and the resources of

susceptibles de changer, et il appartient alors au tribunal de s'assurer que le meilleur intérêt de l'enfant soit respecté.

<sup>a</sup> La jurisprudence et la doctrine ont surtout étudié ce genre de conventions à l'occasion d'un divorce, en particulier celle ayant trait à la garde des enfants et de la pension alimentaire. La validité de telles ententes ne fait plus de doute, comme le signale le professeur Pineau, *La famille, op. cit.*, à la p. 122:

<sup>b</sup> Si le pacte portant sur la séparation elle-même est nul, on peut admettre au contraire, certaines conventions accessoires portant sur la pension alimentaire, la garde des enfants, ou le statut des biens des époux lorsque ceux-ci sont en instance de séparation de corps ou de divorce ou sur le point de l'introduire.

<sup>d</sup> Toutefois, ces conventions ne sauraient écarter le pouvoir des tribunaux de les modifier ou même de les annuler si tant est qu'elles se révèlent contraires au meilleur intérêt de l'enfant. C'est ce que souligne l'honorable Albert Mayrand, «Conventions entre époux en prévision de leur divorce et conventions entre divorcés» (1960), 20 *R. du B.* 1, à la p. 27:

<sup>f</sup> L'intérêt de l'enfant détermine la personne qui en aura la garde et sera principalement chargée de son éducation. Comme cet intérêt varie selon les circonstances, ni la convention des parents, ni la décision judiciaire, antérieures ou postérieures au divorce, n'enlèvent à la garde de l'enfant son caractère essentiellement provisoire. <sup>g</sup> Mais, puisque l'un des parents divorcés peut obtenir par action (non par requête) la garde de l'enfant, il peut aussi l'obtenir sans combat judiciaire, par contrat. À l'instar du jugement, ce contrat peut n'accorder à l'un des parents qu'un droit de garde tempéré par le droit de visite de l'autre parent. Il est toujours susceptible de révision, puisqu'il n'a de valeur juridique que dans la mesure où il est conforme aux intérêts de l'enfant à une époque donnée et aux droits inaccessibles résultant de la puissance parentale. [Je souligne.]

<sup>i</sup> Plus récemment, le même juriste revient sur la question, «Conventions de séparation entre époux» (1970), 73 *R. du N.* 411, à la p. 428:

<sup>j</sup> Comme la pension alimentaire est toujours sujette à révision parce qu'elle dépend du rapport variable des besoins du créancier et des facultés du débiteur, ainsi la

the debtor, so child custody is always provisional because it is based on the child's interests, which changes over time and with the circumstances. In principle, an agreement on child custody or access rights is never irrevocable. [Emphasis added.]

Mignault, *supra*, at pp. 36-37, was already of the view, in 1896, that judgments awarding custody of a child could be revoked, always for the latter's greater advantage, if new circumstances were demonstrated. He cited in support the decision of the Superior Court in revision, *Valade v. Corbeil* (1889), 33 L.C.J. 207, where it is stated, at p. 209, that [TRANSLATION] "all decisions on child custody and education are subject to being vacated and modified, in light of new circumstances . . .". See to the same effect Trudel, *supra*, t. 2, at pp. 49-50.

The case of *Bronfman v. Moore*, [1965] Que. Q.B. 181, affirmed by the Supreme Court at [1964] S.C.R. v (unreported), is one of the first attempts by courts to deal with this question. In *Bronfman*, divorce was granted in 1961, and, pursuant to an agreement, custody of the daughter was given to the mother. In 1963, the father unsuccessfully tried to obtain custody of the child; Smith J. of the Superior Court granted him only rights of access. Taking advantage of trips made by his ex-wife on several occasions, the father decided to keep the child with him. The mother then asked the Superior Court to issue a writ of *habeas corpus*, which was granted and affirmed on appeal. Responding to an argument raised by the father, the Court of Appeal, *per Choquette J.A.*, said at p. 186:

[TRANSLATION] Moreover, just like a separation agreement between spouses, an agreement on custody of a common child can only be valid as long as it subsists, although such an agreement may influence any future determination of the child's interests. In principle, such an agreement, when it is broken, cannot prevail over the interests of the child, which always remains the primary consideration. [Emphasis added.]

In *Harris v. Webster*, [1975] C.A. 702, the Court of Appeal examined an agreement between divorced parties regarding the payment of mainte-

garde d'un enfant est toujours provisoire parce qu'elle est axée sur l'intérêt de cet enfant, qui évolue avec le temps et change selon les circonstances. En principe, la convention relative à la garde de l'enfant ou au droit de visite n'est donc jamais irrévocable. [Je souligne.]

Mignault, *op. cit.*, aux pp. 36 et 37, était déjà d'avis, en 1896, que des jugements conférant la garde d'un enfant pouvaient être révoqués, toujours en vue du plus grand avantage de ce dernier, si des circonstances nouvelles étaient démontrées. Il cite à l'appui la décision de la Cour supérieure en révision *Valade c. Corbeil* (1889), 33 L.C.J. 207, dans laquelle on peut lire, à la p. 209, que «toutes les décisions relatives à la garde et à l'éducation des enfants sont susceptibles d'être rapportées et modifiées, à raison de circonstances nouvelles. . .» Voir au même effet: Trudel, *op. cit.*, t. 2, aux pp. 49 et 50.

L'arrêt *Bronfman c. Moore*, [1965] B.R. 181, confirmé par la Cour suprême à [1964] R.C.S. v (non rapporté), constitue l'une des premières tentatives jurisprudentielles d'examiner la question. Dans cette affaire, les parties obtinrent leur divorce en 1961, et, suite à un accord, la garde de leur fille fut confiée à la mère. En 1963, le père tenta, sans succès, d'obtenir la garde de l'enfant; le juge Smith de la Cour supérieure ne lui accorda que des droits de visite et de sortie. Profitant de voyages que son ex-épouse effectua à diverses reprises, le père décida de garder l'enfant avec lui. La mère demanda alors à la Cour supérieure l'émission d'un bref d'*habeas corpus*, qui fut accueilli et confirmé en appel. Concernant un moyen soulevé par le père, la Cour d'appel, sous la plume du juge Choquette, dit à la p. 186:

D'ailleurs, tout comme un accord de séparation entre époux, l'accord concernant la garde d'un enfant commun ne saurait valoir que pour le temps qu'il subsiste, bien qu'un tel accord puisse influencer sur la détermination future de l'intérêt de l'enfant. En principe, pareil accord, lorsqu'il est rompu, ne saurait prévaloir sur l'intérêt de l'enfant, cet intérêt demeurant toujours la considération primordiale. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Harris c. Webster*, [1975] C.A. 702, la Cour d'appel a dû se pencher sur une convention entre parties divorcées, relative au paiement d'une

nance for their three children. The appellant had made a motion that the agreement, ratified by decree, be amended, in order for her to obtain an increase in child support. The Court of Appeal, dismissing the appeal, refused this request as it considered that a [TRANSLATION] "court may intervene against the wishes of the parties when the interests of the children is at stake" (p. 703, *per* Dubé J.A.).

Dealing with the same type of application in *Droit de la famille — 157*, [1984] C.A. 497, Dubé J.A., for the Court of Appeal, noted at p. 499:

[TRANSLATION] Moreover, it is well known that the *Divorce Act* as well as the *Civil Code* of the province of Quebec give the judge complete discretion to vary orders made pursuant to a separation or divorce, even though those orders were made in accordance with an agreement between the parties, where the parties' circumstances have changed since the divorce decree was granted . . . . [Emphasis added.]

With respect to agreements between divorced parties regarding custody and access rights considered by courts, see also *Droit de la famille — 368*, C.A. Montréal, No. 500-09-001589-845, March 17, 1987, C.A.P. 87C-147, and *Droit de la famille — 1472*, C.A. Québec, No. 200-09-000546-918, October 9, 1991, J.E. 91-1639.

The same principles are equally applicable to agreements between unmarried parties regarding access. Reference may be made, for example, to *Droit de la famille — 353*, [1987] R.J.Q. 545, a decision in which the Court of Appeal imposed restrictions on an agreement between parents (who had never married) providing for the right to access by the father, as a result of changes in the religious activities of the father.

I, therefore, conclude that an order ratifying an agreement on custody and/or access is always subject to review in so far as the child's circumstances

pension alimentaire à leurs trois enfants. L'appellante avait demandé, par requête, une modification de l'entente entérinée par jugement, en vue d'obtenir une augmentation de la pension pour ses enfants. La Cour d'appel, rejetant l'appel, refusa cette demande, tout en étant d'avis qu'un «Tribunal peut intervenir à l'encontre du consentement des parties, lorsque l'intérêt des enfants est en jeu» (p. 703, le juge Dubé).

Saisi du même type de requête dans l'affaire *Droit de la famille — 157*, [1984] C.A. 497, le juge Dubé, au nom de la Cour d'appel, précise à la p. 499:

D'ailleurs, il est bien connu que la *Loi sur le divorce* de même que le *Code civil* de la province de Québec reconnaissent au juge entière discrétion de modifier des ordonnances rendues à la suite d'une séparation ou d'un divorce, même si ces ordonnances ont été rendues à la suite d'une entente intervenue entre les parties, en autant que les circonstances entre les parties ont changé depuis que le jugement de divorce a été accordé . . . [Je souligne.]

Au sujet d'ententes entre parties divorcées, relatives à la garde et au droit de visite et de sortie examinées par le tribunal, voir également: *Droit de la famille — 368*, C.A. Montréal, n° 500-09-001589-845, le 17 mars 1987, C.A.P. 87C-147, et *Droit de la famille — 1472*, C.A. Québec, n° 200-09-000546-918, le 9 octobre 1991, J.E. 91-1639.

Les mêmes principes sont tout aussi applicables à l'égard d'ententes entre parties non mariées portant sur le droit de visite et de sortie. On peut consulter à titre d'exemple l'arrêt *Droit de la famille — 353*, [1987] R.J.Q. 545, décision dans laquelle la Cour d'appel a apporté des restrictions à une entente entre les parents (jamais mariés) qui prévoyait des droits de visite et de sortie au père, par suite de changements dans le comportement religieux du père.

Je conclus donc qu'une ordonnance qui entérine une convention statuant sur la garde et/ou sur le droit de visite et de sortie est toujours sujette à révision dans la mesure où les circonstances et l'intérêt de l'enfant le justifient. Ce principe doit

and interests so warrant. This principle must govern the appeal now before this Court.

#### E. Application to the Facts of this Case

Returning to the main issue before the Court, and bearing in mind that the sole criterion in this field is the child's best interests, as mentioned earlier, the only question is whether the trial judge erred as to the applicable criterion, and, if not, whether the facts adduced in evidence support the conclusion he drew from them.

After identifying the applicable guideline as being the child's best interests, the judge appears to have referred to a criterion that goes beyond the one provided for in the Civil Code. His analysis of the evidence led him to conclude that the appellant's right to access should be restricted, even applying this stricter standard.

The evidence disclosed *inter alia* that the appellant did 20 to 25 hours a week of preaching and solicitation, mainly door-to-door, and only worked for 16 to 20 hours a week as a cleaner to provide for his basic necessities. He devoted the rest of his time to reading the Bible and studying his religion. He cannot be faulted for these activities, as such. However, he sought to impose his religion on everyone around him. The evidence also indicates that when she was very young, C. was influenced by her father's teaching, so much so that she repeated up to 15 times a day on returning from visits with the appellant that [TRANSLATION] it is "Jehovah [who] made [C.], [who] made the moon, [who] made the stars, [who] made everything". The child also told the respondent that the appellant had told her that [TRANSLATION] "it was not good to celebrate Christmas" and not to dress up on Halloween. The evidence further discloses that the appellant took the child to Montréal to a religious meeting without the respondent's knowledge and that he did not observe the terms of the agreement regarding his visiting rights, often bringing C. back to the respondent's home late without telling her and neglecting to give her the necessary 24-hour notice before the visit.

recevoir application dans le pourvoi dont nous sommes présentement saisis.

#### E. Application aux faits de l'espèce

Revenant à la question principale dont nous sommes saisis, et compte tenu que le seul critère en la matière est le meilleur intérêt de l'enfant comme je l'ai exposé précédemment, il s'agit uniquement de déterminer si le premier juge a erré quant au critère applicable et, dans la négative, si les faits mis en preuve justifient la conclusion qu'il en a tirée.

Après avoir identifié le guide en la matière comme étant le meilleur intérêt de l'enfant, le juge semble, toutefois, s'être référé à un critère qui va au-delà de celui prévu au Code civil. Son analyse de la preuve l'a amené à conclure qu'il y avait lieu de restreindre le droit de visite et de sortie de l'appelant, même en appliquant ce critère plus exigeant.

La preuve révèle, entre autres, que l'appelant faisait de 20 à 25 heures par semaine de prédication et de sollicitation, constituées en majeure partie de porte à porte, ne travaillant que 16 à 20 heures par semaine dans le domaine du nettoyage pour subvenir à ses besoins vitaux. Il consacrait le reste de son temps à la lecture de la Bible et à l'étude de sa religion. On ne saurait lui reprocher ces activités en soi. Cependant, il tentait d'imposer sa religion à tout son entourage. La preuve indique également que C., très jeune, a été influencée par les enseignements de son père, au point de répéter jusqu'à 15 fois par jour au retour de ses visites avec l'appelant que c'est «Jéhovah [qui] a fait [C.], a fait la lune, a fait les étoiles, a tout fait». De plus, l'enfant a rapporté à l'intimée que l'appelant lui avait dit que «ce n'était pas beau de célébrer Noël» et de ne pas se déguiser à l'Halloween. La preuve révèle aussi que l'appelant a amené l'enfant à Montréal à une réunion religieuse à l'insu de l'intimée et qu'il n'a pas respecté les modalités de l'entente quant à ses droits de visite, ayant, entre autres, souvent ramené C. en retard chez l'intimée sans l'en avertir et négligé de lui donner le préavis requis de 24 heures précédant la visite ou la sortie.

Without specifically mentioning in his judgment each and every piece of evidence he considered, the trial judge saw and heard this evidence, evidence which was not contradicted in any way. He must certainly have weighed the witnesses' credibility and he concluded that the evidence met an even more stringent criterion. *A fortiori* he would have found this evidence sufficient to meet the less stringent test of the child's best interests. My reading of the evidence leads me to the same conclusion.

The trial judge concluded, as a question of fact, that restrictions should be placed on the appellant's right to access to C. He noted the appellant's "religious fanaticism" and "intransigent behaviour", observing at p. 42:

[TRANSLATION] In the case of a young child (3½ years old as in the case at bar), courts may impose limits on the practice of religion in the child's best interests.

This reasoning fully applies to the facts disclosed in the case at bar.

I entirely agree with the conclusion of Vallerand J.A., affirming the judgment, when he says at p. 308:

[TRANSLATION] . . . a young girl 3½ years old must be able to benefit fully from her childhood without being constantly bothered by conflicts, namely whether God is in heaven or in her heart, whether or not she should put on a clown's costume for Halloween, and so on. At that particularly vulnerable age, where, as everyone knows, psychological and emotional traumas often prove to be irreversible, there is no need to wait for such traumas to occur before intervening. The risk is unacceptable and the proposition that she should run the risk before being protected is inadmissible.

It is well established that a court of appeal must not intervene in the determinations and findings of fact made by a trial judge unless an error has been demonstrated. It is well-settled case law that a court of appeal will only intervene in a trial judge's findings of fact if the judge has made a

Le premier juge, sans faire mention spécifiquement au cours de son jugement de chacun des éléments de preuve qu'il a considérés, a vu et entendu cette preuve qui n'a, en outre, été contredite d'aucune façon. Il n'a pas été sans apprécier la crédibilité des témoins et il a conclu que la preuve satisfaisait même à un critère plus exigeant. *À fortiori* aurait-il trouvé cette preuve suffisante au regard du test moins exigeant du meilleur intérêt de l'enfant. Ma lecture de la preuve m'amène à la même conclusion.

Le premier juge a conclu, comme question de fait, qu'il y avait lieu de restreindre le droit de visite et de sortie de l'appelant à C. Il a constaté le «fanatisme religieux» de l'appelant, de même qu'un «comportement intransigeant» de sa part. Comme il le dit lui-même à la p. 42:

Lorsqu'il s'agit d'un jeune enfant (âgé de trois ans et demi comme dans le présent litige), les tribunaux peuvent imposer des limites à l'exercice de la pratique religieuse dans le meilleur intérêt de l'enfant.

Ce raisonnement s'applique entièrement aux faits révélés par le présent litige.

Je ne saurais être plus en accord avec la conclusion du juge Vallerand, confirmant le jugement, lorsqu'il dit à la p. 308:

. . . une fillette de 3 ans et demi doit pouvoir jouir pleinement de sa petite enfance sans être constamment troublée par des conflits à savoir si Dieu est au ciel ou dans son cœur, s'il convient ou pas d'endosser un costume de clown à l'occasion de l'Halloween, etc. Point n'est besoin d'attendre qu'à cet âge particulièrement vulnérable où, chacun le sait, les atteintes psychiques et affectives s'avèrent souvent être irréversibles, d'attendre donc que pareilles atteintes se manifestent pour intervenir. Le risque est inacceptable, et est inadmissible la proposition qu'il faut le lui faire courir avant que de la protéger.

Il est reconnu qu'une cour d'appel ne doit pas modifier les déterminations et conclusions de fait d'un juge de première instance à moins d'erreur de sa part. Selon une jurisprudence bien établie, une cour d'appel n'interviendra dans les conclusions de fait du juge du procès que si le juge a commis une

manifest error, ignored conclusive or relevant evidence, has misunderstood the evidence or drawn erroneous conclusions from it. See *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554, at pp. 572-73 (per Gonthier J.); *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351, at pp. 358-61 (per L'Heureux-Dubé J.); *M. (M.E.) v. L. (P.)*, [1992] 1 S.C.R. 183, at p. 205 (per Gonthier J.); *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705, at pp. 794 and 799 (per L'Heureux-Dubé J.); *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672, at p. 683 (per Dickson C.J.); *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, at p. 9 (per Lamer J.); *Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 78, at p. 84 (per Laskin C.J.); *Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol*, [1978] 1 S.C.R. 491, at p. 504 (per Spence J.); *Métivier v. Cadorette*, [1977] 1 S.C.R. 371, at p. 382 (per de Grandpré J.); and *Dorval v. Bouvier*, [1968] S.C.R. 288, at p. 293 (per Fauteux J.). No such error by the trial judge is present here. The Court of Appeal found none nor did I.

In view of the foregoing, in the absence of any error of principle by the trial judge or error in assessing the evidence, which, in any case, was not disputed, I agree that the majority of the Court of Appeal was right not to intervene.

#### F. Conclusion

In summary, the test applicable to the right to access in respect of a minor child by a non-custodial parent is that of the child's best interests, in accordance with art. 30 *C.C.L.C.* The child should be the focus of the court's concerns as it is the child's rights which are at issue, not those of the parents. The criterion of the child's best interests does not simply mean that the child must not suffer harm. Rather it means that the child is entitled to the best possible conditions in order to protect its best interests, taking into account the circumstances of the child and those of its parents and a range of factors such as age, sex, religion, needs, resources, and so on, as provided by art. 30 *C.C.L.C.*, which governs this dispute between unmarried parties who are parents of a young

erreur manifeste, a ignoré une preuve déterminante ou un élément de preuve pertinent, ou a mal compris la preuve ou en a tiré des conclusions erronées. Voir les arrêts *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, aux pp. 572 et 573 (le juge Gonthier); *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351, aux pp. 358 à 361 (le juge L'Heureux-Dubé); *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183, à la p. 205 (le juge Gonthier); *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705, aux pp. 794 et 799 (le juge L'Heureux-Dubé); *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672, à la p. 683 (le juge en chef Dickson); *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, à la p. 9 (le juge Lamer); *Schreiber Brothers Ltd. c. Currie Products Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 78, à la p. 84 (le juge en chef Laskin); *Joseph Brant Memorial Hospital c. Koziol*, [1978] 1 R.C.S. 491, à la p. 504 (le juge Spence); *Métivier c. Cadorette*, [1977] 1 R.C.S. 371, à la p. 382 (le juge de Grandpré); et *Dorval c. Bouvier*, [1968] R.C.S. 288, à la p. 293 (le juge Fauteux). Aucune telle erreur de la part du juge du procès n'est ici présente. La Cour d'appel n'en relève aucune et je partage cette conclusion.

Compte tenu de ce qui précède, en l'absence d'erreur de principe du premier juge et d'erreur dans l'appréciation d'une preuve, par ailleurs, non contestée, la Cour d'appel à la majorité a eu raison de ne pas intervenir.

#### F. Conclusion

En résumé, le test applicable en matière de droit de visite et de sortie de son enfant mineur par un parent privé de la garde est celui du meilleur intérêt de l'enfant, selon l'art. 30 du *C.c.B.-C.* L'enfant doit être au centre des préoccupations des tribunaux, car ce sont ses droits qui sont en jeu, et non pas ceux des parents. Le critère du meilleur intérêt de l'enfant n'implique pas simplement que l'enfant ne doit pas subir de préjudice caractérisé. Ce critère signifie plutôt que l'enfant a droit aux meilleures conditions possibles en vue de son meilleur intérêt, compte tenu des circonstances dans lesquelles cet enfant se trouve ainsi que celles de ses parents, et d'un ensemble de facteurs tels l'âge, le sexe, la religion, les besoins, les ressources, etc., comme l'édicte l'art. 30 *C.c.B.-C.* qui chapeaute ce



child. Any agreement in this regard may be varied by the court if the child's interest so requires.

The criterion of the child's best interests set out in the Civil Code confers a broad discretion on the courts. This does not mean, however, that it is contrary to the Constitution or that it is vague within the meaning of ss. 1 and 7 of the *Charter*.

The case at bar is not a war of religion. It is simply a question of determining where the best interests of the child C. lie in respect of the rights of access of a non-custodial parent. The *Charter* does not apply to the order made by the trial judge, apart from exceptional circumstances not present here, as the judiciary is not covered by s. 32 of the *Charter*. In any case, even if the *Charter* applied, none of its provisions would be infringed here, in particular the freedom of religion and of expression relied on by the appellant, and s. 1 has no application.

As the trial judge made no error of principle and no error in his determination of the facts on the evidence, I agree with the majority of the Court of Appeal that there was no basis for intervention.

I would accordingly dismiss the appeal with costs throughout.

The constitutional questions should be answered as proposed by my colleague Madame Justice McLachlin.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting) — Subject to my comments in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3 (released concurrently herewith), I agree with McLachlin J.

litige entre parties non mariées, parents d'un enfant en bas âge. Toute entente à cet égard peut être modifiée par le tribunal si l'intérêt de l'enfant l'exige.

Le critère du meilleur intérêt de l'enfant prévu au Code civil confère une discrétion étendue aux tribunaux. Il n'est cependant pas, de ce fait, contraire à la Constitution, ni n'est imprécis pour autant au sens de l'article premier et de l'art. 7 de la *Charte*.

Le présent litige n'est pas une guerre de religion. Il s'agit uniquement de décider où se situe le meilleur intérêt de l'enfant C. au regard des droits de visite et de sortie d'un parent non chargé de la garde. La *Charte* ne s'applique pas à l'ordonnance émise par le juge du procès, sauf circonstances exceptionnelles non ici présentes, car le pouvoir judiciaire n'est pas visé par l'art. 32 de la *Charte*. À tout événement, même si la *Charte* s'appliquait, aucune de ses dispositions ne serait ici violée, en particulier les libertés de religion et d'expression invoquées par l'appelant, et l'article premier n'a pas d'application.

Le premier juge n'ayant commis aucune erreur de principe ni dans la détermination des faits au regard de la preuve, je suis d'accord avec la majorité de la Cour d'appel qu'il n'y avait pas lieu à intervention.

En conséquence, je rejetterais le pourvoi avec dépens dans toutes les cours.

Je répondrais aux questions constitutionnelles comme le propose ma collègue, madame le juge McLachlin.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident) — Sous réserve des commentaires que j'ai faits dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3 (rendu simultanément), je suis d'accord avec le juge McLachlin.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

CORY AND IACOBUCCI JJ. — We have read with great interest the reasons of our colleagues L'Heureux-Dubé, Sopinka and McLachlin JJ. We agree that the fundamental issue to be determined in cases involving custody or access is what the disposition of the case would be in the best interests of the child.

LES JUGES CORY ET IACOBUCCI — Nous avons lu avec beaucoup d'intérêt les motifs des juges L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin. Nous sommes d'accord que la question fondamentale dans les affaires de garde ou de droit de visite et de sortie est de savoir quelle solution sera dans l'intérêt de l'enfant.

Neither differences of opinions of parents regarding religious questions nor the frank discussion of their differing religious perceptions by both parents with the children will be automatically harmful. Indeed it may often be beneficial. We would repeat a portion of our reasons in *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, at pp. 110-11, which were to this effect:

Ni les divergences d'opinions des parents sur les questions religieuses ni la franche discussion avec les enfants des perceptions religieuses des deux parents ne seront automatiquement préjudiciables. En fait, elles peuvent souvent être avantageuses. Nous désirons répéter une partie de nos motifs dans l'arrêt *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, aux pp. 110 et 111:

We find it difficult to accept that any genuine and otherwise proper discussion between a parent and his or her child should be curtailed by court orders. Indeed, curtailment of explanatory or discursive conversations or exchanges between a parent and child should be rarely ordered in our view. To take an example, suppose custodial Parent A is a member of a fundamentalist religion and access Parent B is a scientist who espouses the pure Darwinian theory of evolution. We find it unacceptable that Parent B should be ordered, under the rubric of the best interests of the child test, not to discuss or explain his views to his child as opposed to being forbidden from indoctrinating or otherwise undermining the religious choice made by the custodial parent for the child or children involved. Surely the best interests of the child test embraces genuine discussion of religious belief as opposed to indoctrination, enlistment or harassment, having the aim or effect of undermining the religious decision made by the custodial parent.

Il nous est difficile d'accepter qu'une discussion franche et par ailleurs pertinente entre un parent et son enfant devrait être restreinte par une ordonnance judiciaire. À vrai dire, la restriction de conversations ou d'échanges explicatifs ou informels entre un parent et son enfant devrait, à notre avis, être rarement ordonnée. Supposons, par exemple que A, parent qui a la garde, est membre d'une religion fondamentaliste et que B, parent jouissant d'un droit d'accès, est un scientifique qui embrasse la théorie darwinienne pure de l'évolution. Nous estimons inacceptable qu'il faille interdire à B, en vertu de la norme de l'intérêt de l'enfant, de discuter de ses opinions avec son enfant ou de les expliquer, par opposition à lui interdire de l'endoctriner ou de miner d'autre façon le choix religieux qu'a fait le parent qui a la garde pour le ou les enfants en cause. L'intérêt de l'enfant englobe certainement une discussion franche sur la croyance religieuse, par opposition à l'endoctrinement, au recrutement ou au harcèlement qui a pour objectif de miner la décision du parent qui a la garde sur la question de la religion.

The decision of the trial judge in this case is quite frankly troublesome. There was very little evidence that access by the father was not beneficial to the child. However there was some evidence that the child's behaviour after visits with the father was such that it might be interpreted they had been disturbing for her. As a result it might be said to be in her best interests to place some limitations on the father's access. The trial judge did interpret the evidence as demonstrating

La décision du juge de première instance en l'espèce est très franchement embarrassante. Il y avait très peu d'éléments de preuve que le droit de visite et de sortie exercé par le père n'était pas avantageux pour l'enfant. Toutefois, il ressort de certains éléments de preuve que d'après le comportement de l'enfant après les visites de son père on pouvait déduire qu'elles avaient été perturbantes pour elle. En conséquence, on pourrait dire qu'il serait dans son intérêt que le droit de visite et

that the child was disturbed by the father's repeated references to his religious beliefs and imposed limitations on the father's access.

On issues of credibility, a trial judge is uniquely well placed to make the necessary findings. An appellate court should, apart from exceptional situations, refrain from interfering with those findings.

Similarly the trial judge is in the best position to assess evidence pertaining to the best interests of the child. It is the trial judge who not only hears the evidence but also has the great advantage of watching the demeanour of all who testify. It is the trial judge who can take into account the significant pauses in the responses, the changes in facial expression, the looks of anger, confusion and concern. In the vast majority of cases as a result of hearing and seeing all the witnesses, it is the trial judge who is in the most advantageous position to determine the best interests of the child. Here the trial judge was aware of and applied the test of the best interests of the child and to that end imposed the two conditions upon visitation. Although we would not have imposed them, they are not so unreasonable as to require amendment. It follows that despite our misgivings, his decision should be upheld. We therefore agree with the disposition of the appeal proposed by L'Heureux-Dubé J.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — This case, heard concurrently with *Young v. Young*, [1993] 4 S.C.R. 3, challenges the constitutionality of arts. 653 and 654 of the *Civil Code of Quebec* ("C.C.Q."), and of art. 30 of the *Civil Code of Lower Canada* ("C.C.L.C."). It also raises the question of whether, if the articles are constitutional, the courts below erred in interpreting them so as to permit restrictions on the access of the appellant, more particularly, orders that he not "continually indoctrinate"

de sortie du père soit restreint. Selon le juge de première instance, la preuve démontrait que l'enfant était perturbée par les références répétées de son père à ses croyances religieuses, et il a imposé des restrictions au droit de visite et de sortie du père.

Sur les questions de crédibilité, le juge de première instance est le mieux placé pour rendre les décisions qui s'imposent. Une cour d'appel devrait, sauf dans les situations exceptionnelles, s'abstenir d'intervenir dans ces décisions.

De même, le juge de première instance est le mieux placé pour évaluer la preuve relative à l'intérêt de l'enfant. Non seulement le juge de première instance entend les témoignages, mais il a également le grand avantage d'observer le comportement de tous les témoins. Il peut tenir compte des pauses importantes dans les réponses, des modifications de la physionomie, des regards de colère, de la confusion et de l'inquiétude. Dans la très grande majorité des cas, parce qu'il a entendu et vu tous les témoins, c'est le juge de première instance qui est dans la position la plus avantageuse pour déterminer l'intérêt de l'enfant. En l'espèce, le juge de première instance était au courant du critère de l'intérêt de l'enfant, l'a appliqué et, à cette fin, a imposé les deux conditions aux visites. Bien que nous ne les aurions pas imposées, elles ne sont pas déraisonnables au point de nous amener à les modifier. Il en découle que, malgré notre réticence, il convient de maintenir sa décision. Par conséquent, nous sommes d'accord avec la manière dont le juge L'Heureux-Dubé propose de trancher le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Le présent pourvoi, entendu en même temps que l'affaire *Young c. Young*, [1993] 4 R.C.S. 3, porte sur la contestation de la constitutionnalité des art. 653 et 654 du *Code civil du Québec* («C.c.Q.») et de l'art. 30 du *Code civil du Bas-Canada* («C.c.B.-C.»). Il soulève également la question de savoir si, dans le cas où les articles sont constitutionnels, les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur lorsqu'ils les ont interprétés de manière à restreindre

his child with the beliefs of the Jehovah's Witness faith, that he not take her to the meetings or ceremonies of his faith, and that he not take her on any door-to-door canvassing activities.

The impugned articles of the Civil Codes read:

Article 30 *C.C.L.C.*:

30. In every decision concerning a child, the child's interest and the respect of his rights must be the determining factors.

Consideration may be given in particular to the child's age, sex, religion, language, character and family surroundings, and the other circumstances in which he lives.

Articles 653 and 654 *C.C.Q.*:

653. In the case of difficulties relating to the exercise of parental authority, the person having parental authority may refer the matter to the court, which will decide in the interest of the child after fostering the conciliation of the parties.

654. The court may, for serious cause and in the interest of the child, on the motion of any interested person, declare the father, the mother or either of them, or a third person on whom parental authority may have been conferred, to be totally or partially deprived of such authority.

I note immediately, because the argument was raised by the appellant, that this appeal does not raise an issue of the deprivation of parental authority, and there is no need for the Court to consider the civil law notions of "*autorité parentale*" and "*garde*" for the purpose of disposing of this appeal. Article 648 *C.C.Q.* provides that parents of a child have parental authority, irrespective of their marital status; the courts by virtue of art. 654 are the arbitrators of disputes between the holders of parental authority, when such disputes arise. The courts below did precisely as this latter article contemplates, and arbitrated such a dispute; no deprivation of parental authority was involved.

dre le droit de visite et de sortie de l'appelant, plus particulièrement, en stipulant qu'il n'a pas le droit d'«endoctriner continuellement» son enfant avec les préceptes et la pratique religieuse des Témoins de Jéhovah, de l'amener dans les réunions ou les cérémonies de sa religion, ni de l'amener avec lui faire de la prédication de porte en porte.

Voici le texte des articles des Codes civils qui sont contestés:

L'article 30 *C.c.B.-C.*:

30. L'intérêt de l'enfant et le respect de ses droits doivent être les motifs déterminants des décisions prises à son sujet.

On peut prendre en considération, notamment, l'âge, le sexe, la religion, la langue, le caractère de l'enfant, son milieu familial et les autres circonstances dans lesquelles il se trouve.

Les articles 653 et 654 *C.c.Q.*:

653. En cas de difficultés relatives à l'exercice de l'autorité parentale, le titulaire de l'autorité parentale peut saisir le tribunal qui statuera dans l'intérêt de l'enfant après avoir favorisé la conciliation des parties.

654. Le tribunal peut, pour un motif grave et dans l'intérêt de l'enfant, prononcer, à la demande de tout intéressé, la déchéance totale ou partielle de l'autorité parentale à l'égard des père et mère, de l'un d'eux ou du tiers à qui elle aurait été attribuée.

Je signale immédiatement, parce que l'argument a été soulevé par l'appelant, que le présent pourvoi ne soulève pas la question de la déchéance de l'autorité parentale, et il n'est pas nécessaire que la Cour examine les notions de droit civil d'«autorité parentale» et de «garde» pour trancher la question en litige. L'article 648 *C.c.Q.* prévoit que les parents d'un enfant sont les titulaires de l'autorité parentale, peu importe leur état matrimonial; les tribunaux, en vertu de l'art. 654, sont les arbitres des litiges entre les titulaires de l'autorité parentale, lorsque de tels litiges surviennent. Les tribunaux d'instance inférieure ont précisément agi en application de cet article et ont joué le rôle d'arbitres relativement à un tel litige; il n'y a pas eu déchéance de l'autorité parentale.

The dispute takes the following character. The mother of the child objected to the fact that the father, on access visits, taught the child the teachings of his faith. The child was very young. She was influenced by the teachings of her father. There was evidence that when the child would return home from visiting her father, she made repeated references to "Jehovah", i.e. [TRANSLATION] "Jehovah made [C.], made the moon, made the stars, made everything". The child told the mother that her father said that it was wrong to dress up on Halloween and wrong to celebrate Christmas, there being no Santa Claus. Finally, the evidence indicates that the father took the child to a reunion of Jehovah's Witnesses in Montreal, without the mother's prior consent. This reunion was attended by many parents with children. For this act, and others which the mother thought objectionable, the mother denied the father the opportunity to see the child outside of her home.

The trial judge's finding that the appellant [TRANSLATION] "took the child for a few hours while he was going door-to-door spreading his religion" ([1988] R.D.F. 40, at p. 41) is nowhere supported in the transcripts of evidence. More importantly, there was no evidence that the child suffered, or was likely to suffer, any psychological or physical harm as a result of any of the foregoing conduct or teaching.

The trial judge made the orders to which I have alluded above. He applied the "best interests of the child" standard, and interpreted this standard as, in this context, requiring some demonstration that the father's activities were harmful (*nuisibles*) to the child. He was prepared to assume that where the religious views of separated parents conflict, and where the child in question is not of an age where she can choose for herself between religions, the existence of harm incompatible with the best interests of the child is incontestable.

The Court of Appeal affirmed the orders: [1991] R.J.Q. 306. The majority found that there were no

Le litige est le suivant. La mère de l'enfant s'est opposée au fait que le père, lors de l'exercice de son droit de visite et de sortie, ait inculqué à l'enfant les enseignements de sa foi. L'enfant était très jeune. Elle était influencée par les enseignements de son père. Il ressort de la preuve que lorsque l'enfant revenait à la maison après avoir rendu visite à son père, elle faisait souvent référence à «Jéhovah», c.-à-d. «Jéhovah a fait [C.], a fait la lune, a fait les étoiles, a tout fait.» L'enfant a raconté à sa mère que son père lui avait dit que c'était mal de se déguiser à l'Halloween et de célébrer Noël, car le Père Noël n'existait pas. Enfin, selon la preuve, le père aurait amené l'enfant à une réunion des Témoins de Jéhovah à Montréal, sans le consentement préalable de sa mère. Un grand nombre de parents accompagnés d'enfants assistaient à cette réunion. En raison de cet acte et d'autres que la mère jugeait répréhensibles, celle-ci a refusé au père la possibilité de voir l'enfant à l'extérieur de sa maison.

La conclusion du juge de première instance selon laquelle l'appelant «a déjà amené l'enfant pendant plusieurs heures alors qu'il faisait du porte en porte pour répandre sa religion» ([1988] R.D.F. 40, à la p. 41) n'est nullement appuyée par les notes sténographiques des témoignages. Plus important encore, il n'y a aucun élément de preuve indiquant que l'enfant ait subi, ou ait été susceptible de subir, un préjudice psychologique ou physique par suite de la conduite ou des enseignements mentionnés précédemment.

Le juge de première instance a rendu les ordonnances auxquelles j'ai fait allusion précédemment. Il a appliqué le critère de l'intérêt de l'enfant et l'a interprété comme exigeant dans le contexte une certaine démonstration que les activités du père étaient nuisibles pour l'enfant. Il était prêt à présumer que lorsque les principes religieux de parents séparés sont différents et lorsque l'enfant en question n'est pas d'âge à faire elle-même un choix entre les religions, l'existence d'un préjudice incompatible avec l'intérêt de l'enfant est incontestable.

La Cour d'appel a confirmé les ordonnances: [1991] R.J.Q. 306. La cour a conclu, à la majorité,

grounds for overturning the findings of fact below, which, while partially erroneous, supported the orders. The majority also appears to have accepted a lower evidentiary standard in determining the best interests of the child, stating (at p. 308):

[TRANSLATION] At that particularly vulnerable age, where, as everyone knows, psychological and emotional traumas often prove to be irreversible, there is no need to wait for such traumas to occur before intervening. The risk is unacceptable and the proposition that she should run the risk before being protected is inadmissible.

Proulx J.A. dissented, in part, on the ground that he did not agree that the evidence supported the inference of harm from attendance at religious meetings or ceremonies. He added that there was no evidence that the appellant's door-to-door canvassing could harm the child, and indeed, no evidence that the child had accompanied the appellant on such activities. Proulx J.A. accordingly found that the trial judge's second order should be struck in its entirety, although it should be noted that he so found because he presumed that the appellant would be bound by the first order.

1. The Constitutionality of Arts. 653 and 654 C.C.Q. and Art. 30 C.C.L.C.

Articles 653 and 654 C.C.Q. and art. 30 C.C.L.C. affirm the "best interests of the child" standard — the same standard as in the *Divorce Act*, R.S.C., 1985, c. 3 (2nd Supp.), ss. 16(8), 16(10) and 17(5). These sections, and the standard in particular, are considered in *Young*, supra, released concurrently. The analysis of the constitutionality of the standard under the *Divorce Act*, applies equally to the articles of the Civil Codes impugned in this appeal, and need not be repeated here. The standard, and the articles that set it forth, are constitutional, and infringe no entrenched rights.

qu'il n'y avait aucun motif pour infirmer les conclusions de fait du juge de première instance, qui, bien qu'erronées en partie, appuyaient les ordonnances. La cour, à la majorité, paraît également avoir accepté une norme moins élevée en matière de preuve pour déterminer l'intérêt de l'enfant, lorsqu'elle a dit (à la p. 308):

Point n'est besoin d'attendre qu'à cet âge particulièrement vulnérable où, chacun le sait, les atteintes psychiques et affectives s'avèrent souvent être irréversibles, d'attendre donc que pareilles atteintes se manifestent pour intervenir. Le risque est inacceptable, et est inadmissible la proposition qu'il faut le lui faire courir avant que de la protéger.

Le juge Proulx était dissident en partie au motif qu'il n'était pas d'accord pour dire que la preuve appuyait la conclusion que la présence à des réunions ou à des cérémonies religieuses pouvait nuire à l'enfant. Il a ajouté qu'il n'y avait aucun élément de preuve que la prédication de porte en porte de l'appelant ait pu causer un préjudice à l'enfant, et, en fait, la preuve ne démontrait nullement que l'enfant ait accompagné l'appelant à de telles activités. Par conséquent, le juge Proulx a conclu qu'il convenait d'annuler entièrement la deuxième ordonnance du juge de première instance, bien qu'il faille souligner qu'il est arrivé à cette conclusion parce qu'il a présumé que l'appelant serait lié par la première ordonnance.

1. La constitutionnalité des art. 653 et 654 C.c.Q. et de l'art. 30 C.c.B.-C.

Les articles 653 et 654 C.c.Q. et l'art. 30 C.c.B.-C. reconnaissent le critère de «l'intérêt de l'enfant» — le même critère que dans les par. 16(8), 16(10) et 17(5) de la *Loi sur le divorce*, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.). Ces paragraphes, et le critère en particulier, sont examinés dans l'arrêt *Young*, précité, rendu simultanément. L'analyse de la constitutionnalité du critère visé dans la *Loi sur le divorce* s'applique également aux articles des Codes civils contestés dans le présent pourvoi, et il n'est pas nécessaire de la reprendre en l'espèce. Le critère et les articles qui l'énoncent sont constitutionnels et ne portent atteinte à aucun droit inscrit dans la Constitution.

## 2. The Application of the Test

The trial judge below concluded that in order to justify limits on the activities and speech of an access parent when with his child, there must be some indication that the impugned activities might harm the child. He correctly identified the risk of harm to the child as an important factor in determining the best interests of the child where the issue is whether a parent can share his religious beliefs with his child: see my reasons in *Young*.

This issue aside, where all of the judges below erred, with great respect to each, is in inferring harm from the mere presence of conflict between the parents on religious questions, and concluding from this that restrictions were required in the best interests of the child. There was nothing in the evidence to suggest that the child would be adversely affected as a result of the father's activities or teaching. In short, there was nothing in the record to offset the benefit which might accrue to the child from learning to know her father fully, including his religious values. There was no evidence that the conflict between her parents' religious beliefs was creating any problems for the child. It is not uncommon for married couples to have different beliefs, nor for one or both to wish to impart their beliefs to their children. It is not suggested that children in such families suffer harm. Nor, it seems to me, should it be assumed of children whose parents are separated. Indeed, the provisions of the *Civil Code of Quebec* suggest that no such distinction can be made: see art. 648. The fact that the mother wanted, as she put it, her child to grow up with the same joy in Halloween and Christmas as she had grown up with (at p. 136 C.O.A.) is insufficient to support an order forbidding the father to impart his views on such holidays. Nor is the fact that the mother felt the father spoke too much about his religion with the child sufficient in itself to justify an order restricting

## 2. L'application du critère

Le juge de première instance a conclu que pour justifier des restrictions aux activités et au droit de parole d'un parent ayant un droit de visite et de sortie lorsqu'il est avec son enfant, il doit y avoir une certaine indication que les activités reprochées pourraient porter préjudice à l'enfant. Il a, à bon droit, jugé que le risque de préjudice à l'enfant est un facteur important pour déterminer l'intérêt de l'enfant lorsqu'il s'agit de savoir si un parent peut partager ses croyances religieuses avec son enfant: voir mes motifs dans l'arrêt *Young*.

Outre cette question, je suis d'avis, avec égards, que tous les juges des juridictions inférieures ont commis une erreur lorsqu'ils ont déduit qu'il y avait préjudice de la simple existence d'un conflit entre les parents sur des questions religieuses et qu'ils en ont conclu qu'il y avait lieu d'imposer des restrictions dans l'intérêt de l'enfant. La preuve ne révèle nullement que les activités ou les enseignements du père pouvaient être néfastes pour l'enfant. Bref, rien dans le dossier ne l'emporte sur les avantages que l'enfant pourrait retirer du fait de connaître pleinement son père, ce qui comprend ses valeurs religieuses. Aucun élément de preuve n'indique que le conflit entre les parents au sujet de leurs croyances religieuses créait des problèmes à l'enfant. Il n'est pas inhabituel que des personnes mariées aient des croyances différentes et que l'une d'elles ou les deux désirent imposer leurs croyances à leurs enfants. Cela ne veut pas dire que les enfants de ces familles subissent un préjudice. À mon avis, il ne faut pas arriver à une conclusion différente dans le cas des enfants dont les parents sont séparés. En fait, il ressort des dispositions du *Code civil du Québec* qu'une telle distinction ne peut être établie: voir l'art. 648. Le fait que la mère voulait, selon ses termes, que son enfant profite des joies de l'enfance qu'elle-même a connues à l'Halloween et à Noël (à la p. 136 du dossier) n'est pas suffisant pour appuyer l'ordonnance qui interdit au père d'émettre son opinion au sujet de ces fêtes. Il n'est pas suffisant non plus que la mère ait été d'avis que le père parlait trop de sa religion à l'enfant pour justifier une ordonnance interdisant à ce dernier de le faire «continue-

him from "continually" doing so (presuming that such an order could be enforced).

In the absence of evidence capable of outweighing the benefit of full and free access, the court should not have interfered with the access parent's activities, in my view. I would allow the appeal and set aside the orders. I would answer the constitutional questions as follows:

1. Do articles 653 and 654 of the *Civil Code of Quebec*, and art. 30 of the *Civil Code of Lower Canada*, which provide that judicial decisions regarding custody and access be made "in the interest of the child" deny the rights and freedoms guaranteed in s. 2(a), (b), and (d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

2. If the answer to question 1 is affirmative, are arts. 653 and 654 of the *Civil Code of Quebec*, and art. 30 of the *Civil Code of Lower Canada*, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Given my answer to question 1, there is no need to answer this question.

3. Do articles 653 and 654 of the *Civil Code of Quebec*, and art. 30 of the *Civil Code of Lower Canada* violate the guarantees to equality set out in s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

No.

4. If the answer to question 3 is affirmative, are arts. 653 and 654 of the *Civil Code of Quebec*, and art. 30 of the *Civil Code of Lower Canada*, justified as reasonable limits by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Given my answer to question 3 there is no need to answer this question.

The respondent requests costs on a solicitor-client basis, which she justifies by submitting that the appellant did not raise a meritorious argument that he receive custody, and that those allegedly financing him have used this appeal as a means of promoting and gaining publicity for the "cause" of

ment» (en présupmant qu'une telle ordonnance puisse être appliquée).

En l'absence de preuve pouvant compenser l'avantage d'un droit de visite et de sortie libre et entier, la cour n'aurait pas dû, à mon avis, se mêler des activités du parent ayant un droit de visite et de sortie. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les ordonnances et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

1. Les articles 653 et 654 du *Code civil du Québec* et l'art. 30 du *Code civil du Bas-Canada*, qui prévoient que les décisions judiciaires en matière de garde et de droit d'accès doivent être prises «dans l'intérêt de l'enfant», portent-ils atteinte aux droits et libertés garantis aux al. 2a), b) et d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, les art. 653 et 654 du *Code civil du Québec* et l'art. 30 du *Code civil du Bas-Canada* sont-ils justifiés, en tant que limites raisonnables, par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, donc, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Étant donné ma réponse à la première question, il n'est pas nécessaire que je réponde à cette question.

3. Les articles 653 et 654 du *Code civil du Québec* et l'art. 30 du *Code civil du Bas-Canada* violent-ils les garanties d'égalité énoncées à l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Non.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, les art. 653 et 654 du *Code civil du Québec* et l'art. 30 du *Code civil du Bas-Canada* sont-ils justifiés, en tant que limites raisonnables, par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, donc, compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Étant donné ma réponse à la troisième question, il n'est pas nécessaire que je réponde à cette question.

L'intimée a demandé que les dépens soient taxés comme entre procureur et client, ce qu'elle justifie en soutenant que l'appelant n'a pas présenté d'argument suffisant pour que la garde lui soit accordée, et que ceux qui l'auraient soutenu financièrement se sont servis du présent pourvoi à des fins de



the Jehovah's Witness faith, adding unnecessary expense. I am not entirely unsympathetic to the respondent's concerns, to the extent that the appellant here made allegations which were not directly relevant to the outcome of this particular case. I do not find, however, that these actions on the part of the appellant were sufficiently egregious as to permit the award of solicitor-client costs. I refer to the discussion of the propriety of such an award in *Young*.

In the circumstances of this case, I would order that each party bear his or her own costs of this appeal.

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

*Solicitors for the appellant: W. Glen How & Associates, Halton Hills, Ontario.*

*Solicitors for the respondent: Noël, Berthiaume, Aubry, Hull.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: George Thomson, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, 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 Department of the Attorney General, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Seventh-day Adventist Church in Canada: Milner Fenerty, Edmonton.*

promotion et de publicité de la «cause» des Témoins de Jéhovah, ce qui a ajouté des frais inutiles. Je n'écarte pas entièrement les préoccupations de l'intimée, dans la mesure où, en l'espèce, l'appelant a présenté des arguments qui n'étaient pas directement pertinents pour le règlement du présent pourvoi. Toutefois, à mon avis, ces actions de la part de l'appelant n'étaient pas suffisamment déplacées pour justifier l'attribution de dépens comme entre procureur et client. Je renvoie à l'analyse du bien-fondé d'une telle attribution dans l'arrêt *Young*.

Dans les circonstances de l'espèce, je suis d'avis d'ordonner que chaque partie supporte ses propres frais du présent pourvoi.

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

*Procureurs de l'appelant: W. Glen How & Associates, Halton Hills, Ontario.*

*Procureurs de l'intimée: Noël, Berthiaume, Aubry, Hull.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: George Thomson, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, 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.*

*Procureurs de l'intervenant l'Église adventiste du septième jour au Canada: Milner Fenerty, Edmonton.*



*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, 1993 Vol. 4**

**2<sup>e</sup> cahier, 1993 Vol. 4**

**Cited as [1993] 4 S.C.R. 199-369**

**Renvoi [1993] 4 R.C.S. 199-369**

---

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

*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, 1994.

## CONTENTS

**Friedberg v. Canada ..... 285**

Income tax — Loss from business — Taxpayer claiming deductions for business losses arising out of trading in gold futures — Whether losses deductible.

**Granville Savings and Mortgage Corp. v. Slevin..... 279**

Torts — Negligence — Professions — Mortgages — Mortgage to be first charge — Appellant lending institution retaining respondent lawyers to obtain first charge — Although respondents not specifically asked to protect appellant's interest, appellant relying on respondents to ensure mortgage a first charge — Respondents aware of outstanding judgments against mortgagor — Appellant not advised of potential problems arising from existing judgments — No action taken to postpone judgments — Whether or not special relationship existing between appellant and respondents — Whether or not respondents liable for damages flowing from breach of their duty.

*Continued on next page*

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice des publications  
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

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

*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, 1994.

## SOMMAIRE

**Friedberg c. Canada ..... 285**

Impôt sur le revenu — Perte d'entreprise — Réclamation par le contribuable de déductions pour les pertes d'entreprise découlant de la négociation de contrats à terme sur l'or — Ces pertes sont-elles déductibles?

**Granville Savings and Mortgage Corp. c. Slevin..... 279**

Responsabilité délictuelle — Négligence — Professions — Hypothèques — Hypothèque devant constituer une charge de premier rang — Établissement de crédit appelant retenant les services des avocats intimés en vue d'obtenir une charge de premier rang — Même si on n'a pas demandé expressément aux intimés de protéger les intérêts de l'appelante, cette dernière comptait sur eux pour assurer que l'hypothèque serait une charge de premier rang — Intimés connaissant l'existence de jugements pendants contre le débiteur hypothécaire — Appelante non avisée des problèmes que pourraient poser des jugements déjà prononcés — Aucune mesure prise en vue de

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Professions — Barristers and solicitors — Négligence — Mortgages — Mortgage to be first charge — Appellant lending institution retaining respondent lawyers to obtain first charge — Although respondents not specifically asked to protect appellant's interest, appellant relying on respondents to ensure mortgage a first charge — Respondents aware of outstanding judgments against mortgagor — Appellant not advised of potential problems arising from existing judgments — No action taken to postpone judgments — Whether or not special relationship existing between appellant and respondents — Whether or not respondents liable for damages flowing from breach of their duty.

### **Hunt v. T&N plc..... 289**

Conflict of laws — Civil procedure — Discovery of documents — Plaintiff in civil action in British Columbia seeking discovery of documents from Quebec defendants — Quebec statute prohibiting removal from province of documents of business concerns — Whether blocking statute provides "lawful excuse" for not complying with demand for discovery — Business Concerns Records Act, R.S.Q., c. D-12 — British Columbia Rules of Court, rr. 2(5), 26.

Constitutional law — Statutes — Validity — Quebec statute prohibiting removal from province of documents of business concerns — Whether blocking statute *ultra vires* province as being in relation to matter outside province — Whether blocking statute constitutionally inapplicable to judicial proceedings in another province — Business Concerns Records Act, R.S.Q., c. D-12.

Courts — Jurisdiction — Superior courts — British Columbia courts declining to rule on constitutionality of Quebec statute — Whether British Columbia courts had jurisdiction to deal with constitutional issue.

Courts — Jurisdiction — Supreme Court of Canada — British Columbia courts declining to rule on constitutionality of Quebec statute — Whether British Columbia courts had jurisdiction to deal with constitutional issue — Whether Supreme Court of Canada restricted to powers and procedures of courts appealed from — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 45.

### **R. v. Brassard ..... 287**

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Respondent consenting to several adjournments — Consents constituted waiver or attributable to respondent.

### **R. v. Felawka..... 199**

Criminal law — Weapons — Firearms — Whether a firearm always falls within definition of "weapon" in s. 2 of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 2 "weapon", 84(1) "firearm".

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

reporter les jugements — Y avait-il un rapport spécial entre l'appelante et les intimés? — Les intimés étaient-ils responsables des dommages résultant du manquement à leur obligation?

Professions — Avocats et procureurs — Négligence — Hypothèques — Hypothèque devant constituer une charge de premier rang — Établissement de crédit appelant retenant les services des avocats intimés en vue d'obtenir une charge de premier rang — Même si on n'a pas demandé expressément aux intimés de protéger les intérêts de l'appelante, cette dernière comptait sur eux pour assurer que l'hypothèque serait une charge de premier rang — Intimés connaissant l'existence de jugements pendants contre le débiteur hypothécaire — Appelante non avisée des problèmes que pourraient poser des jugements déjà prononcés — Aucune mesure prise en vue de reporter les jugements — Y avait-il un rapport spécial entre l'appelante et les intimés? — Les intimés étaient-ils responsables des dommages résultant du manquement à leur obligation?

### **Hunt c. T&N plc..... 289**

Droit international privé — Procédure civile — Communication de documents — Demandeur dans une action civile en Colombie-Britannique sollicitant la communication de documents par des défenderesses du Québec — Loi québécoise interdisant de transporter hors de la province des documents d'entreprises — Une loi qui prohibe la communication de documents fournit-elle une «excuse légitime» pour ne pas se conformer à une demande de communication de documents? — Loi sur les dossiers d'entreprises, L.R.Q., ch. D-12 — Rules of Court de la Colombie-Britannique, art. 2(5), 26.

Droit constitutionnel — Lois — Validité — Loi québécoise interdisant de transporter hors de la province des documents d'entreprises — Une loi qui prohibe la communication de documents outrepasset-elle la compétence de la province du fait qu'elle se rapporte à une matière hors de la province? — Une loi qui prohibe la communication de documents est-elle constitutionnellement inapplicable à des procédures judiciaires dans une autre province? — Loi sur les dossiers d'entreprises, L.R.Q., ch. D-12.

Tribunaux — Compétence — Cours supérieures — Refus des tribunaux de la Colombie-Britannique de statuer sur la constitutionnalité d'une loi québécoise — Les tribunaux de la Colombie-Britannique avaient-ils compétence pour statuer sur une question constitutionnelle?

Tribunaux — Compétence — Cour suprême du Canada — Refus des tribunaux de la Colombie-Britannique de statuer sur la constitutionnalité d'une loi québécoise — Les tribunaux de la Colombie-Britannique avaient-ils compétence pour statuer sur une question constitutionnelle? — La compétence de la Cour suprême du Canada est-elle limitée aux pouvoirs et aux procédures des tribunaux dont les décisions sont portées en appel? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 45.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

Criminal law — Carrying concealed weapon — *Mens rea* — Accused boarding public transportation with rifle wrapped in his jacket after afternoon of target shooting — Accused concealing rifle because he felt that it was not proper to carry it openly — Whether *mens rea* of offence of carrying concealed weapon established by proof of accused's intention to conceal the object he knew to be a weapon — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 89.

### R. v. Litchfield..... 333

Practice — Collateral attack — Sexual assault by practising male physician on female patients — Counts severed and divided by judge in chambers before indictment preferred before trial judge — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(1)(a), (2), (3)(c), 590(3), 591(3)(a), (4), 645(5), 676(1)(a), 686(4)(a), (b)(i), 693(1)(b).

Practice — Non-suit — Sexual assault by practising male physician on female patients — Counts severed and divided by judge in chambers before indictment preferred before trial judge — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted.

Jurisdiction — Appellate courts — Pre-trial severance of counts of sexual assault — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted.

Evidence — Sexual assault by practising male physician on female patients — Counts severed and divided by judge in chambers before indictment preferred before trial judge — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted.

*Continued on next page*

## SOMMAIRE (Suite)

### R. c. Brassard ..... 287

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Consentement de l'intimé à plusieurs ajournements — Consentements équivalant à une renonciation ou imputables à l'intimé.

### R. c. Felawka..... 199

Droit criminel — Armes — Armes à feu — Une arme à feu est-elle toujours visée par la définition d'«arme» à l'art. 2 du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 2 «arme», 84(1) «arme à feu».

Droit criminel — Port d'une arme dissimulée — *Mens rea* — L'accusé est monté à bord d'un moyen de transport public avec une carabine enveloppée dans sa veste au retour d'un après-midi de tir à la cible — L'accusé a dissimulé la carabine parce qu'il était d'avis que ce n'était pas correct de la transporter à découvert — La *mens rea* de l'infraction de port d'une arme dissimulée est-elle démontrée par la preuve de l'intention de l'accusé de dissimuler l'objet qu'il savait être une arme? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 89.

### R. c. Litchfield..... 333

Pratique — Attaque indirecte — Agressions sexuelles perpétrées contre des patientes par un médecin de sexe masculin — Chefs d'accusation séparés et divisés par un juge en chambre avant la présentation de l'acte d'accusation devant le juge du procès — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(1)a), (2), (3)c), 590(3), 591(3)a), (4), 645(5), 676(1)a), 686(4)a), b)(i), 693(1)b).

Pratique — Non-lieu — Agressions sexuelles perpétrées contre des patientes par un médecin de sexe masculin — Chefs d'accusation séparés et divisés par un juge en chambre avant la présentation de l'acte d'accusation devant le juge du procès — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé?

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

Criminal law — Sexual assault — Sexual assault by practising male physician on female patients — Counts severed and divided by judge in chambers before indictment preferred before trial judge — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted.

### **R. v. Marquard**..... 223

Evidence — Expert evidence — Child testifying about aggravated assault — Expert witnesses called to corroborate Crown and defence versions of events — Expert testifying as to whether child telling the truth and as to the psychological effects of abuse — Level of competence to be established in inquiry as to child's communication skills under s. 16(1)(b) of the Canada Evidence Act — Whether trial judge's warning as to the frailty of child's evidence adequate — Whether opinion evidence outside the area of expertise of qualified experts admissible — Whether expert's commenting on a child's credibility appropriate — Nature of questioning expert witnesses — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 245.2(1) — Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 16(1)(b), (3).

### **R. v. Mills**..... 277

Criminal law — Nuisance — Offering indignities to human remains — Gravedigger damaging coffins when refilling graves — Evidence supporting trial judge's conclusion that gravedigger's conduct constitutes indignities to human remains.

### **R. v. Nuosci** ..... 283

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay not unreasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

## SOMMAIRE (Suite)

Compétence — Tribunaux d'appel — Séparation avant le procès des chefs d'accusation d'agression sexuelle — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé?

Preuve — Agressions sexuelles perpétrées contre des patientes par un médecin de sexe masculin — Chefs d'accusation séparés et divisés par un juge en chambre avant la présentation de l'acte d'accusation devant le juge du procès — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé?

Droit criminel — Agressions sexuelles — Agressions sexuelles perpétrées contre des patientes par un médecin de sexe masculin — Chefs d'accusation séparés et divisés par un juge en chambre avant la présentation de l'acte d'accusation devant le juge du procès — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé?

### **R. c. Marquard**..... 223

Preuve — Témoignage d'expert — Témoignage d'un enfant sur des voies de fait graves — Témoins experts appelés pour corroborer la version des événements du ministère public et de la défense — Témoignage d'un expert sur la question de savoir si l'enfant dit la vérité et sur les effets psychologiques des mauvais traitements — Degré d'habileté à établir dans le cadre d'une enquête sur la capacité de l'enfant de communiquer en vertu de l'art. 16(1)(b) de la Loi sur la preuve au Canada — La mise en garde du juge du procès quant aux faiblesses du témoignage de l'enfant était-elle suffisante? — Le témoignage d'opinion qui excède le domaine d'expertise d'un expert qualifié est-il admissible? — Les commentaires d'un expert sur la crédibilité d'un enfant sont-ils pertinents? — Nature de l'inter-

*Suite à la page suivante*

## SOMMAIRE (Fin)

rogatoire des témoins experts — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 245.2(1) — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 16(1)b), (3).

### **R. c. Mills..... 277**

Droit criminel — Nuisance — Indignités commises envers des restes humains — Fossoyeur ayant endommagé des cercueils en comblant des fosses — Preuve appuyant la conclusion du juge du procès que le fossoyeur a par sa conduite commis des indignités envers des restes humains.

### **R. c. Nuosci ..... 283**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Pas de délai déraisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).



**Kenneth Jay Felawka** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. FELAWKA

File No.: 22783.

1993: April 1; 1993: October 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 — Weapons — Firearms — Whether a firearm always falls within definition of "weapon" in s. 2 of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 2 "weapon", 84(1) "firearm".*

*Criminal law — Carrying concealed weapon — Mens rea — Accused boarding public transportation with rifle wrapped in his jacket after afternoon of target shooting — Accused concealing rifle because he felt that it was not proper to carry it openly — Whether mens rea of offence of carrying concealed weapon established by proof of accused's intention to conceal the object he knew to be a weapon — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 89.*

The accused went target shooting with a friend and took a rapid transit train to return home. When he got on the train, his .22 calibre rifle was wrapped in his jacket because he felt that it was not "proper" to carry his rifle openly. Two passengers became alarmed and notified a train employee. When asked by the employee what he had in his jacket, the accused laughingly replied that he was "going on a killing spree". The accused later left the train and boarded a connecting bus, where he was arrested. At the time of the arrest, there was still a clip with one live round in the rifle. The accused was charged with carrying a weapon for a purpose dangerous to the public peace contrary to s. 87 of the *Criminal Code* and with unlawfully carrying a concealed weapon contrary to s. 89. At trial, he was acquitted on the first count but convicted on the second. The trial judge held that the only intent required to establish the s. 89 offence was that the accused intended to conceal the weapon. The majority of the Court of Appeal upheld the

**Kenneth Jay Felawka** *Appellant*

c.

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

RÉPERTORIÉ: R. c. FELAWKA

N<sup>o</sup> du greffe: 22783.

1993: 1<sup>er</sup> avril; 1993: 21 octobre.

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 — Armes — Armes à feu — Une arme à feu est-elle toujours visée par la définition d'«arme» à l'art. 2 du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 2 «arme», 84(1) «arme à feu».*

*Droit criminel — Port d'une arme dissimulée — Mens rea — L'accusé est monté à bord d'un moyen de transport public avec une carabine enveloppée dans sa veste au retour d'un après-midi de tir à la cible — L'accusé a dissimulé la carabine parce qu'il était d'avis que ce n'était pas correct de la transporter à découvert — La mens rea de l'infraction de port d'une arme dissimulée est-elle démontrée par la preuve de l'intention de l'accusé de dissimuler l'objet qu'il savait être une arme? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 89.*

L'accusé est allé avec une amie s'exercer au tir à la cible et a pris un train de banlieue rapide pour revenir chez lui. Lorsqu'il est monté à bord du train, il avait enveloppé sa carabine de calibre .22 dans sa veste, estimant que ce n'était pas «correct» de la transporter à découvert. Deux passagères ont pris peur et ont avisé un employé du train. Lorsque l'employé lui a demandé ce qu'il avait dans sa veste, l'accusé a répondu en riant qu'il s'en allait «faire une tuerie». L'accusé a par la suite quitté le train pour monter à bord d'un autobus de correspondance dans lequel il a été arrêté. Au moment de l'arrestation, le chargeur de la carabine contenait encore une cartouche chargée. L'accusé a été inculpé de port d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique en contravention de l'art. 87 du *Code criminel* et de port illégal d'une arme dissimulée en contravention de l'art. 89. Au procès, il a été acquitté relativement au premier chef d'accusation mais déclaré coupable à l'égard du second. Le juge du procès a statué que la

conviction. Two questions must be resolved on this appeal: (1) whether a firearm is a weapon within the meaning of s. 2 of the *Code*; and (2) what is the requisite *mens rea* of the offence of "carrying a concealed weapon".

*Held* (Lamer C.J. and Sopinka and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

*Per* L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The rifle carried by the accused was a firearm under s. 84(1) of the *Code* and a firearm always falls within the definition of "weapon" in s. 2, regardless of the intention of the person carrying it. A firearm is expressly designed to kill or wound and can be used for purposes of threatening and intimidating. It presents in itself a threat of death or injury to all those in its presence. The concluding words of the definition of "weapon" in s. 2, which refer specifically to firearms as defined in s. 84 of the *Code*, would be completely redundant if a firearm became a weapon only when used or intended to be used to cause death or injury, or to threaten or intimidate.

The requisite mental element of s. 89 of the *Code* is established when the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused concealed an object that he knew to be a weapon. In order to prove concealment it must be established that the accused took steps to hide the weapon so that it would not be observed or come to the notice of others. A person who carries a firearm in a case or tightly wrapped in canvas, as required by some provincial regulations on the transportation of firearms for hunting, does not contravene s. 89 of the *Code*. A firearm carried in that manner generally resembles the firearm itself and cannot be considered to be hidden. As well, the placing of a firearm in a locked trunk or out of sight in a locked and unattended vehicle, in compliance with the federal regulations on the storage, display, handling and transportation of certain firearms, cannot be considered to be "carrying a concealed weapon". Rather, the federal regulations designed to protect the public from the danger of stolen weapons should be seen as an exception to the s. 89 offence. These regulations and s. 89 must be construed in a manner that avoids conflict and promotes the goals of both provisions. The provincial regulations requiring a firearm to be locked in the luggage compartment of a vehicle if the firearm is not encased or wrapped do not conflict with s. 89 so long as the firearm is locked in that compartment

seule intention requise pour établir l'infraction prévue à l'art. 89 était que l'accusé avait l'intention de dissimuler l'arme. La Cour d'appel, à la majorité, a maintenu la déclaration de culpabilité. Le présent pourvoi soulève deux questions: (1) Une arme à feu est-elle une arme au sens de la définition énoncée à l'art. 2 du *Code*? et (2) Quelle est la *mens rea* requise pour l'infraction de «port d'une arme dissimulée»?

*Arrêt* (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

*Les* juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: La carabine transportée par l'accusé était une arme à feu aux termes du par. 84(1) du *Code*, et une arme à feu est toujours visée par la définition du terme «arme» à l'art. 2, peu importe l'intention de la personne qui la porte. L'arme à feu est expressément conçue pour tuer ou blesser et peut être utilisée pour menacer ou intimider. Elle incarne en soi une menace de mort ou de blessure aux yeux de ceux qui y font face. La dernière phrase de la définition du terme «arme» à l'art. 2, qui renvoie précisément aux armes à feu au sens de l'art. 84 du *Code*, serait alors tout à fait redondante si une arme à feu ne devient une arme que si elle est utilisée ou qu'une personne entend l'utiliser pour tuer ou blesser une personne ou pour la menacer ou l'intimider.

L'élément moral requis sous le régime de l'art. 89 du *Code* sera établi si le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a dissimulé un objet qu'il savait être une arme. Pour prouver la dissimulation, il faut établir que l'accusé a pris des mesures pour cacher l'arme de façon à ce qu'elle ne puisse être vue. La personne qui transporte une arme à feu dans un étui ou solidement enveloppée dans une toile, comme le requièrent certains règlements provinciaux relatifs au transport du fusil de chasse, ne contrevient pas à l'art. 89 du *Code*. Une arme à feu transportée de cette manière ressemble généralement à l'arme à feu elle-même et ne peut être considérée comme cachée. De même, le fait de ranger une arme à feu dans un coffre verrouillé ou de façon à ce qu'elle ne soit pas visible dans un véhicule verrouillé et non surveillé, conformément au règlement fédéral sur l'entreposage, la mise en montre, la manipulation et le transport de certaines armes à feu, ne peut être considéré comme le fait de «porter une arme dissimulée». Au contraire, le règlement fédéral conçu pour protéger le public contre le danger que présente le vol d'armes devrait être considéré comme une exception à l'infraction prévue à l'art. 89. Ce règlement et l'art. 89 doivent être interprétés de façon à éviter les conflits et à servir leurs objectifs. Les règlements provinciaux qui exigent qu'une arme à feu

in the circumstances outlined in the federal regulations. Finally, a firearm which breaks down and is carried in a case that resembles a briefcase should not be considered concealed if the carrying case is clearly marked as a firearm case. Here, the *mens rea* of the offence was clearly established. The accused, knowing the rifle was a weapon, took steps to hide it from observation by others. His excuse that he concealed his rifle in order to avoid alarming the passengers on the train cannot constitute a defence.

*Per La Forest J.:* While in general agreement with the majority, no definitive position is taken regarding the interaction between the *Criminal Code's* prohibition against concealing weapons and regulatory provisions respecting their storage, handling and transportation. It would seem that Parliament simply did not contemplate that compliance with such regulations would constitute concealment.

*Per Lamer C.J. and Sopinka J. (dissenting):* The accused's rifle was a firearm under s. 84(1) of the *Code* but a firearm is not necessarily a "weapon" as defined in s. 2. When the definition of the word "weapon" is properly construed, a firearm under s. 84(1) only becomes a weapon if used or intended to be used to cause death or injury, or to threaten or intimidate. The principles of fundamental justice enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* support that conclusion. Given that a conviction under s. 89 of the *Code* would result in a deprivation of the life, liberty or security of the person of the accused, the principles of fundamental justice require a minimum mental state. A morally blameless person, therefore, should not be found guilty of the offence of "carrying a concealed weapon". Since the essential purpose of a firearm is to kill and wound, the concealment of a firearm creates an inference that it is being carried as a "weapon" pursuant to s. 2. The Crown may rely on this inference unless there is some evidence raising a reasonable doubt as to why the firearm is being carried concealed. Here, the rifle was not a "weapon" as defined in ss. 2 and 89. The accused raised the necessary reasonable doubt that the rifle he carried was not

soit sous clé dans le coffre d'un véhicule si elle n'est pas rangée dans un étui ou enveloppée et attachée n'entrent pas en conflit avec l'art. 89 en autant que l'arme à feu est sous clé dans le coffre dans les circonstances établies dans le règlement fédéral. Enfin, l'arme à feu qui se démonte pour être transportée dans un étui qui ressemble à une serviette ne devrait pas être considérée comme dissimulée s'il est clairement indiqué sur l'étui qu'il s'agit d'un étui pour arme à feu. En l'espèce, la *mens rea* de l'infraction a clairement été démontrée. Sachant que la carabine était une arme, l'accusé a pris des mesures pour qu'elle ne soit pas visible. Son excuse, selon laquelle il a dissimulé sa carabine pour éviter d'alarmer les passagers du train, ne constitue pas une défense.

*Le juge La Forest:* Bien que, de manière générale, en accord avec la majorité, aucune position définitive n'est prise pour ce qui est de l'interaction entre l'interdiction de dissimuler des armes qui figure dans le *Code criminel* et les dispositions réglementaires concernant leur entreposage, leur manipulation et leur transport. Il semblerait que le Parlement n'a simplement pas envisagé que le respect de ces règlements constituerait une dissimulation.

*Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka (dissidents):* La carabine de l'accusé était une arme à feu aux termes du par. 84(1) du *Code*, mais une arme à feu n'est pas nécessairement une «arme» au sens de la définition à l'art. 2. Selon une interprétation juste de la définition du terme «arme», une arme à feu au sens du par. 84(1) ne devient une arme que si elle est utilisée, ou qu'une personne entend l'utiliser, pour tuer ou blesser une autre personne ou pour la menacer ou l'intimider. Les principes de justice fondamentale consacrés dans la *Charte canadienne des droits et libertés* appuient cette conclusion. Étant donné qu'une déclaration de culpabilité en application de l'art. 89 du *Code* porterait atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne de l'accusé, les principes de justice fondamentale exigent un état d'esprit minimum. Par conséquent, la personne moralement innocente ne devrait pas être déclarée coupable de l'infraction criminelle de «port d'une arme dissimulée». Puisqu'une arme à feu sert essentiellement à tuer et à blesser, la dissimulation d'une arme à feu crée la présomption qu'elle est portée comme une «arme» au sens de l'art. 2. Le ministère public peut se fonder sur cette présomption à moins qu'un certain élément de preuve ne soulève un doute raisonnable sur la raison pour laquelle l'arme à feu est portée de façon dissimulée. En l'espèce, la carabine n'était pas une «arme» au sens des art. 2 et 89. L'accusé a soulevé le doute raison-

used or intended to be used to kill, injure, threaten or intimidate any person.

*Per* McLachlin J. (dissenting): Lamer C.J.'s reasons were substantially agreed with. A firearm only becomes a weapon, as defined in s. 2 of the *Code*, if used or intended to be used to cause death or injury, or to threaten or intimidate. It is unnecessary, however, to comment upon the constitutionality of s. 89.

### Cases Cited

By Cory J.

**Referred to:** *R. v. Lemire* (1980), 57 C.C.C. (2d) 561; *R. v. Formosa* (1993), 79 C.C.C. (3d) 95; *R. v. Hanabury* (1970), 1 C.C.C. (2d) 438; *R. v. Coughlan* (1974), 17 C.C.C. (2d) 430; *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121; *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161; *Attorney-General of Canada v. Pattison* (1981), 59 C.C.C. (2d) 138; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *R. v. Chiasson* (1982), 135 D.L.R. (3d) 499, aff'd [1984] 1 S.C.R. 266; *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137.

By Lamer C.J. (dissenting)

*R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636.

### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1867*, ss. 91(27), 92(13), (16).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 87 [en. 1976-77, c. 53, s. 3].  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 2 "weapon" [en. c. 27 (1st Supp.), s. 2(7)], 84(1) "firearm", 88, 89, 116(1)(g) [rep. & sub. 1991, c. 40, s. 28].  
*Firearm and Bow Regulations*, N.S. Reg. 144/39, s. 8(4) [am. 178/90, s. 2(2); am. 176/92, s. 2].

nable nécessaire que la carabine qu'il transportait n'avait pas été utilisée ou n'était pas destinée à être utilisée pour tuer, blesser, menacer ou intimider une personne.

*Le juge* McLachlin (dissidente): Les motifs du juge en chef Lamer sont acceptés en grande partie. Une arme à feu ne devient une arme, selon la définition de l'art. 2 du *Code*, que si elle est utilisée, ou qu'une personne entend l'utiliser, pour tuer ou blesser une autre personne ou pour la menacer ou l'intimider. Toutefois, il n'est pas nécessaire de se prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 89.

### Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Lemire* (1980), 57 C.C.C. (2d) 561; *R. c. Formosa* (1993), 79 C.C.C. (3d) 95; *R. c. Hanabury* (1970), 1 C.C.C. (2d) 438; *R. c. Coughlan* (1974), 17 C.C.C. (2d) 430; *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121; *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161; *Attorney-General of Canada c. Pattison* (1981), 59 C.C.C. (2d) 138; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *R. c. Chiasson* (1982), 135 D.L.R. (3d) 499, conf. par [1984] 1 R.C.S. 266; *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137.

Citée par le juge en chef Lamer (dissident)

*R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 2 «arme» [ad. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 2(7)], 84(1) «arme à feu», 88, 89, 116(1)(g) [abr. & rempl. 1991, ch. 40, art. 28].  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 87 [ad. 1976-77, ch. 53, art. 3].  
*Firearm and Bow Regulations*, N.S. Reg. 144/39, art. 8(4) [mod. 178/90, art. 2(2); mod. 176/92, art. 2].  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(27), 92(13), (16).

*Fish and Wildlife Act*, S.N.B. 1980, c. F-14.1, s. 42(2)(c) [am. 1983, c. 33, s. 10; am. 1987, c. 21, s. 10], (3)(e), (4)(c).

*Game and Fish Act*, R.S.O. 1990, c. G.1, s. 22(1).  
*Storage, Display, Handling and Transportation of Certain Firearms Regulations*, SOR/92-459, ss. 10(2), 12(2), (3).

*Wildlife Act*, R.S.N.S. 1989, c. 504, s. 80(2)(c), (3)(e), (4)(c) [am. 1990, c. 50, s. 7].

*Loi sur la chasse et la pêche*, L.R.O. 1990, ch. G.1, art. 22(1).

*Loi sur la pêche sportive et la chasse*, L.N.-B. 1980, ch. F-14.1, art. 42(2)c) [mod. 1983, ch. 33, art. 10; mod. 1987, ch. 21, art. 10], (3)e), (4)c).

*Règlement sur l'entreposage, la mise en montre, la manipulation et le transport de certaines armes à feu*, DORS/92-459, art. 10(2), 12(2), (3).

*Wildlife Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 504, art. 80(2)c), (3)e), (4)c) [mod. 1990, ch. 50, art. 7].

#### Authors Cited

Dussault, René, and Louis Borgeat. *Administrative Law: A Treatise*, vol. 1, 2nd ed. Translated by Murray Rankin. Toronto: Carswell, 1985.

#### Doctrine citée

Dussault, René, et Louis Borgeat. *Traité de droit administratif*, t. 1, 2<sup>e</sup> éd., Québec: Presses de l'Université Laval, 1984.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 3 B.C.A.C. 241, 7 W.A.C. 241, 68 C.C.C. (3d) 481, 9 C.R. (4th) 291, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of unlawfully carrying a concealed weapon contrary to s. 89 of the *Criminal Code*. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 3 B.C.A.C. 241, 7 W.A.C. 241, 68 C.C.C. (3d) 481, 9 C.R. (4th) 291, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à une accusation de port illégal d'une arme dissimulée en contravention de l'art. 89 du *Code criminel*. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents.

*Richard C. C. Peck, Q.C.*, for the appellant.

*Richard C. C. Peck, c.r.*, pour l'appelant.

*William F. Ehrcke*, for the respondent.

*William F. Ehrcke*, pour l'intimée.

The reasons of Lamer C.J. and Sopinka J. were delivered by

Version française des motifs du juge en chef Lamer et du juge Sopinka rendus par

LAMER C.J. (dissenting) — I have read the reasons of Cory J., but am unfortunately unable to concur in them. I agree with Gibbs J.A., dissenting, that it is not necessary to define the *mens rea* requirement associated with the word "concealed" in s. 89 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to dispose of this appeal. In my opinion, this case can be resolved by determining whether the accused was carrying a "weapon" within the meaning of s. 89. By proceeding in this way, constitutional principles of fundamental justice are respected and the "complicating factors" associated with the majority's treatment of the mental element in s. 89 are avoided.

LE JUGE EN CHEF LAMER (dissident) — J'ai lu les motifs du juge Cory, mais je ne puis malheureusement y souscrire. Je suis d'accord avec le juge Gibbs de la Cour d'appel, dissident, pour dire qu'il n'est pas nécessaire, pour trancher le présent pourvoi, de définir l'exigence en matière de *mens rea* liée au terme «dissimulée» à l'art. 89 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. À mon avis, on peut régler le présent pourvoi en déterminant si l'accusé portait une «arme» au sens de l'art. 89. Cette façon de procéder permet de respecter les principes constitutionnels de justice fondamentale et d'éviter les «facteurs qui créent des complications» associés à la façon dont la majorité traite de l'élément moral de l'art. 89.

A Firearm is Not Necessarily a "Weapon" Within the Meaning of the Code

To be found guilty under s. 89, an accused must be shown beyond a reasonable doubt to have (1) *a* carried, (2) a weapon, (3) that the accused concealed. On the facts of this case, the accused did "carry" a rifle. This rifle was a "firearm" under s. 84 of the *Code*, which read:

84. (1) For the purposes of this Part,

"firearm" means any barrelled weapon from which any shot, bullet or other missile can be discharged and that is capable of causing serious bodily injury or death to a person, and includes any frame or receiver of such a barrelled weapon and anything that can be adapted for use as a firearm;

But was the rifle a "weapon" in the circumstances of this case? Section 2 of the *Code* defined a "weapon" as follows:

"weapon" means

(a) anything used or intended for use in causing death or injury to persons whether designed for that purpose *f* or not, or

(b) anything used or intended for use for the purpose of threatening or intimidating any person,

and, without restricting the generality of the foregoing, *g* includes any firearm as defined in section 84;

There are several reasons why I cannot agree that a firearm is always a weapon, irrespective of the intention of the person carrying it. First, I agree with Gibbs J.A.'s construction of s. 2 that, *h*

[t]he "foregoing generality" referred to, in my opinion, is the word "anything" and what the clause means is that "anything", without restricting its ordinary meaning, *i* includes a firearm as defined in s. 84, and that it only becomes a weapon if used or intended for use to cause death or injury, or to threaten or intimidate.

((1991), 68 C.C.C. (3d) 481, at p. 496.)

Une arme à feu n'est pas nécessairement une «arme» au sens du Code

Pour qu'un accusé soit déclaré coupable aux termes de l'art. 89, il faut démontrer hors de tout doute raisonnable qu'il a (1) *a* porté, (2) une arme, (3) qu'il a dissimulée. Il ressort des faits de l'espèce que l'accusé «portait» une carabine. Cette carabine était une «arme à feu» aux termes de l'art. 84 du *Code*, qui disposait:

84. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente partie.

«arme à feu» Toute arme, y compris une carcasse ou chambre d'une telle arme ainsi que toute chose pouvant être adaptée pour être utilisée comme telle, susceptible, grâce à un canon qui permet de tirer du plomb, des balles ou tout autre projectile, d'infliger des lésions corporelles graves ou la mort à une personne. *d*

Toutefois, la carabine constituait-elle une «arme» dans les circonstances de l'espèce? L'article 2 du *e* *Code* définissait une «arme» de la manière suivante:

«arme»

a) Toute chose utilisée ou qu'une personne entend utiliser pour tuer ou blesser une personne, qu'elle soit ou non conçue pour cela;

b) toute chose utilisée pour menacer ou intimider quelqu'un;

le terme s'entend notamment d'une arme à feu au sens de l'article 84. *g*

Il y a plusieurs raisons pour lesquelles je ne puis convenir qu'une arme à feu constitue toujours une arme, quelle que soit l'intention de la personne qui la porte. D'abord, je fais mienne l'interprétation que fait le juge Gibbs de l'art. 2:

[TRADUCTION] À mon avis, le terme «notamment» qui est mentionné vise l'expression «toute chose», et l'article signifie que «toute chose» sans limiter son sens ordinaire, comprend une arme à feu telle que définie à l'art. 84, et elle ne devient une arme que si elle est utilisée, ou qu'une personne entend l'utiliser, pour tuer ou blesser une autre personne ou pour la menacer ou l'intimider. *j*

((1991), 68 C.C.C. (3d) 481, à la p. 496.)

I also agree with Gibbs J.A. (at p. 497) that an interpretation of s. 2 which finds that a firearm is a weapon regardless of use or intended use by an accused,

... would produce an undesirable anomaly or inconsistency by way of two classes of persons at risk under s. 89. One class would be concealers of non-firearms objects, regardless of how lethal the objects may be, who will enjoy the benefit of paras. (a) and (b). The other would be concealers of firearms who would be denied that benefit with the result that for that class of persons, s. 89 becomes in essence, an absolute prohibition section.

Furthermore, I am concerned that s. 2 not be interpreted in a manner which could produce unjust results. I do not think that the morally blameless person who conceals a gun simply to keep it away from a curious child, and not for the purpose of causing death or injury, or to intimidate or threaten, should be guilty of the criminal offence of concealing a weapon.

This Court has stated on numerous occasions that where there are two possible interpretations of a statute, the one consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* is to be preferred: see *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606, at p. 660; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, per Lamer J., at p. 1078; and *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, per L'Heureux-Dubé J. for the majority, at p. 558. Given that a conviction under s. 89 of the *Code* would result in a deprivation of the life, liberty or security of the person of the accused, the principles of fundamental justice must be respected. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, this Court found that whenever an offence is created the principles of fundamental justice require a minimum mental state. This was reiterated in *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636, where I stated for a majority at p. 653:

Je conviens également avec le juge Gibbs (à la p. 497) qu'une interprétation de l'art. 2 selon laquelle une arme à feu est une arme, peu importe la fin pour laquelle l'accusé l'utilise ou a l'intention de l'utiliser,

[TRADUCTION] ... entraînerait une anomalie ou une incohérence indésirables en créant deux catégories de personnes visées à l'art. 89. Appartiendraient à une première catégorie les personnes qui dissimulent des objets qui ne sont pas des armes à feu, peu importe le caractère meurtrier de l'objet, qui pourront profiter des al. a) et b). L'autre catégorie serait formée des personnes qui dissimulent des armes à feu, qui ne pourraient se prévaloir de ces alinéas et, pour elles, l'art. 89 deviendrait essentiellement un article prévoyant une interdiction absolue.

Qui plus est, je ne voudrais pas que l'art. 2 puisse être interprété d'une manière susceptible d'entraîner des résultats injustes. Je ne crois pas que la personne moralement innocente qui dissimule un fusil simplement pour le garder hors de la portée d'un enfant curieux, et non dans le but de tuer ou blesser une autre personne ou de la menacer ou l'intimider, devrait être coupable de l'infraction criminelle de dissimulation d'une arme.

Notre Cour a déclaré, à maintes reprises, que lorsqu'il y a deux interprétations possibles d'une loi, il y a lieu de préférer celle qui est conforme à la *Charte canadienne des droits et libertés*: voir *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, à la p. 660; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, le juge Lamer, à la p. 1078; et *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, le juge L'Heureux-Dubé au nom de la majorité, à la p. 558. Étant donné qu'une déclaration de culpabilité en application de l'art. 89 du *Code* porterait atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne de l'accusé, il faut respecter les principes de justice fondamentale. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, notre Cour a conclu que lorsqu'une infraction est créée, les principes de justice fondamentale exigent un état d'esprit minimum. Cette position a été énoncée de nouveau dans l'arrêt *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636, dans lequel j'ai dit au nom de la majorité à la p. 653:

It may well be that, as a general rule, the principles of fundamental justice require proof of a subjective *mens rea* with respect to the prohibited act, in order to avoid punishing the "morally innocent".

In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, this Court found that absolute liability combined with a deprivation of life, liberty or security of the person represented a *prima facie* violation of s. 7 of the *Charter*.

I agree with Gibbs J.A. that the principles of fundamental justice enshrined in the *Charter*, combined with the logic of the language and the format of s. 2 of the *Code* lead to the conclusion that a firearm can only be a "weapon" within the meaning of ss. 2 and 89 if its possessor has used it, or intends to use it to cause death or injury to persons, or to threaten or intimidate any person.

However, unlike a hammer or a brick, the essential purpose of a firearm is to kill and wound. It is inevitable, therefore, that the concealment of a firearm should create an inference, unless contradicted, that it is being carried as a "weapon" pursuant to s. 2. While the Crown has the burden of proving beyond a reasonable doubt the necessary elements of the offence of concealing a weapon, it will be able to rely on this inference unless there is some evidence on the record raising a reasonable doubt as to why the firearm is being carried concealed.

#### Application of Principles to this Case

On the facts of this case, I find that the appellant did raise the necessary reasonable doubt that the rifle he carried was not used or intended to be used to kill, injure, threaten or intimidate any person. In the words of Gibbs J.A. (at p. 497):

It may seem contradictory to refer to the absence of blameworthy conduct or intent, and the absence of a guilty mind, in conjunction with carrying a rifle in public. However, the appellant had a firearms acquisition

Il se peut bien qu'en règle générale les principes de justice fondamentale exigent la preuve d'une *mens rea* subjective à l'égard de l'acte prohibé, afin d'éviter de punir «celui qui est moralement innocent».

<sup>a</sup> Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, notre Cour a conclu que la responsabilité absolue, combinée à une atteinte à la vie, à la liberté ou à la sécurité de la personne, constituait à première vue une violation de l'art. 7 de la *Charte*.

Tout comme le juge Gibbs, j'estime que les principes de justice fondamentale consacrés dans la *Charte*, combinés à la logique du texte et à la forme de l'art. 2 du *Code*, n'amènent à conclure qu'une arme à feu ne peut être une «arme» au sens des art. 2 et 89 que si la personne qui l'a en sa possession l'a utilisée ou a l'intention de l'utiliser pour tuer ou blesser une personne ou pour la menacer ou l'intimider.

Toutefois, contrairement à un marteau ou à une brique, une arme à feu sert essentiellement à tuer et à blesser. Par conséquent, la dissimulation d'une arme à feu crée inévitablement la présomption, à moins qu'elle ne soit contredite, qu'elle est portée comme une «arme» au sens de l'art. 2. Bien que le ministère public soit tenu de démontrer hors de tout doute raisonnable les éléments nécessaires de l'infraction de dissimulation d'une arme, il sera en mesure de se fonder sur cette présomption à moins qu'un certain élément de preuve au dossier ne soulève un doute raisonnable sur la raison pour laquelle l'arme à feu est portée de façon dissimulée.

#### Application des principes à l'espèce

<sup>h</sup> D'après les faits de l'espèce, je conclus que l'appelant a soulevé le doute raisonnable nécessaire que la carabine qu'il transportait n'avait pas été utilisée ou n'était pas destinée à être utilisée pour tuer, blesser, menacer ou intimider une personne. Selon les termes du juge Gibbs (à la p. 497):

[TRADUCTION] Il peut sembler contradictoire de mentionner l'absence de conduite ou d'intention répréhensibles et l'absence d'intention coupable en relation avec le fait de transporter une carabine en public. Toutefois,



permit so he had a right to have the rifle in his possession. And, given the present state of the gun laws in Canada, he was not in breach of any law in having it in his possession in a public place. Furthermore, he concealed it with his jacket for a perfectly laudable purpose, because he was of the view that "it's not proper to carry a gun out in the open". He was, therefore, innocent of any blameworthy or antisocial conduct or intent.

In light of the fact that I find the appellant was not carrying a "weapon" within the meaning of ss. 2 and 89 of the *Criminal Code*, I do not find it necessary to consider the third element of the offence in s. 89 — that is, whether he "concealed" a weapon.

#### Disposition

Accordingly, I would allow the appeal and direct an acquittal.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. — I am in general agreement with Justice Cory. I prefer, however, not to take a definitive position regarding the interaction between the *Criminal Code's* prohibition against concealing weapons and regulatory provisions respecting their storage, handling and transportation. At first blush, I am inclined to think that Parliament simply did not contemplate that compliance with such regulations would constitute concealment. Parliament must be taken to have recognized the need for such regulations and have known of their existence.

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

CORY J. — Two questions must be resolved on this appeal. The first, and simpler one, is whether a firearm is a weapon as that word is defined by s. 2 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The second requires a determination of the *mens rea*

comme il détenait une autorisation d'acquisition d'armes à feu valide, l'appelant avait le droit d'être en possession de la carabine. Et, dans l'état actuel du droit en matière de contrôle des armes à feu au Canada, il ne violait aucune loi parce qu'il l'avait en sa possession dans un endroit public. Qui plus est, il l'avait dissimulée dans sa veste dans un but parfaitement louable, parce qu'il était d'avis que «ce n'est pas correct de transporter un fusil à découvert». Par conséquent, il était innocent de toute conduite ou intention répréhensibles ou antisociales.

Compte tenu du fait que je conclus que l'appelant ne transportait pas une «arme» au sens des art. 2 et 89 du *Code criminel*, à mon avis il n'est pas nécessaire d'examiner le troisième élément de l'infraction visée à l'art. 89 — savoir, s'il avait «dissimulé» une arme.

#### Dispositif

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un acquittement.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST — Je suis, de manière générale, en accord avec les motifs du juge Cory. Toutefois, je préfère ne pas prendre position de façon définitive pour ce qui est de l'interaction entre l'interdiction de dissimuler des armes qui figure dans le *Code criminel* et les dispositions réglementaires concernant leur entreposage, leur manipulation et leur transport. De prime abord, j'aurais tendance à penser que le Parlement n'a simplement pas envisagé que le respect de ces règlements constituerait une dissimulation. Il faut tenir pour acquis que celui-ci a reconnu la nécessité d'une réglementation et qu'il était au courant de son existence.

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

LE JUGE CORY — Le présent pourvoi soulève deux questions, dont l'une, plus simple, est de savoir si une arme à feu est une arme au sens de la définition énoncée à l'art. 2 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. La seconde question con-

component of the offence of carrying a concealed weapon described in s. 89 of the *Code*.

### Factual Background

Felawka held a valid firearms acquisition certificate. In April 1988 he took his .22 calibre rifle and went shooting with a friend outside the town of Hope, British Columbia. He stopped at the friend's house in Burnaby on his way home. When he decided to return to his own home he took public transportation in the form of the Skytrain.

When he got on the Skytrain at Metrotown, he was carrying his rifle wrapped in his jacket. He did this, because he felt that it was not "proper" to carry his rifle openly. Two passengers became alarmed. They notified a Skytrain employee that Felawka appeared to be wearing fatigues and carrying a gun. Mr. Felawka, as it turned out, was not wearing fatigues but green coloured work clothes. When the Skytrain employee asked the appellant what he had in his jacket, he laughingly replied that he was "going on a killing spree". The trial judge accepted the appellant's evidence that he made this unfortunate comment in jest.

Felawka left the Skytrain and boarded a connecting bus that would take him to his home. Three plain clothed officers boarded the same bus around 11:30 p.m. They went to the back of the bus where the appellant was sitting. When one of the officers called out "City Police", Mr. Felawka appeared to reach for his rifle. The officers drew their revolvers and arrested him. This episode might have had tragic consequences. This is evidenced by the fact that there was a clip with one live round in the rifle and Felawka was carrying another clip with a live round in his pocket.

The appellant was charged with two counts; first, with carrying a weapon for a purpose dangerous to the public peace, and secondly, with unlawfully carrying a concealed weapon.

siste à déterminer la *mens rea* de l'infraction de port d'une arme dissimulée décrite à l'art. 89 du *Code*.

### <sup>a</sup> Les faits

Felawka détenait une autorisation valide d'acquisition d'armes à feu. En avril 1988, muni de sa carabine de calibre .22, il est allé avec une amie s'exercer au tir près de la ville de Hope (Colombie-Britannique). Sur le chemin du retour, il s'est arrêté à la résidence de son amie à Burnaby. Lorsqu'il a décidé de partir chez lui, il a utilisé le Skytrain, moyen de transport public.

Lorsqu'il est monté à bord du Skytrain à la station Metrotown, il avait enveloppé sa carabine dans sa veste, estimant que ce n'était pas [TRADUCTION] «correct» de la transporter à découvert. Deux passagères ayant pris peur ont avisé un employé du Skytrain que Felawka paraissait porter une tenue d'armée et un fusil. En fait, M. Felawka était plutôt vêtu de vêtements de travail verts. Lorsque l'employé du Skytrain lui a demandé ce qu'il avait dans sa veste, l'appelant a répondu en riant qu'il s'en allait [TRADUCTION] «faire une tuerie». Le juge du procès a cru le témoignage de l'appelant qu'il avait fait ce commentaire regrettable par plaisanterie.

Felawka a quitté le Skytrain pour monter à bord d'un autobus de correspondance qui devait l'amener chez lui. Trois agents de police en tenue civile sont montés à bord du même autobus à environ 23 h 30. Ils se sont rendus à l'arrière de l'autobus, où l'appelant prenait place. Lorsque l'un des agents a crié [TRADUCTION] «Police municipale», M. Felawka a semblé tendre la main vers sa carabine. Les agents ont alors sorti leurs revolvers et l'ont arrêté. Cet épisode aurait pu avoir des conséquences tragiques puisque, selon les témoignages, le chargeur de la carabine contenait une cartouche chargée et Felawka transportait dans sa poche un second chargeur muni d'une cartouche chargée.

L'appelant a été accusé relativement à deux chefs: port d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique et port illégal d'une arme dissimulée.

Courts Below(a) *Trial Court* (Smith Prov. Ct. J.)

The trial judge acquitted the appellant on the first count of possession of a weapon for a purpose dangerous to the public peace. He found that the appellant's statement that he was going on a killing spree, although foolish, was made in jest. He was not convinced beyond a reasonable doubt that Felawka was reaching for his gun when the police confronted him. Rather, he thought that it might have been a natural reaction for Felawka to move towards his right in order to get away from what he took to be the danger presented by the three plain clothed officers. There was then no evidence that the appellant had any intention to use the weapon for a purpose dangerous to the public peace and that charge was dismissed.

However, the trial judge did find the appellant guilty of carrying a concealed weapon contrary to s. 89 of the *Criminal Code* (formerly s. 87). Relying upon *R. v. Lemire* (1980), 57 C.C.C. (2d) 561 (B.C.C.A.), he held that the only intent required to establish the offence was that the appellant intended to conceal the weapon.

(b) *British Columbia Court of Appeal* (1991), 68 C.C.C. (3d) 481(i) Majority Judgment

Toy J.A. writing for four members of the court upheld the conviction. He made a careful review of the applicable authorities and concluded that it was incumbent upon the Crown to prove that the accused was (1) carrying, (2) a weapon, and (3) that the accused, knowing that the object that he was carrying was a weapon, concealed it. He was of the view that the sole issue in dispute in this case was the nature of the *mens rea* required by s. 89. On that he wrote (at p. 494):

The *mens rea* requirement of the offence is the accused's knowledge of the characteristics of the article or device that is alleged to be a weapon and a co-

Les juridictions inférieuresa) *Première instance* (le juge Smith de la Cour provinciale)

Le juge du procès a acquitté l'appellant relativement au premier chef de possession d'une arme dans un dessein dangereux pour la paix publique. Il a conclu que, bien que stupide, la déclaration de l'appellant qu'il s'en allait faire une tuerie avait été lancée par plaisanterie. En outre, il n'était pas convaincu hors de tout doute raisonnable que Felawka tentait de saisir sa carabine lorsque la police l'a confronté. Il a plutôt estimé que Felawka avait peut-être eu une réaction naturelle en se tournant vers sa droite pour échapper à ce qu'il croyait être un danger, soit les trois agents en tenue civile. Comme il n'y avait aucune preuve que l'appellant avait l'intention d'utiliser l'arme dans un dessein dangereux pour la paix publique, cette accusation a été rejetée.

Le juge du procès a toutefois déclaré l'appellant coupable d'avoir porté une arme dissimulée en contravention de l'art. 89 du *Code criminel* (auparavant l'art. 87). Invoquant *R. c. Lemire* (1980), 57 C.C.C. (2d) 561 (C.A.C.-B.), il a statué que la seule intention requise pour établir l'infraction, était que l'appellant avait l'intention de dissimuler l'arme.

b) *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1991), 68 C.C.C. (3d) 481(i) Le jugement majoritaire

Au nom de quatre juges de la cour, le juge Toy a confirmé la déclaration de culpabilité. Il a examiné soigneusement la jurisprudence pertinente avant de conclure qu'il incombait au ministère public de prouver que l'accusé (1) portait (2) une arme et (3) que, sachant que l'objet qu'il portait était une arme, il l'a dissimulé. À son avis, la seule question en litige dans la présente affaire était la nature de la *mens rea* requise dans le cadre de l'art. 89. À ce sujet, il a écrit, à la p. 494:

[TRADUCTION] La *mens rea* requise pour établir l'infraction est la connaissance de l'accusé des caractéristiques de l'objet ou du dispositif qu'on a allégué être une arme

existent intention that its presence will not be detected or observed by other citizens while it is being carried.

He found that the appellant's assertion that the requisite *mens rea* was lacking because of his innocent purpose in concealing the weapon could not be accepted. He expressed the opinion that the purpose of concealing the weapon was not an essential element of the crime set out in s. 89. He went on to state that in his opinion not even the most commendable motive for concealing a weapon was available to an accused as a defence to a charge under s. 89.

(ii) Dissenting Judgment

The dissenting judge would have allowed the appeal. He would have done so on the ground that a firearm only becomes a weapon if it is used or if it is intended for use to cause death or injury or to threaten or intimidate.

Relevant Sections of the Criminal Code

2. . . .

"weapon" means

(a) anything used or intended for use in causing death or injury to persons whether designed for that purpose or not, or

(b) anything used or intended for use for the purpose of threatening or intimidating any person,

and, without restricting the generality of the foregoing, includes any firearm as defined in section 84;

89. Every one who carries a weapon concealed, unless he is the holder of a permit under which he may lawfully so carry it,

(a) is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding five years; or

(b) is guilty of an offence punishable on summary conviction.

et son intention connexe de faire en sorte que l'objet ne soit ni décelé ni remarqué par les citoyens au moment où il le porte.

Le juge a conclu que l'affirmation de l'appellant, selon laquelle il n'avait pas la *mens rea* requise étant donné la raison sans malice pour laquelle il a dissimulé l'arme, ne pouvait être retenue. Il a indiqué que le motif de la dissimulation de l'arme n'était pas un élément essentiel du crime décrit à l'art. 89. Il a ensuite déclaré qu'à son avis, l'accusé ne pouvait invoquer en défense à une accusation portée en vertu de l'art. 89 même le motif le plus louable pour dissimuler une arme.

(ii) Le jugement dissident

Le juge dissident aurait accueilli l'appel, pour le motif qu'une arme à feu ne devient une arme que si elle est utilisée ou qu'une personne entend l'utiliser pour tuer, blesser, menacer ou intimider quelqu'un.

Dispositions pertinentes du Code criminel

2. . . .

«arme»

a) Toute chose utilisée ou qu'une personne entend utiliser pour tuer ou blesser une personne, qu'elle soit ou non conçue pour cela;

b) toute chose utilisée pour menacer ou intimider quelqu'un;

le terme s'entend notamment d'une arme à feu au sens de l'article 84.

89. Est coupable:

a) soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de cinq ans;

b) soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire,

quiconque porte une arme dissimulée, à moins qu'il ne soit titulaire d'un permis en vertu duquel il peut légalement la porter.

Is a Firearm a Weapon Pursuant to Section 2?

The appellant contends, as did the minority of the Court of Appeal, that a firearm is not a weapon as defined by s. 2 unless it is used or intended for use in causing death or bodily injury or for threatening or intimidating. I cannot accept that contention.

A firearm was defined at the time in s. 84(1) as follows:

“firearm” means any barrelled weapon from which any shot, bullet or other missile can be discharged and that is capable of causing serious bodily injury or death to a person, and includes any frame or receiver of such a barrelled weapon and anything that can be adapted for use as a firearm;

In my view, a firearm must come within the definition of a weapon. A firearm is expressly designed to kill or wound. It operates with deadly efficiency in carrying out the object of its design. It follows that such a deadly weapon can, of course, be used for purposes of threatening and intimidating. Indeed, it is hard to imagine anything more intimidating or dangerous than a brandished firearm. A person waving a gun and calling “hands up” can be reasonably certain that the suggestion will be obeyed. A firearm is quite different from an object such as a carving knife or an ice pick which will normally be used for legitimate purposes. A firearm, however, is always a weapon. No matter what the intention may be of the person carrying a gun, the firearm itself presents the ultimate threat of death to those in its presence.

The definition of “weapon” in s. 2 must include a firearm as defined in s. 84. For example s. 88 of the *Criminal Code* provides that anyone who, without lawful excuse, has a weapon in his possession while he is attending or on his way to attending a public meeting is guilty of an offence. The presence of a firearm at a public meeting would, in itself, present a threat and result in the intimidation of all who were present. It really cannot have been the intention of the framers of the legislation that people would be permitted to brazenly take their

L’arme à feu est-elle une arme au sens de l’art. 2?

L’appelant soutient, comme l’a fait la minorité en Cour d’appel, qu’une arme à feu n’est pas une arme au sens de la définition de ce terme à l’art. 2, à moins qu’elle soit utilisée ou qu’une personne entende l’utiliser pour tuer, blesser, menacer ou intimider. Je ne peux retenir sa prétention.

Le paragraphe 84(1) définissait ainsi l’arme à feu à l’époque:

«arme à feu» Toute arme, y compris une carcasse ou chambre d’une telle arme ainsi que toute chose pouvant être adaptée pour être utilisée comme telle, susceptible, grâce à un canon qui permet de tirer du plomb, des balles ou tout autre projectile, d’infliger des lésions corporelles graves ou la mort à une personne.

À mon avis, l’arme à feu doit être visée par la définition du terme «arme». L’arme à feu est expressément conçue pour tuer ou blesser. Elle est d’une efficacité meurtrière lorsqu’il s’agit d’exécuter l’objet pour lequel elle est conçue. Elle peut donc, de toute évidence, être utilisée pour menacer ou intimider. En fait, on peut difficilement imaginer quoi que ce soit de plus intimidant ou dangereux qu’une arme à feu brandie. La personne qui brandit un fusil en criant «haut les mains!» peut raisonnablement s’attendre à être obéie. Une arme à feu est tout à fait différente du couteau à découper ou du pic à glace, lesquels sont normalement utilisés à des fins légitimes. L’arme à feu, elle, est toujours une arme. Peu importe l’intention de la personne qui porte un fusil, l’arme à feu incarne en soi la menace suprême de mort aux yeux de ceux qui font face.

La définition du terme «arme» à l’art. 2 doit inclure l’arme à feu telle qu’elle est définie à l’art. 84. Ainsi, l’art. 88 du *Code criminel* prévoit qu’est coupable d’une infraction quiconque, sans excuse légitime, a en sa possession une arme alors qu’il assiste ou se rend à une assemblée publique. La présence d’une arme à feu à une assemblée publique présenterait en soi une menace et constituerait une intimidation pour toutes les personnes présentes. Les rédacteurs de la loi ne peuvent réellement avoir eu l’intention de permettre qu’une

guns with them to public meetings provided that they did not use them or intend to use them to cause injury or to threaten or intimidate. Indeed, to state the proposition reveals that a definition with such a result is unthinkable.

My interpretation of weapon as including a firearm is reinforced when the French version of s. 2 is read. It is in these terms:

“arme”

a) Toute chose utilisée ou qu’une personne entend utiliser pour tuer ou blesser une personne, qu’elle soit ou non conçue pour cela;

b) toute chose utilisée pour menacer ou intimider quelqu’un;

le terme s’entend notamment d’une arme à feu au sens de l’article 84.

This makes it crystal clear that a firearm is, by definition, a weapon.

Lastly, I am in complete agreement with the submission of the respondent that if the definition of “weapon” sought by the appellant were to be accepted then the concluding words of the definition which refer specifically to firearms as defined in s. 84 of the *Criminal Code* would be completely redundant. See as well the reasons of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Formosa* (1993), 79 C.C.C. (3d) 95, wherein the court also concludes that a firearm falls within the definition of a weapon set out in s. 2 of the *Criminal Code*.

#### The Requisite *Mens Rea* for Section 89

Section 89 describes an offence comprised of three elements. The Crown is required to prove that the accused is: (1) carrying, (2) an object which is a weapon and known to the accused person to be a weapon, (3) in such a way as to conceal it. What should be the requisite *mens rea* for this offence? Is it sufficient if the Crown establishes that the accused intended to conceal the object he knew to be a weapon? That is, that he or she intended to remove the weapon from the knowledge or observation of others, to keep it out of sight, or to hide it. Or, on the other hand, does the

personne amène impudemment son fusil à une assemblée publique pourvu qu’elle ne l’utilise pas ou qu’elle n’ait pas l’intention de l’utiliser pour blesser, menacer ou intimider. En réalité, la proposition même fait ressortir la nature inconcevable d’une définition ayant un tel résultat.

L’article 2 confirme qu’une arme à feu est, par définition, une arme:

«arme»

a) Toute chose utilisée ou qu’une personne entend utiliser pour tuer ou blesser une personne, qu’elle soit ou non conçue pour cela;

b) toute chose utilisée pour menacer ou intimider quelqu’un;

le terme s’entend notamment d’une arme à feu au sens de l’article 84.

Enfin, je suis tout à fait d’accord avec la prétention de l’intimée suivant laquelle, si la définition d’«arme» avancée par l’appelant était acceptée, la dernière phrase de la définition qui renvoie précisément aux armes à feu au sens de l’art. 84 du *Code criminel* serait alors tout à fait redondante. Voir également les motifs de la Cour d’appel de l’Ontario dans *R. c. Formosa* (1993), 79 C.C.C. (3d) 95, où la cour a également statué que l’arme à feu est visée par la définition du terme «arme» énoncée à l’art. 2 du *Code criminel*.

#### La *mens rea* requise sous le régime de l’art. 89

L’infraction décrite à l’art. 89 comporte trois éléments. Le ministère public doit établir que l’accusé (1) porte (2) un objet qui est une arme et qu’il sait être une arme (3) de façon à le dissimuler. Quelle devrait être la *mens rea* relativement à cette infraction? Est-ce suffisant que le ministère public établisse l’intention de l’accusé de dissimuler l’objet qu’il savait être une arme, c’est-à-dire son intention de faire en sorte que les autres ne sachent pas qu’il avait une arme, de la soustraire aux regards ou de la cacher? Ou, par ailleurs, le ministère public doit-il prouver que l’accusé était en

Crown have to prove that the accused had the weapon and was concealing it for some unlawful purpose? There have been a number of cases which have dealt with this issue and they are not all in agreement.

In *R. v. Hanabury* (1970), 1 C.C.C. (2d) 438 (P.E.I.S.C.), a bayonet was found under the front seat on the driver's side of a car driven by the accused. The accused admitted that he knew that the bayonet was a weapon. He stated that he had bought it for use when he was camping. However, he said that it was not sharp enough for his camping purposes, so he never used it. He was tried and convicted. On appeal, although Nicholson J. rejected his argument that he had not been "carrying" the weapon, he quashed the conviction on the grounds that the requisite intent had not been established. At page 445 he wrote:

Concealment . . . must involve a conscious attempt or effort on the part of the one charged to conceal the weapon in such a way or in such a place as it would not readily be found. I think the carrying of the weapon must be unlawful or for an unlawful purpose before concealment can be attributed to the accused. This bayonet is not the kind of an article which one would carry in plain view or on the front seat of an automobile, not because to do so is unlawful, or that the person might have some unlawful purpose ascribed to him, anymore than for the reason of not having it stolen or merely to put it out of the way. [Emphasis added.]

In *R. v. Coughlan* (1974), 17 C.C.C. (2d) 430 (Alta. S.C.), the accused was found to have a knuckleduster in his pocket. By way of an explanation he testified that he had been taking it to show an interested friend. He said that by placing it in his pocket he had intended neither to conceal the knuckleduster nor to use it as a weapon. On appeal Cavanagh J. set aside the conviction. Although he agreed with Nicholson J. in *Hanabury, supra*, that concealment must involve a conscious effort to place the weapon out of sight, he did not go as far as Nicholson J. by requiring that there be an unlawful purpose involved before a conviction could result.

possession de l'arme et la dissimulait à une fin illégale? Un certain nombre de décisions, pas toutes unanimes, ont été rendues sur cette question.

Dans *R. c. Hanabury* (1970), 1 C.C.C. (2d) 438 (C.S.Î.-P.-É.), une baïonnette a été trouvée sous le côté gauche de la banquette avant d'une automobile conduite par l'accusé. Ce dernier a admis savoir que la baïonnette était une arme et l'avoir achetée pour l'utiliser en camping. Toutefois, comme elle n'était pas suffisamment tranchante pour l'usage auquel il la destinait, il ne l'a jamais utilisée. Il a été jugé puis déclaré coupable. En appel, bien qu'il ait rejeté sa prétention selon laquelle il ne «portait» pas l'arme, le juge Nicholson a annulé la déclaration de culpabilité pour le motif que l'intention nécessaire n'avait pas été établie. À la page 445, il a écrit:

[TRADUCTION] La dissimulation [. . .] doit [. . .] traduire une tentative ou un effort conscient de la part de l'accusé de dissimuler l'arme de sorte qu'elle ne puisse être facilement trouvée. J'estime que le port d'une arme doit être illégal ou destiné à un fin illégale pour que la dissimulation soit imputée à l'accusé. La baïonnette en question n'est pas le genre d'objet qu'une personne transporterait à la vue de tous ou sur la banquette avant d'une automobile autant pour le motif qu'agir ainsi est illégal ou que la personne pourrait se voir attribuer une intention illégale, que pour éviter qu'elle soit volée ou simplement pour la ranger. [Je souligne.]

Dans *R. c. Coughlan* (1974), 17 C.C.C. (2d) 430 (C.S. Alb.), l'accusé avait dans sa poche un coupe-poing américain. Comme explication, il a témoigné l'avoir amené pour le montrer à un ami intéressé. Il a déclaré qu'en le mettant dans sa poche, il n'avait pas l'intention de le dissimuler ni de l'utiliser comme une arme. En appel, le juge Cavanagh a infirmé la déclaration de culpabilité. Bien qu'il ait été d'accord avec le juge Nicholson dans *Hanabury*, précité, pour dire que pour qu'il y ait dissimulation il doit y avoir un effort conscient de soustraire l'arme aux regards, il n'est pas allé aussi loin que lui en exigeant qu'il y ait une fin illégale pour qu'une déclaration de culpabilité soit prononcée.

The section was considered next in *R. v. Lemire, supra*. In that case, the accused had been found carrying a lead pipe covered with tape to which a length of chain was attached. This device, which could be a fearsome weapon at close range, had been placed underneath the accused's jacket and tucked in his belt. However, there was no evidence adduced that the accused intended to hide it. The trial judge acquitted the accused based on the reasons of Cavanagh J. expressed in *R. v. Coughlan, supra*. On appeal, Nemetz C.J.B.C. rejected the reasoning in the *Coughlan* case and substituted a verdict of guilty. He expressed the opinion that in so far as the *Coughlan* case held that the *mens rea* element required proof of putting a weapon out of sight for the purpose of concealment, it was wrongly decided. He went on to express the view that the only intent required to be shown by the Crown is that the accused intended to place the weapon in a place of concealment.

In the present case Toy J.A. thought that Nemetz C.J.B.C. had misapprehended the reasoning in *Coughlan* which he thought was correctly decided. He reconciled *Lemire* and *Coughlan* by finding that there was no significant difference between the two as to the mental element required for concealment.

What then should be the requisite *mens rea* for this offence? Perhaps a solution can be arrived at by considering the aim or object of the section itself. There is something extremely menacing and intimidating about the presence of a naked weapon. There is something even more sinister in the presence of a concealed weapon. No doubt the legislators enacting s. 89 believed that weapons are usually concealed by persons on the way to commit crimes or after leaving the scene. Clearly then one of the goals of the section is to discourage the prospective bank robber who might be apprehended on the way to the bank with a sawed-off shotgun concealed in his pant leg. Yet, I think the section has a wider aim. All Canadians have the right to feel protected from the sinister menace of a concealed weapon. If it was ever thought that it was lawful to carry concealed weapons more and more Canadians might come to believe it would be

L'article a ensuite été examiné dans *R. c. Lemire, précité*. Dans cette affaire, l'accusé a été trouvé en possession d'un tuyau en plomb, recouvert d'un ruban, auquel un bout de chaîne était attaché. L'accusé avait placé dans sa ceinture sous sa veste l'objet qui, à courte portée, pouvait être une arme redoutable. Toutefois, aucune preuve n'a démontré que l'accusé avait l'intention de le cacher. Le juge du procès l'a acquitté en se fondant sur les motifs que le juge Cavanagh a exposés dans *R. c. Coughlan, précité*. En appel, le juge en chef Nemetz a rejeté le raisonnement dans l'arrêt *Coughlan* et a rendu un verdict de culpabilité. Selon lui, dans la mesure où il a déterminé que pour établir la *mens rea* il faut prouver que l'accusé a soustrait l'arme aux regards dans le but de la dissimuler, l'arrêt *Coughlan* était erroné. Il a ensuite exprimé l'avis que le ministère public est tenu de ne démontrer que l'intention de l'accusé de placer l'arme dans un endroit dissimulé.

Dans la présente affaire, le juge Toy de la Cour d'appel a estimé que le juge en chef Nemetz s'était mépris sur le raisonnement de *Coughlan* qui, selon lui, était correct. Il a concilié les arrêts *Lemire* et *Coughlan* en statuant qu'ils ne contenaient aucune différence importante quant à l'élément moral requis relativement à la dissimulation.

Quelle devrait donc être la *mens rea* pour cette infraction? On peut peut-être trancher la question en considérant le but ou l'objet de l'article même. La présence d'une arme nue renferme un élément extrêmement menaçant et intimidant. La présence d'une arme dissimulée est encore plus sinistre. Il n'y a pas de doute que le législateur qui a adopté l'art. 89 estimait que les armes sont généralement dissimulées par des personnes qui sont sur le point de commettre un crime ou qui prennent la fuite après en avoir commis un. Manifestement, l'article vise notamment à dissuader le voleur de banque éventuel qui pourrait être arrêté sur le chemin de la banque, un fusil à canon tronçonné dissimulé dans la jambe de son pantalon. J'estime toutefois que l'article vise un objectif plus général. Tous les Canadiens ont le droit de se sentir protégés contre la menace sinistre que présente une arme dissimulée. Si on venait à considérer qu'il est légal de



prudent for them to carry concealed weapons in order to defend themselves and their families. This might lead to a vigilante attitude that could all too readily result in an increase in violence in Canadian society. Canadians are well satisfied with the security provided by the close regulation of the ownership and use of firearms. They have every right to expect the concealment of weapons would also be prohibited or properly regulated. To fulfil the aim and object of s. 89, it would then appear that the requisite intent or mental element should be that the accused intended to hide from others an object he knew to be a weapon.

There is much to commend that approach to the mental element. Yet there are complicating factors. For example, hunting rifles and shotguns must be carried to and from the hunt camp. Many of the provinces have regulations regarding the transportation and carrying of guns for hunting. For example, s. 22(1) of the Ontario *Game and Fish Act*, R.S.O. 1990, c. G.1, provides:

22. — (1) In a locality that game usually inhabits or in which game is usually found, no person shall have a firearm in his or her possession, unless it is unloaded and encased, between one-half hour after sunset and one-half hour before sunrise of any day. [Emphasis added.]

The Nova Scotia regulations (N.S. Reg. 144/39, s. 8(4), as amended by 178/90 and 176/92) provide that no person shall possess a firearm in a vehicle at any time unless it is encased. Other provincial regulations require that the firearm be carried either in a gun case or that it be completely wrapped in a blanket or canvas securely tied around the firearm or in the luggage compartment of the vehicle.

As a general principle of Canadian statutory interpretation where a valid federal statute is in conflict with a valid provincial one, the doctrine of paramountcy renders the provincial statute inoperative as noted by La Forest J. in *Bank of Montreal v. Hall*, [1990] 1 S.C.R. 121, at pp. 151-52. However, where it is reasonably possible to do so,

transporter des armes dissimulées, de plus en plus de Canadiens pourraient croire qu'il est prudent de les porter pour se défendre, eux et leur famille. On pourrait alors voir naître une attitude d'auto-défense qui risquerait fort d'entraîner une escalade de la violence au sein de la société canadienne. Les Canadiens sont amplement satisfaits de la sécurité qu'offrent les règlements stricts sur la propriété et l'utilisation d'armes à feu. Ils ont le droit de s'attendre à ce que la dissimulation d'armes soit également interdite ou adéquatement réglementée. Afin d'atteindre le but de l'art. 89 et de respecter son objet, il semble alors que l'intention ou l'élément moral requis devrait être l'intention de l'accusé de cacher un objet qu'il sait être une arme.

Si nombre de facteurs appuient une telle position relativement à l'élément mental, d'autres créent des complications. Par exemple, les carabines et fusils de chasse doivent être transportés en direction et en provenance du camp de chasse. Plusieurs provinces ont des règlements relatifs au transport et au port du fusil de chasse. Par exemple, le par. 22(1) de la *Loi sur la chasse et la pêche* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. G.1, prévoit:

22 (1) Nul ne doit avoir en sa possession une arme à feu dans une localité où vit ou se trouve habituellement du gibier, pendant la période comprise entre la demi-heure qui suit le coucher du soleil et celle qui précède son lever, sauf si l'arme est déchargée et rangée dans un étui. [Je souligne.]

Le règlement de la Nouvelle-Écosse (N.S. Reg. 144/39, par. 8(4), modifié par 178/90 et 176/92) interdit à quiconque d'avoir une arme à feu dans un véhicule sauf si elle est rangée dans un étui. D'autres règlements provinciaux requièrent que l'arme à feu soit transportée dans un étui ou complètement enveloppée dans une couverture ou une toile attachée solidement autour de l'arme à feu ou dans le coffre du véhicule.

Suivant un principe général d'interprétation des lois au Canada, lorsqu'une loi fédérale valide entre en conflit avec une loi provinciale valide, la théorie de la prépondérance rend la loi provinciale inopérante. C'est ce qu'a indiqué le juge La Forest dans l'arrêt *Banque de Montréal c. Hall*, [1990] 1 R.C.S. 121, aux pp. 151 et 152. Toutefois, lorsque

courts will avoid interpreting the statutes as being in conflict. In *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161, Dickson J. (as he then was) wrote at p. 191:

In principle, there would seem to be no good reasons to speak of paramountcy and preclusion except where there is actual conflict in operation as where one enactment says "yes" and the other says "no"; "the same citizens are being told to do inconsistent things"; compliance with one is defiance of the other.

In this area of the law, the regulation of firearms is not monolithic. They are controlled by a variety of statutes for a variety of purposes. At the federal level, the grave danger posed by guns means that firearms regulations come within the scope of the criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*. See *Attorney-General of Canada v. Pattison* (1981), 59 C.C.C. (2d) 138 (Alta. C.A.), approved of in *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, at p. 1000. At the same time, provincial regulations pertaining to hunting with firearms are within the purview of the provinces as matters of local interest (s. 92(16) of the *Constitution Act, 1867*) or as matters of property or civil rights (s. 92(13)) as noted by La Forest J.A. (as he then was) in *R. v. Chiasson* (1982), 135 D.L.R. (3d) 499, affirmed [1984] 1 S.C.R. 266. Dickson J. in *Myran v. The Queen*, [1976] 2 S.C.R. 137, at pp. 141-42, observed that the province has an interest in regulating those who would otherwise "hunt dangerously and without regard for the safety of other persons in the vicinity". We are therefore in a field where both levels of government have a legitimate interest and an overlapping jurisdiction to regulate. The mere presence of provincial restrictions on firearms does not therefore create a paramountcy problem so long as the two sets of enactments can be reconciled.

c'est raisonnablement possible, les tribunaux se gardent de considérer les lois comme conflictuelles. Dans l'arrêt *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161, le juge Dickson<sup>a</sup> (plus tard Juge en chef) a affirmé à la p. 191:

En principe, il ne semble y avoir aucune raison valable de parler de prépondérance et d'exclusion sauf lorsqu'il y a un conflit véritable, comme lorsqu'une loi dit «oui» et que l'autre dit «non»; «on demande aux mêmes citoyens d'accomplir des actes incompatibles»; l'observance de l'une entraîne l'inobservance de l'autre.

Dans ce domaine du droit, la réglementation des armes à feu n'est pas monolithique. Un éventail de lois réglementent les armes à feu à des fins diverses. Au niveau fédéral, compte tenu du grave danger que présentent les fusils, la réglementation en matière d'armes à feu relève de la compétence en matière de droit criminel conférée par le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Voir l'arrêt *Attorney-General of Canada c. Pattison* (1981), 59 C.C.C. (2d) 138 (C.A. Alb.), approuvé dans l'arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, à la p. 1000. Par ailleurs, les règlements provinciaux relatifs à l'utilisation d'armes à feu pour chasser relèvent de la compétence provinciale en raison de leur nature locale (par. 92(16) de la *Loi constitutionnelle de 1867*) ou du fait qu'ils sont relatifs à la propriété et aux droits civils (par. 92(13)), comme l'a noté le juge La Forest de la Cour d'appel (maintenant juge de notre Cour) dans l'arrêt *R. c. Chiasson* (1982), 135 D.L.R. (3d) 499, confirmé par [1984] 1 R.C.S. 266. Dans l'arrêt *Myran c. La Reine*, [1976] 2 R.C.S. 137, à la p. 141, le juge Dickson a fait remarquer que la province avait un intérêt à prendre des règlements visant ceux qui autrement «chasser[aient] dangereusement au mépris de la sécurité des gens du voisinage». Il s'agit donc d'un domaine à l'égard duquel les deux paliers de gouvernement détiennent un intérêt légitime et des pouvoirs de réglementation qui se chevauchent. La seule présence de restrictions provinciales en matière d'armes à feu ne soulève donc à elle seule aucune question de prépondérance en autant que les deux textes législatifs peuvent être conciliés.

Taking these principles into account, the question becomes whether the provincial enactments compel citizens to defy a federal prohibition on the concealment of weapons.

Could a person complying with the provincial regulations be said to be in breach of s. 89? I think not. At a practical level, a gun case is a common place item that generally proclaims to all exactly what it is. In a great many instances, a gun case is sold with a hunting rifle or shotgun. Indeed, it is difficult to imagine that a gun owner would not transport his or her gun in a case to prevent it from rusting and eventually malfunctioning. A gun case is in the shape of the firearm and thus cannot be said to conceal the weapon. It could be argued that some of the cases for carrying expensive shotguns used for skeet shooting or trap shooting competitions more closely resemble a briefcase than a gun case. This may be but these cases can and should be marked clearly as the carrying case for the shotgun. A gun in a case or tightly wrapped in canvas should not be considered to be hidden or concealed. It still looks like a gun and carried in that manner does not infringe the provisions of s. 89. Thus, complying with provincial regulations will not result in the gun owner being in breach of s. 89.

The regulations that cause greater difficulty are those that oblige the owner to place his gun in a trunk or luggage compartment — a container that from the outside does not signal to the public the presence of a gun. Recently enacted federal regulations on the transportation of firearms stipulate that a person may transport a firearm in a vehicle that is not attended only if the firearm is unloaded and either locked in the trunk or is not visible from outside the locked vehicle: *Storage, Display, Handling and Transportation of Certain Firearms Regulations*, SOR/92-459, ss. 10(2), 12(2) and (3). In my view, this is a sound regulations whose purpose is clearly to prevent the theft of firearms from unattended vehicles. A stolen firearm can be misused and thus constitutes a grave danger to society. Compliance with this very sensible regulation

Compte tenu de ces principes, il s'agit maintenant de déterminer si les textes législatifs provinciaux contraignent les citoyens à braver l'interdiction fédérale relativement à la dissimulation d'armes.

Pourrait-on dire d'une personne qui respecte le règlement provincial qu'elle viole l'art. 89? Je ne le crois pas. En pratique, l'étui à fusil est un objet courant qui signale généralement à tous exactement ce qu'il est. Dans un grand nombre de cas, les carabines ou fusils de chasse sont vendus dans un étui. En fait, on peut difficilement imaginer le propriétaire d'un fusil ne transportant pas son fusil dans un étui s'il veut éviter qu'il rouille et qu'il en vienne à mal fonctionner. Comme l'étui à fusil a la forme d'une arme à feu, on ne peut pas dire qu'il dissimule une arme. On pourrait soutenir que certains étuis destinés au transport de fusils coûteux utilisés pour les compétitions de tir au pigeon d'argile ou de ball-trap ressemblent plus à une serviette qu'à un étui à fusil. Sans doute, mais il est possible et nécessaire d'indiquer clairement sur ces étuis qu'ils sont des étuis à fusil. Un fusil rangé dans un étui ou solidement enveloppé dans une toile ne devrait pas être considéré comme caché ou dissimulé. Il ressemble toujours à un fusil et il est transporté d'une manière qui ne viole pas l'art. 89. Ainsi, s'il respecte le règlement provincial, le propriétaire d'un fusil ne viole pas l'art. 89.

Les règlements qui causent le plus de problèmes sont ceux qui contraignent le propriétaire à ranger son fusil dans un coffre ou un compartiment à bagage, soit un endroit qui, de l'extérieur, n'indique pas au public la présence d'un fusil. Le législateur fédéral a récemment pris un règlement sur le transport des armes à feu qui permet à une personne de transporter une arme à feu à bord d'un véhicule non surveillé seulement s'il s'agit d'une arme à feu non chargée et si elle se trouve dans le coffre verrouillé ou si elle n'est pas visible de l'extérieur du véhicule verrouillé: *Règlement sur l'entreposage, la mise en montre, la manipulation et le transport de certaines armes à feu*, DORS/92-459, par. 10(2), 12(2) et (3). À mon avis, il s'agit là d'un règlement judicieux, qui vise manifestement à empêcher le vol d'armes à feu dans les véhicules

should not result in a conviction for carrying a concealed weapon. Rather, it should be seen as an exception to the prohibition otherwise in place under s. 89.

Of course, generally, regulations cannot create exceptions to their empowering acts. But as R. Dussault and L. Borgeat in *Administrative Law: A Treatise* (2nd ed. 1985), vol. 1, at p. 409, noted:

... there are many statutes containing provisions that permit the enabling statute to be amended by regulation with respect to its scope or field of application. Thus, frequently the nature of the delegated power is such that making a regulation necessarily entails some amendment to the statute. [Emphasis added.]

Here, the federal regulations are made pursuant to s. 116(1)(g) of the *Code*, as amended by S.C. 1991, c. 40, s. 28, that provides for rules “respecting the storage, display, handling and transportation of firearms”. In granting the power to regulate storage — as distinct from display — and transportation, Parliament specifically provided for regulations that involve some measure of concealment of the weapons involved. By virtue of s. 116(1)(g), the regulations cited above are not in conflict with s. 89 but derogate from it and allow, in certain narrow circumstances, when the vehicle is unattended, for placing a weapon within a trunk without “concealing” it.

Compliance with federal regulations designed to protect the public from the danger of stolen weapons should not result in a conviction under s. 89 of the *Criminal Code*. The goals of the regulation and the *Code* provision are different yet complementary. They are both designed to protect people from the threat of violence that results from the public presence of firearms. Thus, they must be interpreted in a manner which avoids conflict and promotes the goals of both provisions.

non surveillés. Une arme à feu volée peut être utilisée à mauvais escient et constitue donc un danger sérieux pour la société. Le respect de ce règlement très sensé ne devrait pas entraîner une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction de port d'une arme dissimulée. Au contraire, il devrait être considéré comme une exception à l'interdiction par ailleurs prévue à l'art. 89.

*a* de culpabilité relativement à l'infraction de port d'une arme dissimulée. Au contraire, il devrait être considéré comme une exception à l'interdiction par ailleurs prévue à l'art. 89.

*b* Il va sans dire que, en général, les règlements ne peuvent créer d'exceptions à leur loi habilitante. Mais comme le remarquent R. Dussault et L. Borgeat dans *Traité de droit administratif* (2<sup>e</sup> éd. 1984), t. 1, à la p. 522:

... un bon nombre de lois contiennent des dispositions qui permettent la modification par règlement de la portée ou du champ d'application de la loi habilitante. Ainsi, très souvent, la nature du pouvoir délégué est telle que l'adoption d'un règlement implique nécessairement une certaine modification de la loi. [Je souligne.]

En l'espèce, le règlement fédéral est pris en application de l'al. 116(1)(g) du *Code*, modifié par L.C. 1991, ch. 40, art. 28, qui prescrit des règles relatives à «l'entreposage, la mise en montre, la manipulation et le transport des armes à feu». En conférant le pouvoir de réglementer l'entreposage — qui diffère de la mise en montre — et le transport, le législateur a expressément prévu des règlements qui impliquent un certain degré de dissimulation des armes en cause. En vertu de l'al. 116(1)(g), le règlement précité n'entre pas en conflit avec l'art. 89, bien qu'il en déroge et permette, dans certains cas limités, lorsque le véhicule n'est pas surveillé, le rangement d'une arme à feu dans un coffre sans qu'elle soit «dissimulée».

*c* 1984), t. 1, à la p. 522:

*d* Ainsi, très souvent, la nature du pouvoir délégué est telle que l'adoption d'un règlement implique nécessairement une certaine modification de la loi. [Je souligne.]

*e* En l'espèce, le règlement fédéral est pris en application de l'al. 116(1)(g) du *Code*, modifié par L.C. 1991, ch. 40, art. 28, qui prescrit des règles relatives à «l'entreposage, la mise en montre, la manipulation et le transport des armes à feu». En conférant le pouvoir de réglementer l'entreposage — qui diffère de la mise en montre — et le transport, le législateur a expressément prévu des règlements qui impliquent un certain degré de dissimulation des armes en cause. En vertu de l'al. 116(1)(g), le règlement précité n'entre pas en conflit avec l'art. 89, bien qu'il en déroge et permette, dans certains cas limités, lorsque le véhicule n'est pas surveillé, le rangement d'une arme à feu dans un coffre sans qu'elle soit «dissimulée».

*f* qui diffère de la mise en montre — et le transport, le législateur a expressément prévu des règlements qui impliquent un certain degré de dissimulation des armes en cause. En vertu de l'al. 116(1)(g), le règlement précité n'entre pas en conflit avec l'art. 89, bien qu'il en déroge et permette, dans certains cas limités, lorsque le véhicule n'est pas surveillé, le rangement d'une arme à feu dans un coffre sans qu'elle soit «dissimulée».

*g* 89, bien qu'il en déroge et permette, dans certains cas limités, lorsque le véhicule n'est pas surveillé, le rangement d'une arme à feu dans un coffre sans qu'elle soit «dissimulée».

*h* Le respect du règlement fédéral conçu pour protéger le public contre le danger que présente le vol d'armes ne devrait pas entraîner une déclaration de culpabilité en vertu de l'art. 89 du *Code criminel*.

*i* Les objectifs du règlement et de la disposition du *Code* sont différents mais complémentaires. Ils visent tous les deux à protéger la société contre la menace de violence qui résulte de la présence d'armes à feu dans un endroit public. Ils doivent donc être interprétés d'une manière qui évite les conflits et qui serve leurs objectifs.

*j* donc être interprétés d'une manière qui évite les conflits et qui serve leurs objectifs.

Similar rules exist at the provincial level. New Brunswick, under the *Fish and Wildlife Act*, S.N.B. 1980, c. F-14.1, s. 42(2)(c), (3)(e) and (4)(c), and Nova Scotia, under the *Wildlife Act*, R.S.N.S. 1989, c. 504, s. 80(2)(c), (3)(e) and (4)(c), require a firearm to be locked in the luggage compartment of the vehicle if the gun is not encased or wrapped and tied. Here again no conflict with s. 89 arises so long as the firearm is locked in the trunk in the circumstances outlined in the federal regulations. In other situations, for instance when the vehicle is not left unattended, the gun owner should use the other methods of carriage suggested in the provincial legislation — encasement (where the firearm is restricted it must be encased under the federal rules) or tight wrapping — neither of which, as outlined above, involve any real concealment for the purposes of s. 89 since the nature of the object so encased is apparent to all. It is possible to comply therefore with both the federal and provincial restrictions.

The appellant argues that he should not be convicted of a criminal offence because he had no evil intent. That is, he had no intention to break the law or injure others. Rather, he concealed his rifle in order to avoid alarming passengers on the Skytrain.

I cannot accept this argument. It would have been so easy to have made sure that the gun was unloaded and placed in a secured gun case or wrapped and tied and then carried openly on the Skytrain. That way the gun would not be concealed, that is to say hidden or disguised as something other than a gun. The fact that the firearm was enclosed would go a long way to reducing the sense of unease and alarm that would arise in the presence of a naked gun. If a gun is to be used for hunting or for target shooting the owner should be

Des règles semblables existent à l'échelle provinciale. En vertu des al. 42(2)c), (3)e) et (4)c) de la *Loi sur la pêche sportive et la chasse*, L.N.-B. 1980, ch. F-14.1, du Nouveau-Brunswick et des al. 80(2)c), (3)e) et (4)c) de la *Wildlife Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 504, de la Nouvelle-Écosse, une arme à feu doit être sous clé dans le coffre d'un véhicule si elle n'est pas rangée dans un étui ou enveloppée et attachée. Ici encore, il n'en découle aucun conflit avec l'art. 89 en autant que l'arme à feu est sous clé dans le coffre dans les circonstances établies dans le règlement fédéral. Dans d'autres situations, par exemple lorsque le véhicule n'est pas laissé sans surveillance, le propriétaire du fusil devrait avoir recours aux autres méthodes de transport proposées dans la loi provinciale — ranger l'arme à feu dans un étui (s'il s'agit d'une arme à autorisation restreinte, elle doit être rangée dans un étui en vertu des règles fédérales) ou l'envelopper solidement —, aucune d'elles, comme je l'ai indiqué plus tôt, ne consistant en une véritable dissimulation aux fins de l'art. 89 puisque la nature de l'objet ainsi rangé dans l'étui est évidente pour tous. Il est par conséquent possible de respecter à la fois les restrictions fédérales et les restrictions provinciales.

L'appellant soutient qu'il ne devrait pas être déclaré coupable d'une infraction criminelle puisqu'il n'était animé d'aucune mauvaise intention. C'est-à-dire qu'il n'avait pas l'intention de violer la loi ou de blesser quelqu'un. Au contraire, il a dissimulé sa carabine pour éviter d'alarmer les passagers du Skytrain.

Je ne peux retenir cet argument. Il aurait été si facile de faire en sorte que le fusil soit déchargé et rangé dans un étui à fusil verrouillé ou enveloppé et attaché puis transporté ouvertement dans le Skytrain. De cette façon, le fusil ne serait pas dissimulé, c'est-à-dire ni caché ni déguisé en autre chose qu'un fusil. L'arme à feu enveloppée permettrait d'atténuer le malaise et la frayeur engendrés par la présence d'un fusil nu. Si un fusil est destiné à la chasse ou au tir à la cible, le propriétaire doit être disposé à le ranger dans un étui à la

prepared to place it in a case at the end of the day for the safety, protection and peace of mind of all around him.

Yet there is a situation that does give rise to concerns. The criminal law does not punish those that are morally blameless. There must be a guilty mind or intent to constitute an act as criminal. What then of the accused, a resident of a sparsely populated area, returning from a hunting trip who stops on the way to pick up his young children. If he placed the firearms out of sight under the front seat in order to prevent the children from playing with them could he be convicted of carrying a concealed weapon?

Once again if the firearm is placed in a gun case or wrapped in canvas the father would have no concerns as to the safety of his children and the weapon would not have been concealed. It is possible to imagine the unlikely situation where a firearm case or canvas was simply not available. In those circumstances should a defence of reasonable excuse be available to the accused? I think not. Society has a right to be protected from the very real danger of death or injury that may all too readily result from carrying a concealed weapon. It is therefore preferable that the mental element requirement be simply that the accused, knowing the object carried to be a weapon, took steps to hide it from others.

### Summary

In summary then, the requisite *mens rea* or mental element of s. 89 will be established if the Crown proves beyond a reasonable doubt that the accused concealed an object that he knew to be a weapon. In order to prove concealment it would have to be established that the accused took steps to hide the weapon so that it would not be observed or come to the notice of others.

A gun which is carried in a gun case will not be considered to be concealed. In the vast majority of cases, the gun carrying case will resemble the firearm itself so that it cannot be considered to be hidden. Further, wrapping a firearm in a blanket or

fin de la journée pour la sécurité, la protection et la tranquillité d'esprit de tous ceux qui l'entourent.

Toutefois, une certaine situation suscite des inquiétudes. Le droit criminel ne punit pas ceux qui sont moralement innocents. Il doit y avoir un esprit ou une intention coupable pour qu'un acte soit criminel. Qu'en est-il donc de l'accusé, résident d'une région peu peuplée, qui retourne d'un voyage de chasse et qui arrête en chemin pour prendre ses jeunes enfants. S'il a dissimulé les armes à feu sous la banquette avant afin que les enfants ne puissent jouer avec elles, peut-il être déclaré coupable d'avoir transporté une arme dissimulée?

Encore une fois, si l'arme à feu était rangée dans un étui ou enveloppée dans une toile, le père n'aurait pas à s'inquiéter quant à la sécurité de ses enfants et l'arme ne serait pas dissimulée. On peut imaginer la situation peu probable où l'accusé n'aurait pas à sa disposition d'étui ou de toile. Dans ces circonstances, pourrait-il invoquer la défense d'excuse raisonnable? Je ne le crois pas. La société a le droit d'être protégée contre le risque très réel de décès ou de blessures qui peuvent trop facilement découler du transport d'une arme dissimulée. Il est par conséquent préférable que l'exigence de l'élément moral consiste simplement en ce que, sachant que l'objet transporté est une arme, l'accusé ait pris des mesures pour le cacher.

### Résumé

En bref, la *mens rea* ou l'élément moral requis sous le régime de l'art. 89 sera établi si le ministère public prouve hors de tout doute raisonnable que l'accusé a dissimulé un objet qu'il savait être une arme. Pour prouver la dissimulation, il faudrait établir que l'accusé a pris des mesures pour cacher l'arme de façon à ce qu'elle ne puisse être vue.

Un fusil transporté dans un étui ne sera pas considéré comme dissimulé. Dans la grande majorité des cas, l'étui à fusil ressemble à l'arme à feu elle-même, de sorte que celle-ci ne peut être considérée comme cachée. En outre, le fait d'envelopper une

canvas and securing it with rope as required by some provincial regulations should not be considered to be concealing the weapon. Again, in the vast majority of cases the wrapped weapon will still resemble a firearm and will not be considered to be concealed. Nor should the placing of a firearm in a locked trunk or out of sight in a locked and unattended vehicle in compliance with federal regulations be considered to be "carrying a concealed weapon" so as to infringe s. 89 of the *Criminal Code*. The regulation and the *Code* provision must be construed in a manner that avoids conflict and promotes the goals of both provisions.

Similarly, the shotgun which breaks down and is carried in a case that resembles a briefcase should not be considered concealed if the carrying case is clearly marked as a gun case.

I would observe that not only would guns carried in carrying cases not be concealed but if transported in that way they will not cause the same malaise as would a naked weapon. It takes time to open a gun case, to bring out the gun and to load and use it. That is obvious to all and will ease the nervousness produced by an uncased gun.

#### Application of these Principles to this Case

There can be no doubt that the .22 calibre rifle carried by the appellant was a weapon. It was concealed. The appellant, knowing the .22 rifle was a weapon, took steps to hide it from observation by others. His excuse that he took the steps so as not to upset the other riders on the Skytrain cannot constitute a defence. If he had been truly concerned about the situation he would not have made the immature and frightening remark that he was off on "a killing spree". His actions and attitude could very well have had unfortunate consequences.

arme à feu dans une couverture ou une toile et de l'attacher solidement avec une corde comme le requièrent certains règlements provinciaux ne devrait pas être considéré comme le fait de dissimuler l'arme. Je le répète, dans la grande majorité des cas, l'arme enveloppée ressemblera toujours à une arme à feu et ne sera pas considérée comme dissimulée. En outre, le fait de ranger une arme à feu dans un coffre verrouillé ou de façon à ce qu'elle ne soit pas visible dans un véhicule verrouillé et non surveillé conformément au règlement fédéral ne devrait pas être considéré comme le fait de «porter une arme dissimulée» de manière à violer l'art. 89 du *Code criminel*. Le règlement en question et la disposition du *Code* doivent être interprétés de façon à éviter les conflits et à servir leurs objectifs.

De même, le fusil qui se démonte pour être transporté dans un étui qui ressemble à une serviette ne devrait pas être considéré comme dissimulé s'il est clairement indiqué sur l'étui qu'il s'agit d'un étui à fusil.

Je me permets de signaler que, non seulement les fusils transportés dans des étuis ne sont pas dissimulés, mais ils ne causeront pas le même malaise qu'une arme nue. Ouvrir un étui à fusil, en sortir le fusil, le charger et l'utiliser nécessite un certain temps. Tout le monde en est conscient, ce qui atténue la nervosité créée par un fusil non rangé dans un étui.

#### Application de ces principes à la présente affaire

Il n'y a pas de doute que la carabine de calibre .22 transportée par l'appelant était une arme et qu'elle était dissimulée. Sachant que la carabine .22 était une arme, l'appelant a pris des mesures pour qu'elle ne soit pas visible. Son excuse, selon laquelle il a agi ainsi pour ne pas inquiéter les autres passagers du Skytrain, ne constitue pas une défense. S'il s'était réellement préoccupé par la situation, il n'aurait pas déclaré de façon immature et terrifiante qu'il s'en allait faire «une tuerie». Ses actions et son attitude auraient très bien pu avoir des conséquences malheureuses.

Disposition

In the result I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — I have had the benefit of reading the reasons of the Chief Justice and of Justice Cory and find that I am in substantial agreement with the reasons of the Chief Justice. I agree with him that this case can be decided through a determination of whether a firearm is always a weapon as defined in s. 2 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. To that end, I also agree with the interpretation given to the section by Gibbs J.A., an interpretation adopted by the Chief Justice, that a firearm only becomes a weapon “if used or intended for use to cause death or injury, or to threaten or intimidate”.

I would, however, refrain from commenting upon the constitutionality of s. 89 of the *Code*. This issue was not argued before us and I prefer to leave it to another day.

I would allow the appeal and set aside the conviction.

*Appeal dismissed, LAMER C.J. and SOPINKA and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Peck & Tammen, Vancouver.*

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

Dispositif

Je suis donc d'avis de rejeter le pourvoi.

a Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — J'ai eu l'avantage de lire les motifs du Juge en chef et du juge Cory, et je souscris en grande partie à ceux du Juge en chef. Comme lui, j'estime qu'il est possible de résoudre la présente affaire en déterminant si une arme à feu est toujours une arme au sens de l'art. 2 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. À cette fin, j'accepte également l'interprétation qu'a donnée à l'article le juge Gibbs de la Cour d'appel, et qu'a adoptée le Juge en chef, suivant laquelle une arme à feu ne devient une arme que [TRADUCTION] «si elle est utilisée, ou qu'une personne entend l'utiliser, pour tuer ou blesser une autre personne ou pour la menacer ou l'intimider».

Je me garderai toutefois de me prononcer sur la constitutionnalité de l'art. 89 du *Code*. La question n'ayant pas été débattue devant nous, je préfère ne pas l'aborder.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'infirmer la déclaration de culpabilité.

f *Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER et les juges SOPINKA et MCLACHLIN sont dissidents.*

g *Procureurs de l'appelant: Peck & Tammen, Vancouver.*

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



**Debra Marquard** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MARQUARD

File No.: 22940.

1993: April 29; 1993: October 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Evidence — Expert evidence — Child testifying about aggravated assault — Expert witnesses called to corroborate Crown and defence versions of events — Expert testifying as to whether child telling the truth and as to the psychological effects of abuse — Level of competence to be established in inquiry as to child's communication skills under s. 16(1)(b) of the Canada Evidence Act — Whether trial judge's warning as to the frailty of child's evidence adequate — Whether opinion evidence outside the area of expertise of qualified experts admissible — Whether expert's commenting on a child's credibility appropriate — Nature of questioning expert witnesses — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 245.2(1) — Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 16(1)(b), (3).*

Appellant was charged with the aggravated assault (under s. 245.2(1), now s. 268(1), of the *Criminal Code*) of her 3½-year-old granddaughter. At trial, which was held 17 months after the incident, the Crown alleged that appellant had put the child's face against a hot stove door in order to discipline her. The child's unsworn testimony was that her "Nanna" had put her in (or on) the stove. Appellant and her husband both testified that they discovered the child early in the morning, screaming, after she had burned herself trying to light a cigarette with a butane lighter.

Both the Crown and defence called a number of expert witnesses to corroborate their versions of the

**Debra Marquard** *Appelante*

c.

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

RÉPERTORIÉ: R. c. MARQUARD

<sup>b</sup> N° du greffe: 22940.

1993: 29 avril; 1993: 21 octobre.

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

*Preuve — Témoignage d'expert — Témoignage d'un enfant sur des voies de fait graves — Témoins experts appelés pour corroborer la version des événements du ministère public et de la défense — Témoignage d'un expert sur la question de savoir si l'enfant dit la vérité et sur les effets psychologiques des mauvais traitements — Degré d'habileté à établir dans le cadre d'une enquête sur la capacité de l'enfant de communiquer en vertu de l'art. 16(1)b) de la Loi sur la preuve au Canada — La mise en garde du juge du procès quant aux faiblesses du témoignage de l'enfant était-elle suffisante? — Le témoignage d'opinion qui excède le domaine d'expertise d'un expert qualifié est-il admissible? — Les commentaires d'un expert sur la crédibilité d'un enfant sont-ils pertinents? — Nature de l'interrogatoire des témoins experts — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 245.2(1) — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 16(1)b), (3).*

L'appelante a été accusée d'avoir commis des voies de fait graves (en contravention du par. 245.2(1), maintenant par. 268(1), du *Code criminel*) sur la personne de sa petite-fille âgée de trois ans et demi. Au procès, 17 mois après l'incident, le ministère public a allégué que l'appelante avait appuyé le visage de l'enfant contre une porte de cuisinière chaude afin de la punir. L'enfant, qui n'avait pas prêté serment, a témoigné que sa «grand-maman» l'avait mise dans (ou sur) la cuisinière. L'appelante et son époux ont tous deux témoigné que, tôt le matin, ils avaient découvert l'enfant, qui criait après s'être brûlée en tentant d'allumer une cigarette avec un briquet au butane.

Le ministère public et la défense ont tous deux appelé plusieurs experts à témoigner pour corroborer leur ver-

events. The expert evidence related to the functioning of butane lighters, the nature of the burn, whether the child was telling the truth at the trial, and the psychological effects of abuse. The trial judge admitted, and did not instruct the jury to disregard, evidence of expert witnesses who had gone beyond the area of expertise as qualified. Further, she invited the jury to place weight on these opinions, stating that opinions outside the expertise of the witnesses were to be weighed along with all the other evidence. Defence counsel did not object to the witnesses' giving evidence in these areas. However, he strenuously objected to the judge's charging the jury that they could rely on the opinions outside the stated areas of expertise. The jury found appellant guilty and the judge sentenced her to five years' imprisonment. The Ontario Court of Appeal upheld the conviction but reduced the sentence of imprisonment.

At issue here were: the level of competence that had to be established in an inquiry under s. 16(1)(b) of the *Canada Evidence Act* with respect to a child's communication skills, the adequacy of the trial judge's warning as to the frailty of the child's evidence, the admissibility of opinion evidence outside the area of expertise of qualified experts, the appropriateness of an expert's commenting on a child's credibility and the nature of questioning expert witnesses.

*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Lamer C.J. and Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: Testimonial competence is not presumed in the case of a child testifying under s. 16 of the *Canada Evidence Act*. The child is placed in the same position as an adult whose competence has been challenged. At common law, such a challenge required the judge to inquire into the competence of the witness to testify. Testimonial competence comprehends: (1) the capacity to observe (including interpretation); (2) the capacity to recollect; and (3) the capacity to communicate. The goal is not to ensure that the evidence is credible, but only to assure that it meets the minimum threshold of being receivable. The enquiry is into capacity to perceive, recollect and communicate, not whether the witness actually perceived, recollects and can communicate about the events in question. The test is not based on presumptions of the incompetency of children to be witnesses and is not intended to make it difficult for

sion des événements. Les témoignages d'expert ont porté sur le fonctionnement des briquets au butane, la nature de la brûlure, la question de savoir si l'enfant disait la vérité au procès et les effets psychologiques des mauvais traitements. Le juge du procès a admis les témoignages d'experts qui s'étaient prononcés hors du domaine d'expertise pour lequel ils étaient qualifiés et elle n'a pas demandé au jury de ne pas en tenir compte. En outre, elle l'a invité à leur accorder de l'importance, signalant que les opinions qui outrepassaient les domaines d'expertise des témoins devaient être considérées avec tous les autres témoignages. L'avocat de la défense ne s'est pas opposé à ce que les témoins témoignent dans ces domaines. Il s'est cependant fortement opposé à l'exposé aux jurés portant qu'ils pouvaient s'appuyer sur les opinions dépassant le domaine d'expertise établi. Le jury a rendu un verdict de culpabilité et le juge a condamné l'appelante à cinq ans d'emprisonnement. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la déclaration de culpabilité, mais réduit la peine d'emprisonnement.

Le pourvoi soulève les questions suivantes: le degré d'habilité à établir dans le cadre de l'enquête prévue à l'al. 16(1)b) de la *Loi sur la preuve au Canada* à l'égard des aptitudes d'un enfant à communiquer, le caractère suffisant de la mise en garde du juge du procès quant aux faiblesses du témoignage d'un enfant, l'admissibilité d'un témoignage d'opinion qui dépasse le domaine d'expertise des experts qualifiés, la pertinence des commentaires d'un expert sur la crédibilité d'un enfant et la nature de l'interrogatoire des témoins experts.

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juge Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: L'habilité à témoigner n'est pas présumée dans le cas d'un enfant qui témoigne sous le régime de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*. L'enfant est placé dans la même situation qu'un adulte dont l'habilité a été contestée. En common law, une telle mise en question obligeait le juge à vérifier l'habilité de la personne à témoigner. L'habilité à témoigner comporte: (1) la capacité d'observer (dont la capacité d'interpréter); (2) la capacité de se souvenir; et (3) la capacité de communiquer. Le but n'est pas de garantir que le témoignage est crédible, mais de s'assurer simplement qu'il atteint la norme minimale de recevabilité. L'enquête porte sur la capacité de percevoir, de se rappeler et de communiquer, et non sur la question de savoir si le témoin a effectivement perçu les événements en question, s'en souvient et les communique. Le critère n'est pas fondé sur des présomptions relatives à l'inha-

children to testify. It merely outlines the basic abilities that individuals need to possess if they are to testify.

The phrase "communicate the evidence" indicates more than mere verbal ability. The reference to "the evidence" indicates the ability to testify about the matters before the court. It is necessary to explore in a general way whether the witness is capable of perceiving events, remembering events and communicating events to the court. If satisfied that this is the case, the judge may then receive the child's evidence under s. 16(3), after the child has promised to tell the truth. It is not necessary to determine in advance that the child perceived and recollects the very events at issue in the trial, as a condition of ruling that his or her evidence be received. That is not required of adult witnesses, and should not be required for children.

The examination conducted in this case was sufficient to permit the trial judge to conclude that the child was capable of perceiving, remembering and recounting events to the court. This in turn permitted the trial judge to receive her evidence, upon the child's promise to tell the truth. What the child actually perceived and recollected of the events in question was a matter for the jury to determine after listening to her evidence in chief and in cross-examination. A trial judge's discretion in determining that a child is competent to testify should not be interfered with unless manifestly abused.

With children, as with adults, there can be no fixed and precise formula to be followed in warning a jury about potential problems with a witness's evidence. Negative stereotypes should not be applied to the evidence of children. The trier of fact must nevertheless be cognizant of the weaknesses of a particular piece of evidence. Here, the child's evidence required a warning from the trial judge as to the risks of accepting it. The trial judge fairly pointed out the problems of her testimony to the jury and adequately cautioned them.

The only requirement for the admission of expert opinion is that the expert witness possess special knowledge and experience going beyond that of the trier of fact. Deficiencies in the expertise go to weight, not admissibility. Here, the witnesses were qualified more narrowly than their areas of expertise, or in one case, not formally qualified at all. The proper practice is for counsel presenting an expert witness to qualify the

bilité des enfants à témoigner et n'est pas conçu pour faire entrave aux témoignages d'enfants. Le critère sert plutôt à décrire les capacités fondamentales que les individus doivent avoir pour témoigner.

<sup>a</sup> L'expression «communiquer les faits dans son témoignage» indique plus qu'une simple capacité verbale. L'expression renvoie à la capacité de témoigner sur les questions dont le tribunal est saisi. Il est nécessaire de vérifier d'une manière générale si le témoin est capable de percevoir les événements, de s'en souvenir et de les communiquer au tribunal. S'il en est convaincu, le juge peut, en vertu du par. 16(3), permettre le témoignage de l'enfant sur promesse de dire la vérité. Il n'est pas nécessaire, pour permettre le témoignage de l'enfant, de déterminer préalablement que l'enfant a perçu les événements mêmes qui sont en cause au procès et qu'il s'en souvient. Les témoins adultes ne sont pas soumis à une telle condition, et les enfants ne devraient pas l'être.

<sup>b</sup> L'enquête tenue en l'espèce était suffisante pour permettre au juge du procès de conclure que l'enfant était capable de percevoir des événements, de s'en souvenir et de les relater à la cour. Cela a permis alors au juge du procès d'admettre le témoignage, sur promesse de l'enfant de dire la vérité. Ce que l'enfant a effectivement perçu des événements en cause et ce dont elle se souvenait était une question qu'il appartenait au jury de trancher après avoir entendu le témoignage principal et le contre-interrogatoire de l'enfant. Sauf en cas d'erreur manifeste, on ne devrait pas entraver le pouvoir discrétionnaire du juge du procès qui détermine qu'un enfant est capable de témoigner.

<sup>c</sup> Pour les enfants comme pour les adultes, on ne peut adopter aucune formule fixe et précise pour mettre en garde le jury contre les difficultés que risque de soulever la déposition de témoins. Il ne faut pas appliquer de stéréotypes négatifs aux témoignages d'enfants. Le juge des faits doit toutefois tenir compte des faiblesses d'une partie donnée du témoignage. En l'espèce, le juge du procès devait faire une mise en garde sur les dangers d'accepter le témoignage de l'enfant. Le juge du procès a équitablement souligné ces faiblesses au jury et l'a suffisamment mis en garde.

<sup>d</sup> La seule condition à l'admission d'une opinion d'expert est que le témoin expert possède des connaissances et une expérience spéciales qui dépassent celles du juge des faits. Les failles dans l'expertise concernent la valeur du témoignage et non son admissibilité. En l'espèce, les témoins ont été reconnus experts dans un domaine plus restreint que leur domaine d'expertise ou, dans un cas, n'ont pas été formellement reconnus du

expert in all the areas in which the expert is to give opinion evidence. If this is done, no question as to the admissibility of their opinions arises.

Important as the initial qualification of an expert witness may be, it would be overly technical to reject expert evidence simply because the witness ventures an opinion beyond the area of expertise in which he or she has been qualified. As a practical matter, it is for opposing counsel to object if the witness goes beyond the proper limits of his or her expertise. The objection to the witness's expertise may be made at the stage of initial qualification, or during the witness's evidence if it becomes apparent that the witness is going beyond the area in which he or she was qualified to give expert opinion. In the absence of objection, a technical failure to qualify a witness who clearly has expertise in the area will not mean that the witness's evidence should be struck. However, if the witness is not shown to have possessed expertise to testify in the area, his or her evidence must be disregarded and the jury so instructed. Allowing the jury to consider the experts' evidence did not constitute an error of law because all of them clearly possessed expertise sufficient to permit them to testify as they did.

The evidence that the child's maturity in dealing with her injury suggested long-term abuse was only tangentially relevant and its probative value of the issues at trial was low. On the other hand, it was potentially very prejudicial, because it implied that the child was the victim of long-term abuse, a proposition wholly unsupported by the evidence. Its prejudicial effect clearly outweighed any probative value it might have had on the issues the Crown had placed before the jury. This evidence accordingly should not have been admitted.

The judge's direction on the expert evidence may have misled the jury into believing that this evidence, which was of little or no probative weight, was a definitive expert opinion that the child was indeed abused and that her passivity was a key and highly probative factor supporting that conclusion. The reception of this evidence, coupled with the trial judge's direction on it, warranted a new trial being ordered.

tout. En pratique, l'avocat qui présente un témoin expert doit le faire reconnaître à ce titre pour tous les domaines dans lesquels il doit exprimer un témoignage d'opinion. Quand cela est fait, l'admissibilité de leur opinion n'est pas mise en doute.

Si importante que puisse être la qualification initiale d'un expert, il serait excessivement formaliste de rejeter le témoignage d'expert pour la simple raison que le témoin se permet de donner une opinion qui s'étend au-delà du domaine d'expertise pour lequel il a été qualifié. En pratique, il appartient à l'avocat adverse de faire objection si le témoin sort des limites de son expertise. L'objection peut être soulevée à l'étape de la qualification initiale ou au cours de la déposition du témoin s'il devient évident que ce dernier outrepassa le domaine pour lequel il a été reconnu qualifié pour donner une opinion d'expert. En l'absence d'objection, l'omission technique de qualifier un témoin qui possède manifestement l'expertise dans le domaine en question ne signifie pas que son témoignage doive être écarté. Toutefois, s'il n'est pas démontré que le témoin possède une expertise lui permettant de témoigner dans le domaine en cause, il ne faut pas tenir compte de son témoignage et le jury doit recevoir des directives à cet effet. Puisque les témoins possédaient tous manifestement une expertise suffisante pour témoigner comme ils l'ont fait, permettre au jury de considérer leur témoignage n'était pas une erreur de droit.

Le témoignage portant que la maturité de l'enfant à l'égard de sa blessure indiquait qu'elle était victime depuis longtemps de mauvais traitements avait une pertinence tangentielle, et sa valeur probante à l'égard des questions soulevées au procès était faible. En revanche, il risquait d'être très préjudiciable puisqu'il impliquait que l'enfant était victime de mauvais traitements depuis longtemps, une hypothèse que la preuve n'appuyait aucunement. Son effet préjudiciable l'emportait nettement sur toute valeur probante qu'il aurait pu avoir à l'égard des questions présentées au jury par le ministère public. Il n'aurait pas dû être admis.

Il se peut que la directive du juge sur le témoignage d'expert ait eu pour effet d'amener le jury à croire que ce témoignage, dont la valeur probante était faible ou inexistante, était l'opinion catégorique de l'expert que l'enfant était effectivement victime de mauvais traitements et que sa passivité constituait un facteur primordial et hautement probant à l'appui de cette conclusion. L'admission de ce témoignage et la directive du juge du procès à cet égard justifient la tenue d'un nouveau procès.

The ultimate conclusion as to the credibility or truthfulness of a particular witness is for the trier of fact, and is not the proper subject of expert opinion. A judge or jury which simply accepts an expert's opinion on the credibility of a witness would be abandoning its duty to itself determine the credibility of the witness. The expert who testifies on credibility is not sworn to the heavy duty of a judge or juror. Moreover, the expert's opinion may be founded on factors which are not in the evidence upon which the judge and juror are duty-bound to render a true verdict. Finally, credibility is a notoriously difficult problem, and the expert's opinion may be all too readily accepted by a frustrated jury as a convenient basis upon which to resolve their difficulties.

While expert evidence on the ultimate credibility of a witness is not admissible, expert evidence on human conduct and the psychological and physical factors which may lead to certain behaviour relevant to credibility, is admissible, provided the testimony goes beyond the ordinary experience of the trier of fact. This is particularly the case with evidence of children. Had the expert here restricted her comments to explaining why children may lie to hospital staff about the cause of their injuries, there could have been no objection to her evidence.

The proper procedure to be followed in examining an expert witness on other expert opinions found in papers or books is to ask the witness if he or she knows the work. If the answer is "no", or if the witness denies the work's authority, that is the end of the matter. Counsel cannot read from the work, since that would be to introduce it as evidence. If the answer is "yes", and the witness acknowledges the work's authority, then the witness has confirmed it by the witness's own testimony. Parts of it may be read to the witness, and to the extent they are confirmed, they become evidence in the case.

*Per La Forest and Gonthier JJ.:* The reasons of McLachlin J. were agreed with, subject however to the comments of L'Heureux-Dubé J. pertaining to s. 16 of the *Canada Evidence Act* which were adopted.

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting):* Section 16 of the *Canada Evidence Act* must be interpreted against a backdrop of reform, increased awareness of the value and reliability of children's evidence and the general trends in evidence law. Although the need for corroboration has been repealed, an inquiry into the testimonial competence of children is still required. Previously courts were required to determine if the child was pos-

La conclusion finale quant à la crédibilité ou la sincérité d'un témoin donné appartient au juge des faits, et ne doit pas être soumise à l'opinion d'expert. Le juge ou jury qui se contente d'accepter une opinion d'expert sur la crédibilité d'un témoin ne respecterait pas son devoir d'établir lui-même la crédibilité du témoin. L'expert qui témoigne sur la crédibilité n'est pas tenu par la lourde tâche du juge ou du juré. De plus, il se peut que l'opinion de l'expert repose sur des éléments qui ne font pas partie de la preuve en fonction de laquelle le juge et le juré sont tenus de rendre un juste verdict. Enfin, la crédibilité est un problème notoirement complexe, et l'opinion d'un expert risque d'être beaucoup trop facilement acceptée par un jury frustré pour faciliter la résolution de ses difficultés.

Si le témoignage d'expert sur la crédibilité d'un témoin n'est pas admissible, le témoignage d'expert sur le comportement humain et les facteurs psychologiques et physiques qui peuvent provoquer un certain comportement pertinent quant à la crédibilité, est admissible, pourvu qu'il aille au-delà de l'expérience ordinaire du juge des faits. C'est le cas en particulier pour les témoignages d'enfants. Si l'expert avait limité ses commentaires à expliquer la raison pour laquelle des enfants peuvent mentir au personnel hospitalier sur la cause de leurs blessures, on n'aurait pu soulever aucune objection à son témoignage.

Lorsqu'on interroge un témoin expert sur d'autres opinions d'expert exprimées dans des études ou des livres, la procédure à suivre est de demander au témoin s'il connaît l'ouvrage. Dans la négative, ou si le témoin nie l'autorité de l'ouvrage, l'affaire en reste-là. Les avocats ne peuvent lire des extraits de l'ouvrage puisque ce serait les introduire en preuve. Dans l'affirmative, et si le témoin reconnaît l'autorité de l'ouvrage, alors il le confirme par son propre témoignage. Des extraits peuvent être lus au témoin, et dans la mesure où ils sont confirmés, ils deviennent une preuve dans l'affaire.

*Les juges La Forest et Gonthier:* L'opinion du juge McLachlin est acceptée sous réserve toutefois des commentaires du juge L'Heureux-Dubé sur l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, lesquels sont acceptés.

*Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente):* C'est dans le contexte de la réforme, d'une plus grande conscience du poids et de la fiabilité des témoignages d'enfants et des tendances générales du droit de la preuve que l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada* doit être interprété. Bien que l'exigence de corroboration soit abolie, il est toujours nécessaire de tenir une enquête sur l'habileté des enfants à témoigner. Alors qu'antérieurement ils

sessed of "sufficient intelligence" to testify, whereas they now must assess whether the child is able to "communicate the evidence". The amendment is of no great significance. In fact, even under the previous provisions, there was no requirement that the trial judge assess a child's powers of perception and recollection independently of, or in addition to, the child's ability to respond to questions. Parliament would have used much clearer language had it intended to return to the common law test which applied before the enactment of the previous s. 16 of the Act.

The common law rules rest on the presumption that the evidence of certain classes of witnesses is inherently unreliable. To require an inquiry into perception and recollection under s. 16 of the Act implicitly imports the presumption of unreliability back into children's evidence — the very notion Parliament revoked in its reforms to s. 16.

Under s. 16, once the child's ability to communicate (understood as the ability to respond to questions) has been established, any limitations due to deficiencies in recollection or perception go to weight rather than admissibility. The basic ability of a child to recollect past events may often be apparent from the inquiry into the child's ability to communicate in any event. The adequacy of a child's powers of perception and recollection, even if set at a low threshold, may be assessed differently by different judges. Limiting the inquiry to the ability to understand and respond to questions, as s. 16 of the Act prescribes, has the virtues of simplicity and ease of determination. This, in turn, will ensure consistency and predictability with regard to the admission of evidence of both children and the mentally challenged. The rest may be left to the trier of fact.

Section 16 governs the reception of evidence of persons besides children, such as the mentally challenged, whose competence to testify is questioned. Notwithstanding obvious limitations to the powers of perception and recollection among some persons whose competence is challenged, the witness may indeed have something very useful to disclose about the events at issue. Handicapped persons, for example, suffer from a very high incidence of abuse and to exclude their evidence could often render prosecution impossible with the consequence that abusers could continue to prey on such victims without fear of being called to account for their

devaient déterminer si l'enfant était doué d'une «intelligence suffisante» pour témoigner, les tribunaux doivent maintenant déterminer s'il est capable de «communiquer les faits dans son témoignage». La modification est sans grande importance. En fait, même en vertu des dispositions antérieures, le juge du procès n'était pas tenu d'apprécier la capacité de l'enfant de percevoir et de se souvenir, indépendamment ou en plus de sa capacité de répondre aux questions. Si le Parlement avait eu l'intention de revenir au critère de common law qui s'appliquait avant l'adoption de l'ancien art. 16 de la Loi, il aurait utilisé un libellé beaucoup plus clair.

Les règles de common law reposent sur la présomption que le témoignage de certaines catégories de témoins est intrinsèquement peu fiable. Exiger la tenue d'une enquête sur la perception et le souvenir, en vertu de l'art. 16 de la Loi, revient implicitement à réintroduire la présomption de manque de fiabilité dans le témoignage d'enfants, notion que le Parlement a abrogée dans sa réforme de l'art. 16.

Dans le cadre de l'art. 16, une fois que la capacité de l'enfant de communiquer, soit sa capacité de répondre aux questions, est établie, toute restriction résultant de failles dans le souvenir ou la perception de l'enfant a une incidence sur le poids du témoignage et non sur son admissibilité. La capacité fondamentale d'un enfant de se souvenir d'événements passés peut de toute façon fréquemment ressortir de l'enquête sur sa capacité de communiquer. La capacité d'un enfant de percevoir et de se souvenir, même si elle est fixée à un seuil peu élevé, peut être appréciée différemment par différents juges. Une enquête limitée à la capacité de l'enfant de comprendre les questions et d'y répondre, comme le prescrit l'art. 16 de la Loi, offre l'avantage d'être simple et facile à trancher. Ces avantages garantiront à leur tour une certaine uniformité et prévisibilité dans l'admission des témoignages des enfants et de ceux qui souffrent de déficiences mentales. Le reste peut être laissé au juge des faits.

L'article 16 régit également la réception du témoignage d'autres personnes, comme celles qui souffrent de déficiences mentales, dont l'habilité à témoigner est mise en question. En dépit de l'existence de limites évidentes au pouvoir de percevoir et de se souvenir chez certaines personnes dont l'habilité est mise en doute, le témoin peut en fait avoir quelque chose de très utile à communiquer sur les événements en cause. Les personnes handicapées par exemple sont fréquemment victimes de mauvais traitements. L'exclusion de leur témoignage risque souvent de rendre la poursuite impossible, ce qui permet aux agresseurs de continuer à s'atta-

actions. Courts must refrain from interpreting statutory provision in a manner that imposes additional barriers to the reception of such evidence which is precisely what the Act aims to prevent.

The charge to the jury was adequately crafted to warn the jury of the frailties of the child's testimony and the danger of convicting on that basis alone.

The function of an expert is to assist the trier of fact in drawing inferences about matters which lie beyond common experience. In the present case, each of the doctors whose evidence was challenged was engaged in medical work which allowed them to form clinical opinions which could be of use to the jury. Their evidence fell well within the criteria for the reception of expert evidence.

The fact that no long-term abuse was alleged does not transform expert evidence on the characteristics of abused children into evidence of an accused's character. The presence of abuse on that one occasion was the central issue of this case. The question was whether the abuse occurred at all, not how many times or over what period of time. On this basis, the relevance of expert testimony about child abuse was clearly established. The defence made no objection to the introduction of this evidence but actively participated in exploring it.

The information from the expert, tendered for the larger purpose of assisting the jury in understanding why a child might react in a certain way if he or she were abused, did not cross the boundary of permissible expert opinion and usurp the jury's function in determining the child's credibility. It was an error to instruct the jury that it was the expert's opinion that the child was an abused child, since the expert did not in fact make such a statement. This error must be considered in light of the entire charge to the jury and the specific direction the trial judge gave to the jury not to decide the case in terms of child abuse but to focus on the assault under consideration. Considering the totality of the charge to the jury, the jury cannot have been mistaken about the nature of the issue before them or their responsibility as triers of fact for the ultimate decision about the credibility of the witnesses in the case.

quer à leur victime sans crainte d'avoir à répondre de leurs actes. Les tribunaux doivent se garder d'interpréter les dispositions législatives de manière à créer des obstacles supplémentaires à la réception de tels témoignages, situation que la Loi cherche précisément à éviter.

L'exposé du juge du procès au jury a été élaboré correctement de façon à mettre le jury en garde contre les faiblesses du témoignage de l'enfant et les dangers de déclarer l'accusée coupable sur ce seul fondement.

La fonction d'un expert consiste à aider le juge des faits à tirer des conclusions à l'égard de questions qui débordent l'expérience ordinaire. En l'espèce, tous les médecins dont le témoignage a été contesté travaillaient dans un domaine médical leur permettant de se former des opinions médicales qui pouvaient être utiles au jury. À ce titre, leur témoignage répond tout à fait au critère de recevabilité du témoignage d'expert.

Le fait qu'on n'ait pas allégué de mauvais traitements sur une longue période ne transforme pas le témoignage d'expert sur les caractéristiques des enfants maltraités en une preuve du caractère de l'accusée. L'espèce portait principalement sur la question de l'existence de mauvais traitements à cette seule occasion. La question était de savoir si des mauvais traitements avaient été infligés, et non combien de fois ou pendant combien de temps. Pour ce motif, la pertinence du témoignage d'expert sur les mauvais traitements infligés aux enfants était clairement établie. La défense n'a fait aucune objection à l'introduction de ce témoignage, mais a participé activement à son examen.

Les renseignements fournis par l'expert, pour aider aussi le jury à comprendre la raison pour laquelle un enfant pourrait réagir d'une certaine façon s'il était victime de mauvais traitements, n'ont pas excédé les limites de l'opinion d'expert admissible ni usurpé la fonction du jury qui consiste à apprécier la crédibilité de l'enfant. C'était une erreur de dire au jury que l'expert était d'avis que l'enfant était maltraitée puisque, en réalité, le médecin n'a pas fait une telle déclaration. Cette erreur doit être considérée dans le contexte de l'ensemble de l'exposé au jury et de la directive spécifiquement donnée par le juge du procès au jury de ne pas trancher l'affaire sur le plan des mauvais traitements, mais de se concentrer sur les voies de fait en cause. Compte tenu de l'ensemble de l'exposé au jury, le jury ne peut s'être mépris sur la nature de la question qu'il devait trancher ou sur sa responsabilité, comme juge des faits, de rendre la décision finale sur la crédibilité des témoins dans l'affaire.

A learned treatise must first be adopted by the expert as authoritative if it is to be read in to the body of evidence during cross-examination. By contrast, learned treatises may be put to considerably broader use in many U.S. jurisdictions. Under the *U.S. Federal Rules of Evidence*, learned material can be read into evidence as long as it is called to the attention of the expert on cross-examination and its authoritativeness is reliably established. The American approach was favoured because it prevented a witness from foreclosing an inquiry into the depth or breadth of his or her knowledge by simply refusing to acknowledge a study. The expert here was unaware of the studies cited by the Crown and could not adopt them as authoritative. The appellant could not complain that the cross-examination of her own expert was prejudicial simply because the Crown may have been successful in circumscribing the limits of his knowledge which thereby rendered his testimony less effective.

#### Cases Cited

By McLachlin J.

**Referred to:** *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110, aff'd [1966] S.C.R. v; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. K. (V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. Millar* (1989), 49 C.C.C. (3d) 193; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 3, aff'g (1988), 65 Sask. R. 134; *R. v. Anderson* (1914), 22 C.C.C. 455; *Holland v. Prince Edward Island School Board Regional Administrative Unit #4* (1986), 59 Nfld. & P.E.I.R. 6; *Cansulex Ltd. v. Reed Stenhouse Ltd.* (1986), 70 B.C.L.R. 189; *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, aff'g (1991), 42 C.C.C. (3d) 197; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 3; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, aff'g (1988), 65 Sask. R. 134 (C.A.); *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852; *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398; *R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24; *R. v. Taylor* (1986), 18 O.A.C. 219; *R. v. J. (F.E.)* (1990), 74 C.R. (3d) 269; *R. v. Beliveau* (1986), 30 C.C.C. (3d) 193; *R. v. Anderson* (1914), 22 C.C.C. 455.

L'expert doit d'abord reconnaître l'autorité d'un traité avant que celui-ci soit introduit dans l'ensemble de la preuve au cours du contre-interrogatoire. En revanche, dans plusieurs États américains, les traités scientifiques peuvent être utilisés beaucoup plus largement. En vertu des *U.S. Federal Rules of Evidence*, ces documents peuvent être admis en preuve pourvu qu'ils soient portés à l'attention de l'expert pendant le contre-interrogatoire et que leur autorité soit établie d'une manière fiable. La position américaine est préférée puisqu'elle a l'avantage d'éviter que le témoin ferme la porte à la tenue d'un examen de l'étendue de ses connaissances par le simple refus de reconnaître une étude. Ignorant les études citées par le ministère public, l'expert ne pouvait en reconnaître l'autorité. L'appelante ne pouvait se plaindre que le contre-interrogatoire de son propre expert lui a causé un préjudice pour la simple raison que le ministère public a réussi à faire ressortir les limites de ses connaissances et à réduire ainsi l'efficacité de son témoignage.

#### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110, conf. par [1966] R.C.S. v; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. K. (V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. Millar* (1989), 49 C.C.C. (3d) 193; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 3, conf. (1988), 65 Sask. R. 134; *R. c. Anderson* (1914), 22 C.C.C. 455; *Holland c. Prince Edward Island School Board Regional Administrative Unit #4* (1986), 59 Nfld. & P.E.I.R. 6; *Cansulex Ltd. c. Reed Stenhouse Ltd.* (1986), 70 B.C.L.R. 189; *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531, conf. (1991), 42 C.C.C. (3d) 197; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 3; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, conf. (1988), 65 Sask. R. 134 (C.A.); *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852; *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398; *R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24; *R. c. Taylor* (1986), 18 O.A.C. 219; *R. c. J. (F.E.)* (1990), 74 C.R. (3d) 269; *R. c. Beliveau* (1986), 30 C.C.C. (3d) 193; *R. c. Anderson* (1914), 22 C.C.C. 455.



**Statutes and Regulations Cited**

- Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 245.2(1) [am. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19] (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 268(1)).
- Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 16(1), (2).
- Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 16(1)(a), (b), (2), (3), (4), (5) [rep. & sub. R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 18].
- U.S. Federal Rules of Evidence*, Rules 601, 803(18).

**Authors Cited**

- Bala, Nicholas. "Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System". In W. S. Tarnopolsky, J. Whitman and M. Ouellette, eds., *Discrimination in the Law and the Administration of Justice*. Montréal: Éditions Thémis, 1993, 231.
- Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children: Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths* (the "Badgley Report"), vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.
- Delisle, R. J. "D. (L.E.): Obscuring Similar Fact Evidence" (1989), 71 C.R. (3d) 22.
- Goldman, Calvin S. "The Use of Learned Treatises in Canadian and United States Litigation" (1974), 24 *U.T.L.J.* 423.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vols. 1 and 2, 4th ed. J. W. Strong, ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
- Mewett, Alan W. "Credibility and Consistency" (1991), 33 *Crim. L.Q.* 385.
- Robb, James C. and Lynda J. Kordyban. "The Child Witness: Reconciling the Irreconcilable" (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 327.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Spencer, John R., and Rhona H. Flin. *The Evidence of Children: The Law and the Psychology*. London: Blackstone Press, 1990.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown and Co., 1976.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 2. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown and Co., 1979.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 14 W.C.B. (2d) 49, dismissing

**Lois et règlements cités**

- Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 245.2(1) [mod. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19] (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 268(1)).
- Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10, art. 16(1), (2).
- Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 16(1)a), b), (2), (3), (4), (5) [abr. & rempl. L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 18].
- U.S. Federal Rules of Evidence*, règles 601, 803(18).

**Doctrine citée**

- Bala, Nicholas. «Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System». Dans W. S. Tarnopolsky, J. Whitman et M. Ouellette, dir., *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice*. Montréal: Éditions Thémis, 1993, 231.
- Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants: Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes*. (le «rapport Badgley»), vol. 1. Ottawa: Ministère des Approvisionnement et Services Canada, 1984.
- Delisle, R. J. «D. (L.E.): Obscuring Similar Fact Evidence» (1989), 71 C.R. (3d) 22.
- Goldman, Calvin S. «The Use of Learned Treatises in Canadian and United States Litigation» (1974), 24 *U.T.L.J.* 423.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vols. 1 and 2, 4th ed. J. W. Strong, ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
- Mewett, Alan W. «Credibility and Consistency» (1991), 33 *Crim. L.Q.* 385.
- Robb, James C. and Lynda J. Kordyban. «The Child Witness: Reconciling the Irreconcilable» (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 327.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Spencer, John R., and Rhona H. Flin. *The Evidence of Children: The Law and the Psychology*. London: Blackstone Press, 1990.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 6. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown and Co., 1976.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 2. Revised by James H. Chadbourn. Boston: Little, Brown and Co., 1979.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 14 W.C.B. (2d) 49, qui a rejeté

an appeal from sentence and varying the sentence following conviction by Gotlib Dist. Ct. J. sitting with jury (1990), 9 W.C.B. (2d) 684. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

*Marlys Edwardh and Shaun Nakatsuru*, for the appellant.

*Catherine A. Cooper and Susan Chapman*, for the respondent.

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

MCLACHLIN J. — In the early morning hours of June 4, 1988, Debbie-Ann LeBlanc, aged 3½ years, suffered a severe facial burn. From her birth until the time of her injury, Debbie-Ann had lived with her grandmother, the appellant, Mrs. Marquard. The appellant had legal custody of Debbie-Ann with the consent of Debbie-Ann's mother.

The appellant was charged with aggravated assault of her granddaughter contrary to s. 245.2(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, am. S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 268(1)). At trial, 17 months after the incident, the Crown alleged that Mrs. Marquard had put the child's face against a hot stove door in order to discipline her. The oven door was hot, it was suggested, because Mrs. Marquard had forgotten to turn the oven off before going to bed the night before because she had been drinking. The child, unsworn, testified: "My nanna put me on the stove".

Mrs. Marquard and her husband both testified about how they discovered that Debbie-Ann had been burned. There were only slight differences between the accounts they gave at trial. They testified that they had been awakened at 6:30 a.m. by the child screaming for her "nanna". They ran to the living room where they found the child kneeling in front of a couch with her face down. Mrs. Marquard detected the smell of burned hair and

l'appel d'une peine et modifié la peine imposée à la suite d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Gotlib de la Cour de district siégeant avec jury (1990), 9 W.C.B. (2d) 684. Pourvoi <sup>a</sup> accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

*Marlys Edwardh et Shaun Nakatsuru*, pour l'appelante.

*Catherine A. Cooper et Susan Chapman*, 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 MCLACHLIN — Tôt le 4 juin 1988, Debbie-Ann LeBlanc, une fillette de trois ans et demi, a été gravement brûlée au visage. Debbie-Ann vivait depuis sa naissance avec sa grand-mère, l'appelante, M<sup>me</sup> Marquard qui, avec le consentement de la mère de l'enfant, en avait la garde légale.

L'appelante a été accusée d'avoir commis des voies de fait graves sur la personne de sa petite-fille en contravention du par. 245.2(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, mod. S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 268(1)). Au procès, 17 mois après l'incident, le ministère public a allégué que M<sup>me</sup> Marquard avait appuyé le visage de l'enfant contre une porte de cuisinière chaude afin de la punir. On a donné à entendre que la porte était chaude parce qu'ayant bu la nuit précédente, M<sup>me</sup> Marquard avait oublié d'éteindre le four avant d'aller au lit. L'enfant, qui n'avait pas prêté serment, a <sup>h</sup> témoigné: [TRADUCTION] «Grand-maman m'a mise dans la cuisinière».

Madame Marquard et son époux ont tous deux témoigné sur la façon dont ils avaient découvert la brûlure de Debbie-Ann. Leurs récits au procès n'étaient que légèrement différents. Ils ont témoigné avoir été réveillés à 6 h 30 par les cris de l'enfant, qui demandait sa «grand-maman». Ils se sont précipités dans la salle de séjour, où ils ont trouvé l'enfant agenouillée devant un canapé, le visage baissé. Madame Marquard a senti une odeur

skin. There was also smoke about the ceiling. A butane cigarette lighter lay beside the child on the couch. Mr. Marquard stated that he noticed that the cigarette was charred and that there appeared to be moisture on the filter end, as if the cigarette had been in someone's mouth. The testimony of Mr. and Mrs. Marquard diverged with respect to who had reached the child first and how they noticed the child's burn. Mrs. Marquard said she had reached Debbie-Ann first and when she patted the child's head, a clump of hair fell away. Mr. Marquard said he had been the first to reach the child, and when he picked her up, he saw a clump of her hair on the couch. He realized the child was burned after Mrs. Marquard brushed off the side of Debbie-Ann's face. Mrs. Marquard testified that, after they had discovered the child's burn, she said, "my God, baby girl, what did you do?" The child responded, "nanna, I tried to light a cigarette". At this point, they wrapped her and took her to Wellesley Hospital. Mr. and Mrs. Marquard testified that Mrs. Marquard had a loving and caring relationship with Debbie-Ann and that the child had never been physically disciplined.

The trial was by judge and jury. In addition to the evidence recounted above, the Crown called a number of expert witnesses to corroborate its version of the events as did the defence. The expert evidence related to the functioning of butane lighters, the nature of the burn, whether the child was telling the truth at the trial, and the psychological effects of abuse. At the end of the evidence, the addresses of counsel and the judge's charge, the jury returned a verdict of guilty after deliberating for two days. The judge sentenced Mrs. Marquard to five years' imprisonment. The Ontario Court of Appeal upheld the conviction but reduced the sentence of imprisonment to two years' less a day

de cheveux et de peau brûlés. Il y avait de la fumée au plafond, et une cigarette et un briquet au butane se trouvaient sur le canapé, près de l'enfant. Monsieur Marquard a déclaré avoir remarqué la cigarette brûlée et le bout filtre humide, comme si quelqu'un avait porté la cigarette à la bouche. Les témoignages de M. et M<sup>me</sup> Marquard étaient divergents quant à celui qui était arrivé le premier auprès de l'enfant et la façon dont ils ont remarqué sa brûlure. Madame Marquard a affirmé être arrivée auprès de Debbie-Ann en premier et avoir vu tomber une mèche de cheveux lorsqu'elle a tapoté la tête de l'enfant. Monsieur Marquard a dit qu'il était arrivé le premier près de l'enfant et qu'au moment où il avait pris la petite dans ses bras, il avait vu une mèche de cheveux sur le canapé. Il s'est rendu compte que l'enfant était brûlée quand M<sup>me</sup> Marquard a passé la main sur le côté du visage de Debbie-Ann. Madame Marquard a témoigné qu'après la découverte de la brûlure de la petite, elle s'est exclamée: [TRADUCTION] «Oh mon Dieu, mon bébé, qu'est-ce que tu as fait?» L'enfant a répondu: [TRADUCTION] «J'ai essayé d'allumer une cigarette, grand-maman.» L'appelante l'a alors couverte puis amenée au Wellesley Hospital. Monsieur et M<sup>me</sup> Marquard ont témoigné que cette dernière entretenait avec sa petite-fille une relation pleine de tendresse et d'affection et que la petite n'avait jamais été punie physiquement.

Le procès a été tenu devant un juge et un jury. Outre les témoignages relatés ci-dessus, le ministère public a appelé quelques experts à témoigner en vue de corroborer sa version des événements. C'est aussi ce qu'a fait la défense. Les témoignages d'expert ont porté sur le fonctionnement des briquets au butane, la nature de la brûlure, la question de savoir si l'enfant disait la vérité au procès et les effets psychologiques des mauvais traitements. Après avoir entendu la preuve, les plaidoiries des avocats et l'exposé du juge, le jury a délibéré pendant deux jours avant de rendre un verdict de culpabilité. Le juge a condamné M<sup>me</sup> Marquard à cinq ans d'emprisonnement. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé la déclaration de culpabilité mais a réduit la peine d'emprisonnement à deux ans moins un jour et l'a assortie d'une

and added a three-year probationary period to her sentence. The court stated:

The appellant has raised a number of issues both as to the admission of evidence and the charge to the jury. As to the evidentiary issues, having regard to the manner in which the trial was conducted by the defence we cannot give affect [*sic*] to these objections now. As to the charge to the jury, we think the trial judge left the issues fairly to the jury, there may be some imperfections in the charge but we are not persuaded that there was any error that would cause us to doubt that this verdict of the jury should stand.

Before this Court, Mrs. Marquard argued that the trial was unfair on a number of grounds. She asked that her conviction be quashed and an acquittal entered, or alternatively, that a new trial be directed.

I have concluded that while a number of the matters complained of by the appellant do not constitute errors, the cumulative effect of the errors which were committed in the course of the trial mandates that a new trial be directed. I will deal with each allegation of error in turn.

1. The Inquiry Under s. 16(1)(b) of the *Canada Evidence Act*

The appellant, Mrs. Marquard, submits that the trial judge erred in failing to conduct an adequate inquiry into whether the complainant could rationally communicate evidence about the injury. The trial judge questioned Debbie-Ann on her schooling and on her appreciation of the duty to tell the truth. Several times the child reiterated that "You have to tell the truth". Asked whether it was important or unimportant to tell the truth, she responded that it was important. At the end of the questioning, the judge asked defence counsel whether she had omitted any questions. He replied, "I can't say that there's anything I think Your Honour has omitted." In further questioning by Crown counsel, Debbie-Ann demonstrated that she knew the difference between the truth and a lie. The judge indicated that while she did not believe the child capable of understanding an oath, her unsworn evidence should be accepted. Some fur-

période de probation de trois ans. La cour a déclaré ce qui suit:

[TRADUCTION] L'appelante a soulevé un certain nombre de questions sur l'admission d'éléments de preuve et l'exposé au jury. Pour ce qui concerne la preuve, compte tenu de la conduite adoptée par la défense au procès, nous ne pouvons maintenant faire droit à ces objections. Quant à l'exposé au jury, nous estimons que le juge lui a présenté les questions d'une manière équitable. L'exposé renferme peut-être certaines imperfections mais nous ne sommes pas convaincus qu'il comporte une erreur qui nous amènerait à douter que le verdict du jury devrait être maintenu.

Devant notre Cour, Mme Marquard a soutenu que le procès était inéquitable pour un certain nombre de raisons. Elle a demandé l'annulation de sa déclaration de culpabilité et un acquittement ou, subsidiairement, la tenue d'un nouveau procès.

J'ai conclu que, même si certains points dont l'appelante se plaint ne constituent pas des erreurs, l'effet cumulatif des erreurs qui ont été commises pendant le procès exigent la tenue d'un nouveau procès. J'étudierai tour à tour chaque erreur alléguée.

1. L'enquête prévue à l'al. 16(1)(b) de la *Loi sur la preuve au Canada*

L'appelante, Mme Marquard, soutient que le juge du procès a commis une erreur en ne procédant pas à une enquête appropriée afin de déterminer si la plaignante était rationnellement capable de témoigner sur sa blessure. Le juge du procès a interrogé Debbie-Ann sur sa scolarité et sur son appréciation de l'obligation de dire la vérité. À plusieurs reprises, l'enfant a répété qu'[TRADUCTION] «il faut dire la vérité». À la question de savoir s'il était important ou non de dire la vérité, elle a répondu que c'était important. À la fin de l'interrogatoire, le juge a demandé à l'avocat de la défense si des questions avaient été omises. Il a répondu: [TRADUCTION] «Je ne crois pas que vous ayez omis quoi que ce soit Madame le juge.» Au cours de l'interrogatoire mené par le ministère public, Debbie-Ann a montré qu'elle saisissait la différence entre la vérité et le mensonge. Le juge a indiqué que, bien qu'elle ne pense pas que l'enfant soit capable

ther questioning on remembering took place, and Debbie-Ann told the judge that yesterday "I went down to the donut shop, and I got a drink and bubble gum." After promising to tell the truth, the child's evidence was taken.

The trial judge was proceeding under s. 16(1)(b) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 16(1) [rep. & sub. R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 18], which provides:

16. (1) Where a proposed witness is a person under fourteen years of age or a person whose mental capacity is challenged, the court shall, before permitting the person to give evidence, conduct an inquiry to determine

. . . .

(b) whether the person is able to communicate the evidence.

The appellant's argument turns on the meaning of the phrase "conduct an inquiry to determine . . . whether the person is able to communicate the evidence." She contends that it is not enough to explore the child's ability to understand the truth and communicate. The judge must, in her submission, be satisfied that the child is competent to testify about the events at issue in the trial. To this end, the trial judge must test the child's ability to perceive and interpret the events in question at the time they took place as well as the child's ability to recollect accurately and communicate them at trial. All the latter, she submits, are embraced by the phrase "able to communicate the evidence" in s. 16 of the Act.

The Crown, on the other hand, takes the position that Parliament, in choosing the infinitive "to communicate", evinced the intention to exclude all other aspects of testimonial competence. The ability of the witness to perceive and interpret the events at the time they occurred and the ability of the witness to recollect them at the time of trial are

de comprendre la nature du serment, son témoignage sans serment devait être accepté. D'autres questions ont été posées à Debbie-Ann sur sa mémoire, et elle a raconté au juge que, la veille

<sup>a</sup> [TRADUCTION] «je suis allée à la beignerie et j'ai eu une boisson et de la gomme à mâcher.» Sur promesse de l'enfant de dire la vérité, le juge a permis son témoignage.

<sup>b</sup> Le juge du procès agissait dans le cadre de l'al. 16(1)b) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, par. 16(1) [abr. et rempl. L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 18], qui porte que:

<sup>c</sup> 16. (1) Avant de permettre le témoignage d'une personne âgée de moins de quatorze ans ou dont la capacité mentale est mise en question, le tribunal procède à une enquête visant à déterminer si:

<sup>d</sup>

. . . .

<sup>b</sup>) d'autre part, celle-ci est capable de communiquer les faits dans son témoignage.

<sup>e</sup>

L'appelante fonde son argument sur le sens de la phrase «procède à une enquête visant à déterminer si [. . .] [la personne] est capable de communiquer les faits dans son témoignage». Elle soutient qu'il ne suffit pas de sonder la capacité de l'enfant de comprendre la vérité et de communiquer. Le juge, soutient-elle, doit être convaincu que l'enfant est capable de témoigner sur les événements en question au procès. À cette fin, le juge du procès doit mettre à l'épreuve la capacité de l'enfant de percevoir et d'interpréter les événements en question au moment où ils se sont produits de même que sa capacité de s'en souvenir fidèlement et de les communiquer au procès. Ces derniers aspects, soutient l'appelante, sont visés par l'expression «capable de communiquer les faits dans son témoignage» de l'art. 16 de la Loi.

<sup>i</sup>

En revanche, le ministère public soutient qu'en choisissant le verbe «communiquer», le Parlement a démontré son intention d'exclure tous les autres aspects de la capacité de témoigner. Le critère ne vise ni la capacité du témoin de percevoir et d'interpréter les événements au moment où ils se sont produits ni sa capacité de s'en souvenir au moment

not part of the test. The only requirement is that the child be able to “communicate” the evidence.

It seems to me that the proper interpretation of s. 16 lies between these two extremes. In the case of a child testifying under s. 16 of the *Canada Evidence Act* testimonial competence is not presumed. The child is placed in the same position as an adult whose competence has been challenged. At common law, such a challenge required the judge to inquire into the competence of the witness to testify.

Testimonial competence comprehends: (1) the capacity to observe (including interpretation); (2) the capacity to recollect; and (3) the capacity to communicate: *McCormick on Evidence* (4th ed. 1992), vol. 1, at pp. 242-48; *Wigmore on Evidence* (Chadbourn revision 1979), vol. 2, at pp. 636-38. The judge must satisfy him- or herself that the witness possesses these capacities. Is the witness capable of observing what was happening? Is he or she capable of remembering what he or she observes? Can he or she communicate what he or she remembers? The goal is not to ensure that the evidence is credible, but only to assure that it meets the minimum threshold of being receivable. The enquiry is into capacity to perceive, recollect and communicate, not whether the witness actually perceived, recollects and can communicate about the events in question. Generally speaking, the best gauge of capacity is the witness’s performance at the time of trial. The procedure at common law has generally been to allow a witness who demonstrates capacity to testify at trial to testify. Defects in ability to perceive or recollect the particular events at issue are left to be explored in the course of giving the evidence, notably by cross-examination.

I see no indication in the wording of s. 16 that Parliament intended to revise this time-honoured process. The phrase “communicate the evidence” indicates more than mere verbal ability. The reference to “the evidence” indicates the ability to testify about the matters before the court. It is necessary to explore in a general way whether the witness is capable of perceiving events, remembering events and communicating events to the court.

du procès. Il suffit que l’enfant soit capable de «communiquer» les faits dans son témoignage.

Il me semble que le véritable sens de l’art. 16 se situe entre ces deux extrêmes. Dans le cas d’un enfant qui témoigne sous le régime de l’art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, son habilité à témoigner n’est pas présumée. L’enfant est placé dans la même situation qu’un adulte dont l’habilité a été contestée. En common law, une telle mise en question obligeait le juge à vérifier l’habilité de la personne à témoigner.

L’habilité à témoigner comporte: (1) la capacité d’observer (dont la capacité d’interpréter); (2) la capacité de se souvenir; et (3) la capacité de communiquer: *McCormick on Evidence* (4<sup>e</sup> éd. 1992), vol. 1, aux pp. 242 à 248; *Wigmore on Evidence* (Chadbourn revision 1979), vol. 2, aux pp. 636 à 638. Le juge doit être convaincu que le témoin possède ces capacités. Le témoin est-il capable d’observer ce qui s’est produit? Est-il en mesure de se rappeler ce qu’il observe? Peut-il communiquer ce dont il se souvient? Le but n’est pas de garantir que le témoignage est crédible, mais de s’assurer simplement qu’il atteint la norme minimale de recevabilité. L’enquête porte sur la capacité de percevoir, de se rappeler et de communiquer, et non sur la question de savoir si le témoin a effectivement perçu les événements en question, s’en souvient et les communique. D’une manière générale, la meilleure mesure de la capacité est le témoignage lui-même au procès. En common law, la procédure a généralement consisté à permettre à un témoin qui, au procès, démontre qu’il est apte à témoigner, de le faire. Les difficultés à percevoir ou à se rappeler les événements en question sont alors examinées au cours de la déposition au moyen, notamment, du contre-interrogatoire.

Je ne vois rien dans le texte de l’art. 16 qui indique que le Parlement ait souhaité revoir ce processus établi de longue date. L’expression «communiquer les faits dans son témoignage» indique plus qu’une simple capacité verbale. Elle renvoie à la capacité de témoigner sur les questions dont le tribunal est saisi. Il est nécessaire de vérifier d’une manière générale si le témoin est capable de percevoir les événements, de s’en souvenir et de les

If satisfied that this is the case, the judge may then receive the child's evidence, upon the child's promising to tell the truth under s. 16(3). It is not necessary to determine in advance that the child perceived and recollects the very events at issue in the trial as a condition of ruling that the child's evidence be received. That is not required of adult witnesses, and should not be required for children.

My colleague, Justice L'Heureux-Dubé, contends that the standard I have outlined is one which is inconsistent (at pp. 255-56) with "the trend to do away with presumptions of unreliability and to expand the admissibility of children's evidence and may, in fact, subvert the purpose of legislative reform in this area." I disagree. The test I have expounded is not based on presumptions about the incompetency of children to be witnesses nor is it intended as a test which would make it difficult for children to testify. Rather, the test outlines the basic abilities that individuals need to possess if they are to testify. The threshold is not a high one. What is required is the basic ability to perceive, remember and communicate. This established, deficiencies of perception, recollection of the events at issue may be dealt with as matters going to the weight of the evidence.

The examination conducted in this case was sufficient to permit the trial judge to conclude that Debbie-Ann was capable of perceiving events, remembering events and recounting events to the court. This in turn permitted the trial judge to receive her evidence, upon Debbie-Ann's promise to tell the truth. What Debbie-Ann actually perceived and recollected of the events in question was a matter for the jury to determine after listening to her evidence in chief and in cross-examination.

I would add this. It has repeatedly been held that a large measure of deference is to be accorded to the trial judge's assessment of a child's capacity to testify. Meticulous second-guessing on appeal is to be eschewed. As Dickson J. (as he then was) put it

communiquer au tribunal. S'il en est convaincu, le juge peut, en vertu du par. 16(3), permettre le témoignage de l'enfant sur promesse de dire la vérité. Il n'est pas nécessaire, pour permettre le témoignage de l'enfant, de déterminer préalablement que l'enfant a perçu les événements mêmes qui sont en cause au procès et qu'il s'en souvient. Les témoins adultes ne sont pas soumis à une telle condition, et les enfants ne devraient pas l'être.

Ma collègue, le juge L'Heureux-Dubé soutient que le critère que j'ai décrit est incompatible (à la p. 256) avec l'«évolution qui tend à supprimer la présomption que ces témoignages sont moins fiables et à accroître l'admissibilité de témoignages d'enfants, et risquerait en fait de contrer l'objectif de la réforme législative dans ce domaine». Je ne suis pas d'accord. Le critère que j'expose n'est pas fondé sur des présomptions relatives à l'incapacité des enfants à témoigner et n'est pas conçu non plus comme un critère qui ferait entrave aux témoignages d'enfants. Le critère sert plutôt à décrire les capacités fondamentales que les individus doivent avoir pour témoigner. La norme est peu élevée. Ce qui est exigé est la capacité de base de percevoir, de se rappeler et de communiquer. Une fois cela établi, la question des failles dans la perception et dans le souvenir des événements en cause peut être considérée comme un élément concernant la valeur du témoignage.

L'enquête tenue en l'espèce était suffisante pour permettre au juge du procès de conclure que Debbie-Ann était capable de percevoir des événements, de s'en souvenir et de les relater à la cour. Cela a permis alors au juge du procès d'admettre le témoignage de Debbie-Ann, sur promesse de l'enfant de dire la vérité. Ce que Debbie-Ann a effectivement perçu des événements en cause et ce dont elle se souvenait était une question qu'il appartenait au jury de trancher après avoir entendu le témoignage principal et le contre-interrogatoire de l'enfant.

J'ajouterais ceci. On a statué à maintes reprises qu'il faut faire preuve de beaucoup de retenue à l'égard de l'appréciation par le juge du procès de la capacité d'un enfant de témoigner. Il faut s'abstenir, en appel, de reconsidérer de façon tatillonne

(at p. 135) in the oft-cited case of *R. v. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (Man. C.A.), aff'd [1966] S.C.R. v, a trial judge's discretion in determining that a child is competent to testify "unless manifestly abused, should not be interfered with."

I conclude that the trial judge did not err in the inquiry she conducted under s. 16(1)(b) of the *Canada Evidence Act* or in receiving the evidence of the child.

## 2. Charge to the Jury on the Child's Evidence

The appellant submits that the trial judge failed to warn the jury adequately about frailties in the child's evidence. In particular, she alleges that the warning given by the trial judge failed to assist the jury in properly assessing the child's evidence, and that the charge on the confirmatory evidence was unhelpful, confusing and prejudicial to the appellant. The Crown submits that the trial judge's charge was more than adequate and in some respects unduly favourable to the defence.

With children as with adults, there can be no fixed and precise formula to be followed in warning a jury about potential problems with a witness's evidence: *Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811. As Dickson J. (as he then was) stated in that case, at p. 831:

Because of the infinite range of circumstance which will arise in the criminal trial process it is not sensible to attempt to compress into a rule, a formula, or a direction the concept of the need for prudent scrutiny of the testimony of any witness. What may be appropriate, however, in some circumstances, is a clear and sharp warning to attract the attention of the juror to the risks of adopting without more, the evidence of the witness. There is no magic in the word corroboration, or indeed in any other comparable expression such as confirmation and support. The idea implied in those words may,

sa décision. Comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l'a remarqué (à la p. 135) dans l'arrêt fréquemment cité *R. c. Bannerman* (1966), 48 C.R. 110 (C.A. Man.), conf. par [1966] R.C.S. v, [TRA-  
 a DUCATION] «sauf en cas d'erreur manifeste, on ne devrait pas entraver . . .» le pouvoir discrétionnaire du juge du procès qui détermine qu'un enfant est capable de témoigner.

b Je conclus que le juge du procès n'a commis aucune erreur dans l'enquête à laquelle elle a procédé en vertu de l'al. 16(1)b) de la *Loi sur la preuve au Canada* ou en permettant le témoignage  
 c de l'enfant.

## 2. Exposé au jury sur le témoignage de l'enfant

L'appelante soutient que le juge du procès n'a pas mis suffisamment en garde le jury contre les failles du témoignage de l'enfant. Elle allègue particulièrement que la mise en garde du juge du procès n'a pas aidé le jury à apprécier justement le témoignage de l'enfant, et que l'exposé portant sur les preuves soumises aux fins de confirmation  
 e n'étaient pas utiles, portaient à confusion et ont causé préjudice à l'appelante. Le ministère public soutient que l'exposé du juge du procès était plus  
 f que suffisant et qu'à certains égards, il était indûment favorable à la défense.

Pour les enfants comme pour les adultes, on ne peut adopter aucune formule fixe et précise pour  
 g mettre en garde le jury contre les difficultés que risque de soulever la déposition de témoins: *Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811. Comme le juge Dickson (plus tard Juge en chef) l'a remarqué  
 h dans cette affaire, à la p. 831:

À cause de l'infinie variété des circonstances qui se présentent dans les procès criminels, il n'est pas raisonnable de chercher à réduire en une règle, en une formule ou en une directive la notion de prudence qu'il faut exercer dans l'examen de la déposition d'un témoin. Ce qui peut être indiqué, cependant, dans certains cas, c'est une mise en garde claire et précise pour attirer l'attention du jury sur les dangers de se fier à la déposition d'un témoin sans plus de précautions. Ni le mot corroboration ni aucun autre terme semblable, tels les mots confirmation ou appui, n'est magique. On peut, au



however, in an appropriate case, be effectively and efficiently transmitted to the mind of the trier of fact. [Emphasis added.]

In *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, this Court warned against applying negative stereotypes to the evidence of children. At the same time, it emphasized at p. 134 that the trier of fact must be cognizant of the weaknesses of a particular piece of evidence:

Protecting the liberty of the accused and guarding against the injustice of the conviction of an innocent person require a solid foundation for a verdict of guilt, whether the complainant be an adult or a child. What the changes [in the way the courts look at evidence of children] do mean is that we approach the evidence of children not from the perspective of rigid stereotypes, but on what Wilson J. called a “common sense” basis, taking into account the strengths and weaknesses which characterize the evidence offered in the particular case.

In the same spirit, the Court of Appeal of British Columbia in *R. v. K. (V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338, at p. 350, recognized that there are some cases of child witnesses “where the failure or refusal of the trial judge to exercise the discretion to give such a caution will raise the spectre of an injustice and may, therefore, result in reversible error.” Wood J.A. continued, at pp. 350-51:

As was pointed out by Dickson J. in *Vetrovec*, supra, there is an infinite range of circumstances that can arise in the criminal trial process, and it would not only be impossible, it would be self-defeating, to attempt any precise guidelines for the exercise of the discretion in favour of giving the caution.

The focus of the new discretion, which has replaced the old common law rules of practice, is the potential for the witness’ evidence to be unreliable. No automatic assumptions of unreliability arise because of age, or the nature of the complaint. There must be an evidentiary basis upon which it would be reasonable to infer that the witness’ evidence is, or may be, unreliable.

besoin, transmettre efficacement au juge des faits l’idée que connotent ces mots.

Dans *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, notre Cour a souligné les dangers de l’application de stéréotypes négatifs au témoignage d’enfants. Elle a par ailleurs souligné, à la p. 134, que le juge des faits doit tenir compte des faiblesses d’une partie donnée du témoignage:

Protéger la liberté de l’accusé et se prémunir contre l’injustice d’une déclaration de culpabilité d’un innocent requièrent que le verdict de culpabilité repose sur un fondement solide, que le plaignant soit un adulte ou un enfant. Les changements [dans la manière dont les tribunaux considèrent les témoignages d’enfants] signifient en fait que nous abordons les témoignages d’enfants non pas en nous fondant sur des stéréotypes rigides, mais sur ce que le juge Wilson a appelé la règle du «bon sens», en tenant compte des forces et des faiblesses qui caractérisent les témoignages rendus dans une affaire donnée.

Dans le même esprit, dans *R. c. K. (V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338, à la p. 350, la Cour d’appel de la Colombie-Britannique a reconnu qu’il existe des cas de témoins enfants [TRADUCTION] «où l’omission ou le refus du juge du procès d’user de sa discrétion pour faire une telle mise en garde fera naître le spectre de l’injustice et pourra, par conséquent, entraîner une erreur justifiant une annulation.» Le juge Wood a poursuivi, aux pp. 350 et 351:

[TRADUCTION] Comme l’a souligné le juge Dickson dans *Vetrovec*, précité, il existe une infinie variété de circonstances qui se présentent dans les procès criminels, et il serait non seulement impossible, mais nuisible de chercher à formuler des directives précises sur l’exercice du pouvoir discrétionnaire de faire la mise en garde.

Le nouveau pouvoir discrétionnaire, qui a remplacé les anciennes règles de pratique de common law, met l’accent sur la possibilité que la déposition du témoin soit peu fiable. L’âge du témoin et la nature de la plainte ne permettent pas de présumer automatiquement que le témoignage est peu fiable. Il doit exister des éléments de preuve sur la foi desquels il serait raisonnable de conclure que la déposition du témoin est peu fiable, ou risque de l’être.

These then are the applicable principles. The questions they pose are, first, whether in the case under appeal the child's evidence required a warning from the trial judge as to the risks of accepting it, and if so, whether the trial judge gave the necessary warning.

I am satisfied that the evidence of the child required a warning from the trial judge as to the risks of accepting it. The child was very young. She was unable to give much detail about the incident. And she had told a different story at an earlier time.

I am also satisfied that the trial judge fairly pointed out these problems to the jury. One of the last things she said to them before they began their deliberations was this:

You will understand that as a matter of common sense that to convict on the unconfirmed and unsworn evidence of a child witness is fraught with dangers and in that you must use your common sense and all the evidence before you. She has not been sworn. She has promised to tell the truth. I found that she was intelligent enough to answer the questions on a promise to tell the truth.

Earlier the trial judge had pointed out particular deficiencies in the child's evidence. She spoke about the fact that the child had earlier told a different story. She said:

You heard evidence, too, of the prior contradictory statement by the child, Debbie-Ann LeBlanc that in hospital she gave to Dr. Mian, an explanation which, to encapsulate, was effectively "I was trying to light a cigarette and I burned myself," and then in Court, she said, "nanna put me in the stove." The fact that a witness has on a prior occasion made a statement or statements that are contradictory to her evidence at this trial goes to the credibility or the truthfulness of a witness. The testimony of a witness may be discredited in whole or in part by showing that she previously made a statement which is inconsistent with her present testimony. . . . You are the sole judges as to whether there has been a contradiction of an earlier statement by the witness and the effect, if any, of such contradiction on the witness' credibility.

Tels sont les principes applicables. Les questions qu'ils posent sont de savoir premièrement si, en l'espèce, le juge du procès devait faire une mise en garde sur les dangers d'accepter le témoignage de l'enfant et, dans l'affirmative, s'il a fait la mise en garde nécessaire.

Je suis convaincue que le juge du procès devait faire une mise en garde sur les dangers d'accepter le témoignage de l'enfant. Cette dernière était très jeune, et elle était incapable de donner beaucoup de détails sur l'incident. En outre, elle en avait fait un récit différent auparavant.

Je suis également convaincue que le juge du procès a équitablement souligné ces faiblesses au jury. Peu avant le début des délibérations du jury, elle leur a dit:

[TRADUCTION] Vous comprenez qu'il va de soi que déclarer coupable sur la foi du témoignage non corroboré et sans serment d'un témoin enfant comporte de nombreux dangers et qu'il faut recourir au bon sens et utiliser l'ensemble de la preuve qui vous a été présentée. L'enfant n'a pas prêté serment. Elle a promis de dire la vérité. J'ai conclu qu'elle était suffisamment intelligente pour répondre aux questions, sur promesse de dire la vérité.

Auparavant, le juge du procès avait souligné certaines failles dans le témoignage de l'enfant. Elle a mentionné le fait que l'enfant avait précédemment donné une version différente. Elle a indiqué:

[TRADUCTION] Vous avez également entendu un témoignage sur la déclaration antérieure incompatible de l'enfant, Debbie-Ann LeBlanc qui, à l'hôpital, a expliqué au Dr Mian, en résumé, que «j'essayais d'allumer une cigarette et je me suis brûlée», et qui, devant la cour, a déclaré: «Grand-maman m'a mise dans la cuisinière.» Le fait qu'un témoin a antérieurement fait une déclaration ou des déclarations qui contredisent son témoignage au procès affecte sa crédibilité ou sa sincérité. La déposition du témoin peut être discréditée en tout ou en partie s'il est démontré que le témoin a antérieurement fait une déclaration incompatible avec son présent témoignage [ . . . ] Vous êtes seuls juges pour déterminer si le témoin a contredit une déclaration antérieure et l'effet, le cas échéant, d'une telle contradiction sur sa crédibilité.

The trial judge directed the jury to the difficulty defence counsel had in getting responsive answers on cross-examination:

There was some particular difficulty counsel for the defence had in examining the child, Debbie-Ann LeBlanc. You will recollect that when he attempted to examine her in cross-examination, virtually all of his questions were answered, "I don't know", or "maybe", or "I don't remember", and eventually, I think, there was nothing else he could do but give up on that cross-examination.

The trial judge also pointed out to the jury that there was "very little embellishment" by the child of the statement "nanna put me in the stove."

The trial judge explained the fact that while technical corroboration of a child's evidence was not required, the jury might consider whether other evidence in fact corroborated her testimony and explained the requirements of corroborative evidence. She concluded with this caution:

Before leaving the evidence of the child, I should say that just because you find that her evidence has been corroborated by some other material evidence, that does not mean that you must accept the evidence of the child in whole or in part or that you must convict the accused.

Finally, the trial judge repeatedly warned the jury that the child had not been sworn, but was testifying under a promise to tell the truth. She stated: "It is for you to decide. . . what weight is to be given to the child's promise to tell the truth."

In my view, these cautions adequately warned the jury of the risks associated with accepting the child's evidence.

### 3. Opinion Evidence Outside the Area of the Witness's Expertise

The appellant submits that the judge erred in admitting opinion evidence given by experts outside their area of expertise and further erred by

Le juge du procès a signalé au jury les difficultés que l'avocat de la défense a eues à obtenir des réponses lors du contre-interrogatoire:

[TRADUCTION] L'avocat de la défense a eu des difficultés lorsqu'il a interrogé l'enfant, Debbie-Ann LeBlanc. Souvenez-vous que, lorsqu'il a tenté de la contre-interroger, presque toutes ses questions ont eu comme réponse un «je ne sais pas», «peut-être» ou «je ne me souviens pas» et, à la fin, à mon sens, il n'avait d'autre choix que de mettre fin au contre-interrogatoire.

Le juge du procès a également signalé au jury que l'enfant n'avait [TRADUCTION] «pas ajouté grand chose» à sa déclaration «Grand-maman m'a mise dans la cuisinière.»

Le juge du procès a expliqué le fait que, bien que la corroboration technique du témoignage d'un enfant ne soit pas requise, le jury pouvait se demander si une autre preuve corroborait en fait ce témoignage. Elle a ensuite exposé les exigences relatives à la preuve corroborante, puis conclu avec une mise en garde:

[TRADUCTION] Avant de clore la question du témoignage de l'enfant, je devrais ajouter que le seul fait de conclure que son témoignage a été corroboré par une autre preuve substantielle ne signifie pas que vous devez accepter le témoignage de l'enfant en tout ou en partie ou déclarer l'accusée coupable.

Enfin, le juge du procès a rappelé plusieurs fois au jury que l'enfant n'avait pas prêté serment, mais qu'elle témoignait sur promesse de dire la vérité. Elle a précisé: [TRADUCTION] «Il vous appartient de déterminer [. . .] le poids qu'il faut attacher à la promesse de l'enfant de dire la vérité.»

À mon avis, ces avertissements ont suffisamment mis le jury en garde contre les dangers d'accepter le témoignage de l'enfant.

### 3. Témoignages d'opinion hors du domaine d'expertise du témoin

Selon l'appelante, le juge a commis une erreur en admettant les témoignages d'opinion d'experts hors de leur domaine d'expertise et en omettant

failing to instruct the jury that this evidence was to be disregarded.

Dr. Mian was qualified as an expert in child abuse and paediatrics. She was not qualified as an expert in burns. Nevertheless, she thrice voiced the opinion that the child had suffered a contact burn and not a flame burn. In cross-examination, she admitted that she was not an expert in burns or plastic surgery.

Dr. Campbell, who saw the child upon her arrival at Wellesley Hospital before referring her to the Sick Children's Hospital, was not qualified as an expert. He acknowledged that he was not an expert on burns. He testified, however, that his experience led him to the conclusion that the child had suffered a contact burn.

Dr. Zuker was qualified to testify as to the nature or origin of burns. He went beyond this area of specialty to testify that passivity during a medical examination was characteristic of abused children.

The trial judge admitted this evidence. Although she accepted that the witnesses had gone beyond the area of expertise as qualified, she did not instruct the jury to disregard the opinions which went beyond the witnesses' areas of expertise. On the contrary, she invited the jury to place weight on these opinions, stating that opinions outside the expertise of the witnesses were "to be weighed along with all the other evidence." Defence counsel did not object to the witnesses' giving evidence in these areas. However, he strenuously objected to the judge's charging the jury that they could rely on the opinions outside the stated areas of expertise.

The problem raised in this case stems from the way the witnesses were qualified as experts. There is little doubt that they all possessed some special knowledge relating to the matters on which they testified, alleged to lie outside their expertise.

aussi d'indiquer au jury qu'il ne devait pas tenir compte de ces témoignages.

Le Dr Mian était qualifiée comme expert en enfance maltraitée et en pédiatrie, mais elle n'était pas qualifiée comme expert en brûlures. Néanmoins, elle a exprimé à trois reprises l'opinion que l'enfant avait subi une brûlure de contact et non de flamme. Au cours du contre-interrogatoire, elle a admis ne pas être expert en brûlures ou en chirurgie plastique.

Le Dr Campbell, qui a examiné l'enfant à son arrivée au Wellesley Hospital avant de la référer au Sick Children's Hospital, n'était pas qualifié comme expert. Il a reconnu ne pas être expert en brûlures. Il a cependant témoigné que son expérience lui permettait de conclure que la brûlure de l'enfant avait été causée par le contact de la chaleur.

Le Dr Zuker était qualifié pour témoigner sur la nature ou l'origine des brûlures. Il a excédé son domaine de spécialité pour témoigner que le comportement passif au cours d'un examen médical est caractéristique chez les enfants victimes de mauvais traitements.

Le juge du procès a admis ces témoignages. Bien qu'elle ait reconnu que les témoins s'étaient prononcés sur des sujets hors du domaine d'expertise pour lequel ils avaient été qualifiés, elle n'a pas demandé au jury d'écarter les opinions qui outrepassaient les domaines d'expertise des témoins. Au contraire, elle l'a invité à leur accorder de l'importance, signalant que ces opinions devaient [TRADUCTION] «être considérées avec l'ensemble de la preuve.» L'avocat de la défense ne s'est pas opposé à ce que les témoins témoignent dans ces domaines. Il s'est cependant fortement opposé à l'exposé aux jurés portant qu'ils pouvaient s'appuyer sur les opinions dépassant le domaine d'expertise établi.

Le problème soulevé en l'espèce découle de la façon dont les témoins ont été reconnus comme experts. Il n'y a pas de doute qu'ils possédaient tous des connaissances particulières liées aux questions sur lesquelles ils ont témoigné mais qu'on

While Dr. Mian and Dr. Campbell were not medical specialists in burns, there can be no doubt that as practising physicians they possessed an expertise on burns which is not possessed by the ordinary untrained person. Similarly, while Dr. Zuker was not qualified as an expert in child abuse, his long experience working with children who had been injured had no doubt given him a degree of expertise which is not possessed by the lay person. The only requirement for the admission of expert opinion is that the “expert witness possesses special knowledge and experience going beyond that of the trier of fact”: *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, at p. 415. Deficiencies in the expertise go to weight, not admissibility. As stated by Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at pp. 536-37:

The admissibility of such [expert] evidence does not depend upon the means by which that skill was acquired. As long as the court is satisfied that the witness is sufficiently experienced in the subject-matter at issue, the court will not be concerned with whether his or her skill was derived from specific studies or by practical training, although that may affect the weight to be given to the evidence.

The problem in this case is that the witnesses were qualified more narrowly than their areas of expertise, or, in the case of Dr. Campbell, were not formally qualified at all. The proper practice is for counsel presenting an expert witness to qualify the expert in all the areas in which the expert is to give opinion evidence. If this is done, no question as to the admissibility of their opinions arises. But the reality is that counsel sometimes fall short of this ideal, or the questions and answers venture into territory which counsel had not at the outset foreseen. Similarly, witnesses called to testify to facts, like Dr. Campbell, may find themselves drawn into the realm of expert opinion; the line between the actions of an attending physician and the assessments underlying these actions is often less than clear.

prétend excéder leur domaine d’expertise. Bien que les D<sup>rs</sup> Mian et Campbell ne soient pas médecins spécialistes des brûlures, on ne peut douter qu’à titre de médecins traitants, ils possèdent une expertise des brûlures que la personne ordinaire, non informée, ne possède pas. De même, bien que le D<sup>r</sup> Zuker ne soit pas qualifié comme expert en enfance maltraitée, sa longue expérience de travail avec les enfants blessés l’a sans aucun doute doté d’une expertise que le profane ne possède pas. La seule condition à l’admission d’une opinion d’expert est que «le témoin expert possède des connaissances et une expérience spéciales qui dépassent celles du juge des faits»: *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, à la p. 415. Les failles dans l’expertise concernent la valeur du témoignage et non son admissibilité. Comme l’ont dit Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), aux pp. 536 et 537:

[TRADUCTION] L’admissibilité du témoignage [d’expert] ne dépend pas des moyens grâce auxquels cette compétence a été acquise. Tant qu’elle est convaincue que le témoin possède une expérience suffisante dans le domaine en question, la cour ne se demandera pas si cette compétence a été acquise à l’aide d’études spécifiques ou d’une formation pratique, bien que cela puisse avoir un effet sur le poids à accorder au témoignage.

La difficulté en l’espèce tient au fait que les témoins ont été reconnus experts dans un domaine plus restreint que leur domaine d’expertise ou, dans le cas du D<sup>r</sup> Campbell, n’ont pas été formellement reconnus du tout. En pratique, l’avocat qui présente un témoin expert doit le faire reconnaître à ce titre pour tous les domaines dans lesquels il doit exprimer un témoignage d’opinion. Quand cela est fait, l’admissibilité de leur opinion n’est pas mise en doute. En réalité toutefois, il arrive que les avocats n’atteignent pas cet idéal, ou que les questions et les réponses empruntent une voie que l’avocat n’avait pas initialement prévue. De même, des témoins appelés à témoigner sur les faits, comme le D<sup>r</sup> Campbell, peuvent être entraînés dans un domaine qui tient de l’opinion d’expert; la ligne de démarcation entre les actions d’un médecin traitant et les opinions qui les sous-tendent est souvent confuse.

Important as the initial qualification of an expert witness may be, it would be overly technical to reject expert evidence simply because the witness ventures an opinion beyond the area of expertise in which he or she has been qualified. As a practical matter, it is for opposing counsel to object if the witness goes beyond the proper limits of his or her expertise. The objection to the witness's expertise may be made at the stage of initial qualification, or during the witness's evidence if it becomes apparent the witness is going beyond the area in which he or she was qualified to give expert opinion. In the absence of objection, a technical failure to qualify a witness who clearly has expertise in the area will not mean that the witness's evidence should be struck. However, if the witness is not shown to have possessed expertise to testify in the area, his or her evidence must be disregarded and the jury so instructed.

This approach was adopted by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Millar* (1989), 49 C.C.C. (3d) 193, at p. 218, where Morden J.A. (as he then was) stated for the court:

... it appears now, as it did at trial, that, assuming that medical witnesses may be competent to express an opinion with respect to the existence of child abuse, the only witness whose competency in this respect was and is challenged is Dr. MacMillan. In other words, even though some of the witnesses were not called experts in child abuse it appears to be accepted that they had sufficient expertise to express opinions on the subject. I do not question this. For example, it would appear that Dr. MacDonald, the paediatric radiologist, has had extensive experience in this field.

While I cannot approve of the procedure adopted at this trial, the fact that the witnesses all clearly possessed expertise sufficient to permit them to testify as they did leads me to conclude that allowing the jury to consider their evidence in its entirety does not constitute an error in law.

Si importante que puisse être la qualification initiale d'un expert, il serait excessivement formaliste de rejeter le témoignage d'expert pour la simple raison que le témoin se permet de donner une opinion qui s'étend au-delà du domaine d'expertise pour lequel il a été qualifié. En pratique, il appartient à l'avocat de la partie adverse de faire objection si le témoin sort des limites de son expertise. L'objection peut être soulevée à l'étape de la qualification initiale ou au cours de la déposition du témoin s'il devient évident que ce dernier outrepassé le domaine pour lequel il a été reconnu qualifié pour donner une opinion d'expert. En l'absence d'objection, l'omission technique de qualifier un témoin qui possède manifestement l'expertise dans le domaine en question ne signifie pas automatiquement que son témoignage doit être écarté. Toutefois, s'il n'est pas démontré que le témoin possède une expertise lui permettant de témoigner dans le domaine en cause, il ne faut pas tenir compte de son témoignage et le jury doit recevoir des directives à cet effet.

La Cour d'appel de l'Ontario a adopté cette position dans *R. c. Millar* (1989), 49 C.C.C. (3d) 193, à la p. 218, où le juge Morden (maintenant juge en chef adjoint de l'Ontario) a dit au nom de la Cour:

[TRADUCTION] ... il apparaît maintenant, comme ce fut le cas au procès, que, si l'on présume que des témoins experts en médecine sont qualifiés pour exprimer une opinion à l'égard de l'existence de mauvais traitements infligés à un enfant, le seul témoin dont la compétence à cet égard est contestée est le Dr MacMillan. En d'autres mots, bien que certains témoins n'aient pas été reconnus experts en mauvais traitements infligés aux enfants, il paraît être accepté que leur expertise leur permettait d'exprimer une opinion sur la question. Je n'en doute pas. Ainsi, il semblerait que le Dr MacDonald, radiologiste en pédiatrie, possède une vaste expérience dans ce domaine.

Je ne peux approuver la procédure adoptée au procès mais, puisque les témoins possédaient tous manifestement une expertise suffisante pour témoigner comme ils l'ont fait, je conclus que permettre au jury de considérer l'ensemble de leur témoignage n'était pas une erreur de droit.

#### 4. Evidence that the Child's Cooperativeness Indicated Abuse

Dr. Mian gave evidence that the fact that the child acted maturely in dealing with her injury suggested that she had been the victim of long-term abuse. In examination-in-chief she stated:

... I assess children not only physically but also psychosocially for any of the indicators of child abuse, I look for behavioral indicators and I look for behavior that is outside the expected range, and I expect a child who's just been burned who comes from a loving home to behave in a frightened manner, to behave as if she's now not supported by her family; if she's in the room alone, to be frightened by the presence of strangers, to be frightened of what that individual will do to her and to seek comfort and to make protests about the examination. I expect the child, however, to be able to be cooperative as a reasonable explanation is given as to what needs to be done so if the child is either overly concerned and upset and angry and screaming and carrying on and cannot be comforted, that would worry me but also the other extreme where the child doesn't express any fear, doesn't seek comfort, uhm, and essentially allows me, a stranger, to do what I want with her. Then I become concerned that this is a child who is pseudo-mature and we use that word to mean that the child acts as if she's older. She acted like say an adult would who's in a difficult situation. She was going to cope with it. She was going to do with what was expected of her which was simply cooperate. It is a behaviour that I have seen in children who have experienced less than safe environments, where they had to be, uhm, cooperative in order not to elicit more harm on themselves and who cooperate in order to either preserve themselves or when the favor of the adult who's present at the time...

Later, Dr. Mian was called by the defence. The Crown cross-examined her about the child's original denial that anyone had hurt her. The following question was put:

Q. And it's your assessment that this kind of reaction, the words that she said, not an unusual reaction in a child that may have been physically abused?

A. No, not at all. I think that the initial denial is part of what children experience as a need to fall in with

#### 4. Le témoignage selon lequel la coopération de l'enfant indiquait des mauvais traitements

Le D<sup>r</sup> Mian a témoigné que la maturité de l'enfant à l'égard de sa blessure indiquait qu'elle était victime depuis longtemps de mauvais traitements. Lors de l'interrogatoire principal, elle a dit:

[TRADUCTION] ... J'évalue les enfants non seulement physiquement, mais également psycho socialement afin de détecter tout indice de mauvais traitements. Je cherche des indices de comportement et des comportements qui sortent des normes, et je m'attends à ce que le comportement de l'enfant qui vient de subir une brûlure et qui vient d'un foyer affectueux indique la frayeur, le comportement d'un enfant qui a perdu le soutien de sa famille; si elle est seule dans la salle, je m'attends à ce qu'elle soit effrayée par la présence d'étrangers et par ce qu'ils lui feront, et à ce qu'elle cherche réconfort et proteste contre l'examen. Je m'attends toutefois à ce que l'enfant soit en mesure de coopérer si une explication raisonnable lui est fournie sur ce qui doit être fait. Donc, si l'enfant est excessivement préoccupée et inquiète et qu'elle crie sans cesse sans qu'on puisse la réconforter, je m'inquiète. Mais il y a aussi l'autre extrême, lorsque l'enfant n'exprime aucune crainte, ne cherche aucun réconfort, et essentiellement me permet, moi, une étrangère, de faire ce que je veux avec elle. Je me demande alors si cet enfant est pseudo-mature — nous utilisons ce terme pour dire que l'enfant agit comme si elle était plus âgée. Elle a agi comme, disons, un adulte qui se trouve dans une situation difficile. Elle allait faire face à la situation. Elle allait faire ce qu'on attendait d'elle, c'est-à-dire coopérer. C'est un comportement que j'ai remarqué chez les enfants qui ont vécu dans un milieu peu sûr, où ils ont dû, coopérer afin de ne pas s'attirer plus d'ennui, et qui coopèrent afin de se protéger ou de gagner l'approbation de l'adulte présent à ce moment-là...

Le D<sup>r</sup> Mian a ensuite été appelée à témoigner pour la défense. Le ministère public l'a contre-interrogée sur le fait que l'enfant avait d'abord nié que quelqu'un lui avait fait mal. Il lui a posé la question suivante:

[TRADUCTION] Q. Et vous estimez que ce genre de réaction, soit les mots qu'elle a utilisés, n'est pas inhabituelle chez un enfant qui a pu subir des mauvais traitements?

R. Non, pas du tout. Je crois que la dénégation initiale tient au fait que les enfants ont besoin de faire ce que la

what their care taker or their abuser expects, so as not to heap more abuse on themselves.

Prior abuse of the child was not an issue at the trial. There was no evidence suggesting that the child had been abused before the incident in question. The only relevance of the evidence was to explain the child's reaction to her injury. The potential prejudice of the evidence was that it suggested that the appellant, the person who had custody of the child, had systematically abused her.

In this case, the relevance of the evidence was tangential and its probative value of the issues at trial was low. On the other hand, it was potentially very prejudicial, implying as it did that the child was the victim of long-term abuse, a proposition wholly unsupported by the evidence. Its prejudicial effect clearly outweighed any probative value it might have had on the issues the Crown had placed before the jury. It should not have been admitted.

The trial judge attempted to offset the damage which the evidence may have done in her charge to the jury:

The fact is, I believe, that there is evidence before you to suggest this may well, if indeed it occurred as the Crown says, have been an isolated incident. The child was otherwise well nourished, well cared for, clearly loved by Mrs. Marquard, and indeed the child said, I believe, that she loved her nanna and wanted to see her again. That is quite apart from the issue that you must decide.

But at the same time, the trial judge told the jury that it was Dr. Mian's opinion that the child was an abused child and on two occasions told them that passivity was a "hallmark" of an abused child. This went beyond even what Dr. Mian had stated.

The net effect of the direction may have been to mislead the jury into believing that this evidence of little or no probative weight was a definitive

personne qui prend soin d'eux attend, de façon à ne pas subir d'autres mauvais traitements.

Au procès, la question de mauvais traitements antérieurs ne se posait pas. Il n'y avait aucune preuve que l'enfant avait subi des mauvais traitements avant l'incident en question. La pertinence de la preuve se limitait seulement à l'explication de la réaction de l'enfant à sa blessure. Le préjudice que pouvait causer cette preuve venait de ce qu'elle indiquait que l'appelante, qui avait la garde de l'enfant, lui avait systématiquement infligé des mauvais traitements.

En l'espèce, la pertinence du témoignage était tangentielle, et sa valeur probante à l'égard des questions soulevées au procès était faible. En revanche, il risquait d'être très préjudiciable puisqu'il impliquait que l'enfant était victime de mauvais traitements depuis longtemps, une hypothèse que la preuve n'appuyait aucunement. L'effet préjudiciable du témoignage l'emportait nettement sur toute valeur probante qu'il aurait pu avoir à l'égard des questions présentées au jury par le ministère public. Il n'aurait pas dû être admis.

Le juge du procès, dans son exposé au jury, a tenté de neutraliser le préjudice que le témoignage avait pu causer:

[TRADUCTION] Le fait est, à mon avis, que des éléments de preuve indiquent qu'il se peut très bien, si effectivement cela s'est produit comme le ministère public le dit, qu'il s'agisse d'un incident isolé. Madame Marquard nourrissait bien l'enfant, prenait bien soin d'elle, l'aimait et, en fait, l'enfant a dit, et je la crois, qu'elle aimait sa grand-maman et voulait la revoir. Cela n'a absolument rien à voir avec la question que vous devez trancher.

Cependant, le juge du procès a dit au jury que le Dr Mian était d'opinion que l'enfant était victime de mauvais traitements et, à deux reprises, elle lui a dit que le comportement passif était la marque d'un enfant maltraité. Cela allait même plus loin que ce que disait le Dr Mian.

Il est possible que cette directive ait eu pour effet direct d'amener le jury à croire que ce témoignage, dont la valeur probante était faible ou



expert opinion that the child was indeed abused and that her passivity was a key and highly probative factor supporting that conclusion.

In my opinion, the reception of this evidence coupled with the trial judge's direction on it is one of the matters which indicate that a new trial must be ordered.

##### 5. Expert Comment on the Credibility of the Child

The defence called Dr. Mian to prove that the child, upon arriving at Sick Children's Hospital, told the staff that she had burned herself with a lighter. The Crown, in cross-examination, elicited from Dr. Mian the opinion that the child was lying when she told her that she had burned herself with a cigarette lighter. She testified that it is quite common that children "will initially . . . give the accidental explanation and later on will give us a story that is more consistent with her injury which is then put in a more convincing [manner] which we believe is the first disclosure of what actually happened." She also testified that even if the child's burn had looked like a lighter burn, she would have been suspicious of the child's story "because of the way the child said it. . . ."

Dr. Mian went on to buttress her view that the child's actual explanation was a lie by reference to the behaviour of abused children:

There's another reason [why children initially lie] which is that children who have been abused often feel that they are responsible for the behaviour that was done to them, for the injury that was inflicted on them. . . . Therefore if the care taker then takes them to the hospital and they're feeling that they did something wrong to elicit this punishment, they're certainly not going to want to tell the hospital staff that they did something wrong because they feel if my mom or whoever did this to me because of what I did, I wonder what these people who are strangers are going to do to me because of what I did.

inexistante, était l'opinion catégorique de l'expert que l'enfant était effectivement victime de mauvais traitements et que sa passivité constituait un facteur primordial et hautement probant à l'appui de cette conclusion.

À mon avis, l'admission de ce témoignage et la directive du juge du procès à cet égard sont au nombre des facteurs qui justifient la tenue d'un nouveau procès.

##### 5. Les commentaires de l'expert sur la crédibilité de l'enfant

La défense a appelé le Dr Mian afin de prouver qu'à son arrivée au Sick Children's Hospital, l'enfant a dit au personnel qu'elle s'était brûlée avec un briquet. Dans son contre-interrogatoire, le ministère public a amené le Dr Mian à exprimer l'opinion que l'enfant mentait lorsqu'elle lui a dit s'être brûlée avec un briquet. Elle a témoigné qu'il arrivait très fréquemment que les enfants [TRADUCTION] «expliquent d'abord [. . .] qu'il s'agit d'un accident, puis ils donnent ensuite un récit plus compatible avec la blessure, qui est alors expliqué d'une manière plus convaincante, ce qui, nous estimons, est le premier indice de ce qui s'est réellement produit.» Elle a également témoigné que, même si la brûlure de l'enfant avait semblé être causée par un briquet, elle se serait méfiée du récit de l'enfant [TRADUCTION] «en raison de la façon dont elle l'a raconté . . . »

Le Dr Mian a ensuite étayé sa thèse que l'explication de l'enfant était un mensonge, en renvoyant au comportement des enfants maltraités:

[TRADUCTION] Il existe une autre raison [pour laquelle les enfants mentent d'abord], c'est que l'enfant qui a été victime de mauvais traitements se sent souvent responsable de ces actes, des blessures qui lui ont été infligées [. . .] Par conséquent, si la [personne qui prend soin de lui] le conduit alors à l'hôpital et que l'enfant croit que, pour mériter une telle punition, il a dû mal agir, il n'avouera certainement pas au personnel de l'hôpital qu'il a mal agi parce qu'il se demande: si ma maman, ou une autre personne, m'a ainsi puni pour ce que j'ai fait, qu'est-ce que ces gens, qui sont des étrangers, vont me faire?

The purport of this evidence was clear. Dr. Mian was of the view that the child was lying when she told the hospital staff that she had burned herself with a lighter, and that the child's second story — the one she told at trial — was the truth.

It is a fundamental axiom of our trial process that the ultimate conclusion as to the credibility or truthfulness of a particular witness is for the trier of fact, and is not the proper subject of expert opinion. This Court affirmed that proposition in *R. v. Béland*, *supra*, at p. 408, in rejecting the use of polygraph examinations as a tool to determine the credibility of witnesses:

From the foregoing comments, it will be seen that the rule against oath-helping, that is, adducing evidence solely for the purpose of bolstering a witness's credibility, is well grounded in authority.

A judge or jury who simply accepts an expert's opinion on the credibility of a witness would be abandoning its duty to itself determine the credibility of the witness. Credibility must always be the product of the judge or jury's view of the diverse ingredients it has perceived at trial, combined with experience, logic and an intuitive sense of the matter: see *R. v. B. (G.)* (1988), 65 Sask. R. 134 (C.A.), at p. 149, *per* Wakeling J.A., affirmed [1990] 2 S.C.R. 3. Credibility is a matter within the competence of lay people. Ordinary people draw conclusions about whether someone is lying or telling the truth on a daily basis. The expert who testifies on credibility is not sworn to the heavy duty of a judge or juror. Moreover, the expert's opinion may be founded on factors which are not in the evidence upon which the judge and juror are duty-bound to render a true verdict. Finally, credibility is a notoriously difficult problem, and the expert's opinion may be all too readily accepted by a frustrated jury as a convenient basis upon which to resolve its difficulties. All these considerations have contributed to the wise policy of the law in rejecting expert evidence on the truthfulness of witnesses.

On the other hand, there may be features of a witness's evidence which go beyond the ability of a lay person to understand, and hence which may

Le sens de ce témoignage était clair. Le Dr Mian était d'avis que l'enfant mentait lorsqu'elle a raconté au personnel de l'hôpital qu'elle s'était brûlée avec un briquet, et que sa deuxième version — celle qu'elle a racontée au procès — était la vérité.

Notre procédure d'instruction repose sur l'axiome fondamental que la conclusion finale quant à la crédibilité ou la sincérité d'un témoin donné appartient au juge des faits, et ne doit pas être soumise à l'opinion d'expert. Notre Cour a confirmé cette position dans *R. c. Béland*, précité, à la p. 408, en rejetant l'utilisation de détecteurs de mensonges pour établir la crédibilité de témoins:

Il se dégage de ce qui précède que la règle interdisant les témoignages justificatifs, c'est-à-dire toute preuve produite uniquement pour confirmer la crédibilité d'un témoin, repose sur un solide fondement jurisprudentiel.

Le juge ou jury qui se contente d'accepter une opinion d'expert sur la crédibilité d'un témoin ne respecterait pas son devoir d'établir lui-même la crédibilité du témoin. La crédibilité doit toujours être le résultat de l'opinion du juge ou du jury sur les divers éléments perçus au procès, de son expérience, de sa logique et de son intuition à l'égard de l'affaire: voir *R. c. B. (G.)* (1988), 65 Sask. R. 134 (C.A.), à la p. 149, par le juge Wakeling, confirmé par [1990] 2 R.C.S. 3. La question de la crédibilité relève de la compétence des profanes. Les gens ordinaires jugent quotidiennement si une personne ment ou dit la vérité. L'expert qui témoigne sur la crédibilité n'est pas tenu par la lourde tâche du juge ou du juré. De plus, il se peut que l'opinion de l'expert repose sur des éléments qui ne font pas partie de la preuve en vertu de laquelle le juge et le juré sont tenus de rendre un juste verdict. Enfin, la crédibilité est un problème notoirement complexe, et l'opinion d'un expert risque d'être beaucoup trop facilement acceptée par un jury frustré pour faciliter la résolution de ses difficultés. Toutes ces considérations ont donné naissance à la sage politique en droit qui consiste à rejeter le témoignage d'expert sur la sincérité des témoins.

En revanche, il se peut que certaines parties de la déposition d'un témoin dépassent la capacité d'un profane de comprendre, et justifient donc le

justify expert evidence. This is particularly the case in the evidence of children. For example, the ordinary inference from failure to complain promptly about a sexual assault might be that the story is a fabricated afterthought, born of malice or some other calculated stratagem. Expert evidence has been properly led to explain the reasons why young victims of sexual abuse often do not complain immediately. Such evidence is helpful; indeed it may be essential to a just verdict.

For this reason, there is a growing consensus that while expert evidence on the ultimate credibility of a witness is not admissible, expert evidence on human conduct and the psychological and physical factors which may lead to certain behaviour relevant to credibility, is admissible, provided the testimony goes beyond the ordinary experience of the trier of fact. Professor A. Mewett describes the permissible use of this sort of evidence as "putting the witness's testimony in its proper context." He states in the editorial "Credibility and Consistency" (1991), 33 *Crim. L.Q.* 385, at p. 386:

The relevance of his testimony is to assist — no more — the jury in determining whether there is an explanation for what might otherwise be regarded as conduct that is inconsistent with that of a truthful witness. It does, of course, bolster the credibility of that witness, but it is evidence of how certain people react to certain experiences. Its relevance lies not in testimony that the prior witness is telling the truth but in testimony as to human behaviour.

There are concerns. As the court stated in *R. v. J. (F.E.)*, [(1990), 53 C.C.C. (3d) 94, 74 C.R. (3d) 269, 36 O.A.C. 348 (C.A.)], and *R. v. C.(R.A.)* (1990), 57 C.C.C. (3d) 522, 78 C.R. (3d) 390, the court must require that the witness be an expert in the particular area of human conduct in question; the evidence must be of the sort that the jury needs because the problem is beyond their ordinary experience; and the jury must be carefully

recours au témoignage d'expert. C'est le cas en particulier pour les témoignages d'enfants. Par exemple, dans le cas d'un enfant qui omet de se plaindre sans tarder d'une agression sexuelle, on pourrait ordinairement conclure que l'enfant invente un récit après coup, poussé par la malice ou un autre stratagème calculé. Des témoignages d'experts ont été à bon droit présentés pour expliquer pourquoi il arrive fréquemment que de jeunes victimes d'agression sexuelle ne portent pas plainte immédiatement. Ces témoignages sont utiles et peuvent même être essentiels à un juste verdict.

Pour cette raison, il est de plus en plus largement reconnu que, si le témoignage d'expert sur la crédibilité d'un témoin n'est pas admissible, le témoignage d'expert sur le comportement humain et les facteurs psychologiques et physiques qui peuvent provoquer un certain comportement pertinent quant à la crédibilité, est admissible, pourvu qu'il aille au-delà de l'expérience ordinaire du juge des faits. Le professeur A. Mewett, pour décrire l'utilisation acceptable de ce genre de témoignage, parle de [TRADUCTION] «mettre en contexte la déposition du témoin.» Dans l'éditorial «Credibility and Consistency» (1991), 33 *Crim. L.Q.* 385, à la p. 386, il dit:

[TRADUCTION] Son témoignage est pertinent en ce qu'il aide — sans plus — le jury à déterminer s'il y a une explication à ce qui autrement pourrait être considéré comme un comportement incompatible avec celui d'un témoin sincère. Évidemment, il appuie la crédibilité de ce témoin, mais il s'agit aussi d'un témoignage sur la façon dont certaines personnes réagissent à certaines expériences. Sa pertinence ne se tient pas au fait que c'est un témoignage indiquant que le témoin précédent disait la vérité, mais au fait qu'il s'agit d'un témoignage sur le comportement humain.

Il y a toutefois des difficultés. Comme la Cour l'a déclaré dans *R. c. J. (F.E.)*, [(1990), 53 C.C.C. (3d) 94, 74 C.R. (3d) 269, 36 O.A.C. 348 (C.A.)], et dans *R. c. C.(R.A.)* (1990), 57 C.C.C. (3d) 522, 78 C.R. (3d) 390, la cour doit exiger que le témoin soit un expert dans le domaine particulier du comportement humain en question; le témoignage doit répondre aux besoins du jury face à une difficulté qui sort de son expérience ordi-

instructed as to its function and duty in making the final decision without being unduly influenced by the expert nature of the evidence.

The conditions set out by Professor Mewett, reflecting the observations of various appellate courts which have considered the matter, recommend themselves as sound. To accept this approach is not to open the floodgates to expert testimony on whether witnesses are lying or telling the truth. It is rather to recognize that certain aspects of human behaviour which are important to the judge or jury's assessment of credibility may not be understood by the lay person and hence require elucidation by experts in human behaviour.

Had Dr. Mian confined her comments to expert evidence explaining why children may lie to hospital staff about the cause of their injuries, there could have been no objection to her evidence. She was an expert in child behaviour, and the evidence would arguably have been evidence needed by a lay jury to understand fully the implications of the witness's change in story. However, Dr. Mian went further. She clearly indicated that she personally did not believe the first story of the child, preferring the second version which the child told at trial. In so doing, she crossed the line between expert testimony on human behaviour and assessment of credibility of the witness herself. Moreover, the trial judge failed to instruct the jury that it was their duty to decide on the child's credibility without being unduly influenced by the expert evidence. In fact, the trial judge's statement that Dr. Mian gave "evidence as an expert in child abuse and relating to the truthfulness of the testimony of small children" actually reinforced the effect of the inadmissible evidence.

In my view, this error, considered with the others, requires that a new trial be directed.

naire; et le jury doit recevoir des directives soigneuses quant à sa fonction et son obligation de rendre la décision finale sans être indûment influencé par la nature experte du témoignage.

a

Les conditions énoncées par le professeur Mewett, qui expriment les observations de diverses cours d'appel qui ont étudié la question, semblent solidement fondées. Accepter cette position ne revient pas à ouvrir la porte à une avalanche de témoignages d'expert sur la question de savoir si les témoins mentent ou disent la vérité. Cela revient plutôt à reconnaître que certains aspects du comportement humain, qui sont importants dans l'appréciation de la crédibilité d'un témoin par le juge ou le jury, risquent de ne pas être compris par le profane et nécessitent les explications d'experts en comportement humain.

d

Si le D<sup>r</sup> Mian avait limité ses commentaires à un témoignage d'expert expliquant la raison pour laquelle des enfants peuvent mentir au personnel hospitalier sur la cause de leurs blessures, on n'aurait pu soulever aucune objection à son témoignage. Elle était expert en comportement infantile, et on peut soutenir que le témoignage était nécessaire à un jury profane pour comprendre pleinement les implications de la modification du récit par le témoin. Toutefois, le D<sup>r</sup> Mian est allée plus loin. Elle a clairement indiqué qu'elle ne croyait personnellement pas la première version de l'enfant, préférant la deuxième, relatée au procès. En faisant cela, elle a franchi la ligne de démarcation entre le témoignage d'expert sur le comportement humain et l'appréciation de la crédibilité du témoin lui-même. En outre, le juge du procès n'a pas indiqué au jury qu'il était de son devoir de déterminer la crédibilité de l'enfant sans être indûment influencé par le témoignage d'expert. En fait, la déclaration du juge du procès que le D<sup>r</sup> Mian a [TRADUCTION] «témoigné à titre d'expert en enfance maltraitée et sur la véracité du témoignage de jeunes enfants», a renforcé l'effet du témoignage inadmissible.

j

À mon avis, cette erreur, considérée avec d'autres, exige la tenue d'un nouveau procès.

6. Cross-examination of Dr. Turrall

Dr. Turrall was a psychiatrist called by the defence. In the course of cross-examination, the Crown put a series of reports and case studies to him and read extensively from them. Dr. Turrall testified that he was unaware of many of these studies and, for the most part, did not accept their conclusions. None of the experts specifically adopted as authoritative the studies of which Dr. Turrall was unaware and with which he did not agree. Some of the material was very prejudicial. For example, by one "question", some three and one-half pages in length, the Crown introduced opinions regarding the memory of a child who had been put through an extended traumatic and abusive experience, which was described in detail. Moreover, the impression may have been left that Dr. Turrall's unfamiliarity with these unproven studies reflected a lack of expertise.

The proper procedure to be followed in examining an expert witness on other expert opinions found in papers or books is to ask the witness if she knows the work. If the answer is "no", or if the witness denies the work's authority, that is the end of the matter. Counsel cannot read from the work, since that would be to introduce it as evidence. If the answer is "yes", and the witness acknowledges the work's authority, then the witness has confirmed it by the witness's own testimony. Parts of it may be read to the witness, and to the extent they are confirmed, they become evidence in the case. This procedure was laid out in *R. v. Anderson* (1914), 22 C.C.C. 455 (Alta. S.C.) and has been followed by Canadian courts. (See *Holland v. Prince Edward Island School Board Regional Administrative Unit #4* (1986), 59 Nfld. & P.E.I.R. 6 (P.E.I.S.C.), at pp. 21-22; *Cansulex Ltd. v. Reed Stenhouse Ltd.* (1986), 70 B.C.L.R. 189 (B.C.S.C.), at p. 193).

The Crown urged us to adopt the American approach to putting scholarly works to an expert witness. The American approach varies from jurisdiction to jurisdiction. Some jurisdictions require that the witness have acknowledged the authority of the work before it can be read into the record on

6. Le contre-interrogatoire du Dr Turrall

Le Dr Turrall, psychiatre, a été appelé à témoigner pour la défense. Au cours de son contre-interrogatoire, le ministère public lui a présenté une série de rapports et d'études de cas et en a lu de longs extraits. Le Dr Turrall a témoigné qu'il ne connaissait pas un grand nombre de ces études et, pour la plupart, n'en acceptait pas les conclusions. Aucun des experts n'a accepté comme autorité les études dont le Dr Turrall n'avait pas connaissance et auxquelles il ne souscrivait pas. Certains documents étaient très préjudiciables. Par exemple, par une «question» de quelque trois pages et demie, le ministère public a introduit des opinions portant sur la mémoire d'un enfant victime d'une longue expérience traumatisante de mauvais traitements, décrite en détail. En outre, on a peut-être donné l'impression que l'ignorance du Dr Turrall de ces études non étayées démontrait une expertise insuffisante.

Lorsqu'on interroge un témoin expert sur d'autres opinions d'expert exprimés dans des études ou des livres, la procédure à suivre est de demander au témoin s'il connaît l'ouvrage. Dans la négative, ou si le témoin nie l'autorité de l'ouvrage, l'affaire en reste-là. Les avocats ne peuvent lire des extraits de l'ouvrage puisque ce serait les introduire en preuve. Dans l'affirmative, et si le témoin reconnaît l'autorité de l'ouvrage, alors il le confirme par son propre témoignage. Des extraits peuvent être lus au témoin, et dans la mesure où ils sont confirmés, ils deviennent une preuve dans l'affaire. Cette procédure, établie dans *R. c. Anderson* (1914), 22 C.C.C. 455 (C.S. Alb.), a été suivie par les tribunaux canadiens. (Voir *Holland c. Prince Edward Island School Board Regional Administrative Unit #4* (1986), 59 Nfld. & P.E.I.R. 6 (C.S.Î.-P.-E.), aux pp. 21 et 22; *Cansulex Ltd. c. Reed Stenhouse Ltd.* (1986), 70 B.C.L.R. 189 (C.S.C.-B.), à la p. 193).

Le ministère public nous a priés d'adopter la méthode américaine de présenter les ouvrages savants à un témoin expert. La position américaine change d'une juridiction à l'autre. Certaines juridictions exigent que le témoin reconnaisse l'autorité de l'ouvrage avant que celui-ci soit introduit en

cross-examination. Others, however, appear to allow the works to be put into the record on cross-examination where there is some proof of, or where the judge is prepared to take judicial notice of, the general authority of the work.

Even this more liberal standard was not met in the case of the material put to Dr. Turrall. I am satisfied that expert evidence, introduced in the guise of cross-examination of Dr. Turrall without any proof that it constituted reputable authority, was inadmissible. It was also, as noted, prejudicial. This is yet another ground which suggests that a new trial must be ordered.

7. Admissibility of the Prior Inconsistent Statement as Evidence of the Truth of its Contents

The appellant argues that the child's statement to the hospital authorities that she burned herself with a cigarette lighter, although hearsay, should be admitted for the truth of its contents on the grounds of necessity and reliability set out in *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, decided after the trial of this matter.

In view of the fact that a new trial is required on other grounds, it is unnecessary to consider whether the statement in fact meets the criteria of necessity and reliability discussed in *R. v. B. (K.G.)*, *supra*. It will be open to counsel at the new trial to seek admission of the statement on that basis. It will then be for the trial judge to determine whether it can be used for the truth of its contents on the basis of the principles set out in *R. v. B. (K.G.)*, *supra*.

8. Conclusion

I would allow the appeal, quash the conviction, and direct a new trial.

preuve au cours du contre-interrogatoire. D'autres, toutefois, paraissent permettre que l'ouvrage soit introduit au dossier lors du contre-interrogatoire lorsqu'il y a une certaine preuve de l'autorité générale de l'ouvrage, ou que le juge est disposé à l'accepter d'office.

Même cette norme plus libérale n'a pas été atteinte dans le cas des documents présentés au Dr Turrall. Je suis convaincue que la preuve d'expert introduite par le truchement du contre-interrogatoire du Dr Turrall, sans autre preuve qu'elle était une autorité reconnue, était inadmissible. Elle était également, je le répète, préjudiciable. C'est là une autre raison d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

7. Admissibilité d'une déclaration antérieure incompatible à titre de preuve de la véracité de son contenu

L'appelante soutient que, bien qu'il s'agisse de ouï-dire, la déclaration de l'enfant aux autorités de l'hôpital qu'elle s'était brûlée avec un briquet à cigarettes devrait être admise pour établir la véracité de son contenu pour les motifs de nécessité et de fiabilité énoncés dans *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, rendu après le procès dans la présente affaire.

Puisqu'un nouveau procès doit être tenu pour d'autres motifs, il est inutile de considérer si, en fait, la déclaration répond aux critères de nécessité et de fiabilité analysés dans *R. c. B. (K.G.)*, précité. Il sera loisible à l'avocat au cours du nouveau procès de demander l'admission de la déclaration sur ce fondement. Il appartiendra alors au juge du procès de déterminer si elle peut être utilisée pour établir la véracité de son contenu sur le fondement des principes établis dans *R. c. B. (K.G.)*, précité.

8. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la déclaration de culpabilité et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

The reasons of La Forest and Gonthier JJ. were delivered by

GONTHIER J. — I agree with Justice McLachlin, subject however to the comments of Justice L'Heureux-Dubé pertaining to s. 16 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5, [rep. & sub. R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 18], which I adopt.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — Early on the morning of July 4, 1988, Debbie-Ann LeBlanc, then 3½ years old, was badly burned at the home of her grandmother and legal guardian, the appellant Debra Marquard. She was taken to Wellesley Hospital and shortly after referred to Sick Children's Hospital where she was treated for third-degree burns to her right cheek and ear. The story told to the examining physicians at both hospitals was that she had burned herself while playing with a lighter and attempting to smoke a cigarette. Due to the characteristics of the burn, in particular its well-demarcated shape, both doctors formed the impression that the injury was inconsistent with a flame burn but was more like a contact burn. Dr. Zuker, a burn specialist who examined Debbie-Ann at Sick Children's, also found Debbie-Ann's reaction to the treatment process unusual and more passive than the vast majority of children that the hospital treats. Because of her reactions to the treatment and his concerns about the cause of the injury, Dr. Zuker requested a consultation with the hospital's SCAN (suspected child abuse and neglect) team.

Following an investigation by the Children's Aid Society, the appellant was charged under s. 245.2(1) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, am. S.C. 1980-81-82-83, c. 125, s. 19 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 268(1)) with aggravated assault. At trial, Debbie-Ann testified that "My nanna put me on the stove" and that "My poppa pulled me out". After a trial by judge and jury the appellant was convicted. The verdict was appealed on a number of issues relating to the admission of

Version française des motifs des juges La Forest et Gonthier rendus par

LE JUGE GONTHIER — Je souscris aux motifs du juge McLachlin, sous réserve cependant des commentaires du juge L'Heureux-Dubé au sujet de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5, [abr. et rempl. L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 18], que je fais miens.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Tôt le 4 juillet 1988, Debbie-Ann LeBlanc, alors âgée de trois ans et demi, a été gravement brûlée dans la résidence de sa grand-mère qui en avait la garde légale, l'appelante Debra Marquard. Elle a été conduite à l'hôpital Wellesley, et peu après référée au Sick Children's Hospital, où elle a été traitée pour brûlures du troisième degré à la joue et à l'oreille droites. Selon ce qui avait été raconté aux médecins traitants des deux hôpitaux, elle s'était brûlée en jouant avec un briquet et en tentant de fumer une cigarette. Vu les caractéristiques de la brûlure, en particulier sa forme bien délimitée, les deux médecins ont eu l'impression que la blessure n'avait pas été causée par une flamme, mais plutôt par le contact de la chaleur. Le Dr Zuker, le spécialiste en brûlures qui a examiné Debbie-Ann au Sick Children's, a également conclu que la réaction de l'enfant au traitement était inhabituelle et plus passive que celle de la grande majorité des enfants soignés à l'hôpital. Les réactions de l'enfant au traitement et les doutes du Dr Zuker quant à la cause de la blessure ont poussé ce dernier à demander une consultation avec l'équipe SCAN (qui étudie les cas où l'on soupçonne que des enfants sont maltraités ou négligés) de l'hôpital.

Au terme d'une enquête menée par la Société d'aide à l'enfance, l'appelante a été accusée de voies de fait graves en vertu du par. 245.2(1) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, mod. S.C. 1980-81-82-83, ch. 125, art. 19 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, par. 268(1)). Au procès, Debbie-Ann a témoigné que [TRADUCTION] «Grand-maman m'a mise dans la cuisinière» et que [TRADUCTION] «Grand-papa m'en a sortie». Au terme d'un procès devant juge et jury, l'appelante a été déclarée cou-

evidence and the charge to the jury. The Court of Appeal held that, in view of the manner in which the defence had been conducted at trial, no effect could be given to the objections to the evidentiary issues. While it agreed that there may be some imperfections to the charge, the court found nothing that would cause it to doubt that the verdict should stand. In the result, the court upheld the verdict but varied the sentence.

The following issues are raised in this appeal. The first concerns the interpretation of s. 16 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5 [rep. & sub. R.S.C., 1985 (3rd Supp.), c. 19, s. 18], (the "Act") which sets the criteria for the reception of children's evidence. If such evidence is admissible in this case, the question is whether, considering the nature of the evidence, the jury was adequately warned about its frailties. The remaining issues relate to the manner in which the expert evidence of Dr. Zuker, Dr. Campbell, Dr. Mian and Dr. Turrall was received in this case.

In this case, Dr. Zuker was qualified as an expert in burns and Dr. Campbell was an emergency room physician. Both doctors examined Debbie-Ann and gave evidence on her condition when she arrived at hospital. Dr. Mian was qualified as an expert in child abuse and was called by the Crown as to Debbie-Ann's condition when she was admitted to Sick Children's Hospital and as an expert regarding children's memories. She was also called by the defence to establish Debbie-Ann's prior inconsistent statement that she had been burned while trying to light a cigarette. The appellant alleges first, that evidence given by Doctors Zuker, Mian and Campbell, outside the narrow confines of their particular expertise, is not admissible. Next, according to the appellant, the testimony of Dr. Mian regarding Debbie Ann's "pseudo-mature" responses constituted evidence of the appellant's bad character and for that reason is not admissible. She also alleges that the cross-examination of Dr. Mian by the Crown on Debbie-

pable. Elle a interjeté appel du verdict sur plusieurs questions concernant l'admission des témoignages et l'exposé au jury. La Cour d'appel a conclu que, compte tenu de la stratégie adoptée par la défense au procès, elle ne pouvait faire droit aux objections relatives à la preuve. Bien qu'ayant reconnu que l'exposé ait pu renfermer certaines imperfections, la cour n'y a rien décelé qui l'ait amenée à douter que le verdict devait être maintenu. Elle a donc confirmé le verdict, tout en modifiant la sentence.

Le présent pourvoi soulève différentes questions. La première porte sur l'interprétation de l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5 [abr. & rempl. L.R.C. (1985) (3<sup>e</sup> suppl.), ch. 19, art. 18] (la «Loi»), qui fixe les critères applicables à la réception de témoignages d'enfants. Si une telle preuve est admissible en l'espèce, il faut alors se demander si, compte tenu de la nature de cette preuve, le jury a été suffisamment mis en garde contre sa fragilité. Les autres questions portent sur la manière dont la preuve d'experts des D<sup>rs</sup> Zuker, Campbell, Mian et Turrall a été reçue dans la présente affaire.

En l'espèce, le D<sup>r</sup> Zuker a été reconnu comme expert en brûlures, et le D<sup>r</sup> Campbell était un médecin de la salle d'urgence. Tous deux ont examiné Debbie-Ann et ont témoigné sur son état à son arrivée à l'hôpital. Le D<sup>r</sup> Mian, reconnue comme expert en enfance maltraitée, a été appelée par le ministère public à témoigner sur l'état de Debbie-Ann lors de son admission au Sick Children's Hospital. Elle a aussi été reconnue comme expert en mémoire des enfants. La défense l'a également appelée à témoigner afin d'établir la déclaration antérieure incompatible de Debbie-Ann selon laquelle elle s'était brûlée en tentant d'allumer une cigarette. L'appelante allègue premièrement que les témoignages des D<sup>rs</sup> Zuker, Mian et Campbell, qui excèdent les limites restreintes de leur expertise particulière, ne sont pas admissibles. Deuxièmement, selon l'appelante, le témoignage du D<sup>r</sup> Mian sur les réponses «pseudo-matures» de Debbie-Ann constitue une preuve du mauvais caractère de l'appelante et, à ce titre, est inadmissible. Elle allègue également que le contre-interrogatoire du D<sup>r</sup> Mian par le ministère public sur la



Ann's prior inconsistent statement violated the rule against oath helping.

Regarding Dr. Turrall's testimony, he was a psychologist called by the defence as an expert in children's memory. The appellant contends that the Crown improperly cross-examined Dr. Turrall and that the appellant was prejudiced by the graphic nature of the cases cited by the Crown.

In the end, the real question is whether, given all the circumstances of this case, including the way the defence was presented, there has been a miscarriage of justice which warrants a new trial. For the following reasons, I dissent from the majority and would dismiss the appeal.

#### Section 16 of the Act

The appellant argues that the statutory provision under s. 16 of the Act that a child be able "to communicate" the evidence requires the trial judge to inquire into the capacities of the witness to perceive, interpret, remember and recount. She submits that the trial judge erred in failing to conduct such an inquiry and, as a consequence, Debbie-Ann's evidence was inadmissible.

My colleague, Justice McLachlin, has come to the conclusion that the trial judge did not err in admitting the unsworn evidence of Debbie-Ann, finding that the requirements of s. 16 of the Act were met in this case. While I share my colleague's view that Debbie-Ann's testimony was properly admitted in this case, I wish to comment on the requirements of s. 16 of the Act in a more general way given the concerns I have about my colleague's interpretation of s. 16 of the Act. My colleague has found that, in addition to determining whether the child can communicate the evidence, s. 16 requires the trial judge to conduct a general inquiry into the ability of the child to observe and recollect events before the evidence can be received. She does so on the basis of the common law requirements which govern the admission of evidence of witnesses whose testimonial competence is questioned. In her view, there is nothing in s. 16 of the Act which indicates an

déclaration antérieure incompatible de Debbie-Ann viole la règle interdisant le témoignage justificatif.

Le Dr Turrall, psychologue, a été appelé par la défense à titre d'expert en mémoire des enfants. L'appelante soutient que le ministère public a irrégulièrement contre-interrogé le Dr Turrall, et qu'elle a subi un préjudice en raison de la nature explicite des cas cités par le ministère public.

En définitive, la véritable question est de savoir si, compte tenu des circonstances de l'espèce, notamment la stratégie adoptée par la défense, l'accusé a subi un tort important justifiant la tenue d'un nouveau procès. Pour les motifs qui suivent, j'inscris ma dissidence et je rejetterais le pourvoi.

#### L'article 16 de la Loi

L'appelante soutient que l'art. 16 de la Loi, portant que l'enfant doit être capable de «communiquer» les faits dans son témoignage, requiert que le juge du procès examine la capacité du témoin de percevoir, d'interpréter, de se souvenir et de relater. Elle prétend que le juge du procès a commis une erreur en ne procédant pas à une telle enquête et qu'en conséquence, le témoignage de Debbie-Ann était inadmissible.

Ma collègue, madame le juge McLachlin, est arrivée à la conclusion que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en admettant le témoignage non assermenté de Debbie-Ann puisqu'en l'espèce, les exigences de l'art. 16 de la Loi ont été respectées. Si, comme ma collègue, j'estime que le témoignage de l'enfant a été admis à juste titre dans la présente affaire, je souhaite toutefois apporter des commentaires plus généraux sur les exigences de l'art. 16 de la Loi en raison des réserves que j'entretiens sur l'interprétation qu'en donne ma collègue. Elle conclut, en effet, qu'en plus de déterminer si l'enfant peut communiquer les faits dans son témoignage, l'art. 16 oblige le juge du procès à procéder à une enquête générale sur la capacité de l'enfant de percevoir des événements et de s'en souvenir avant d'admettre son témoignage. Elle fonde cette conclusion sur les exigences de la common law qui régissent l'admission de la déposition de témoins dont l'habilité à

intention to vary the common law rule. I disagree. Such a result would, in my opinion, run counter to the clear words of s. 16 of the Act as well as the trend to do away with presumptions of unreliability and to expand the admissibility of children's evidence and may, in fact, subvert the purpose of legislative reform in this area.

The notion that the evidence of children is inherently unreliable has now been totally rejected (*R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 3; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122). This is part of a larger trend in the evolution of evidence law in which courts have moved away from the tendency to view the evidence of certain classes of witnesses as inherently untrustworthy (*Vetrovec v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 811, at p. 823). We now recognize that, in general, juries are competent to assess the evidence and credibility of all witnesses, including that of children. Thus, increasingly, the practice is to admit evidence and leave the matter of what it may be worth to be weighed by the jury, absent clear policy reasons for exclusion (*R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577). As Wilson J. noted in *R. v. B. (G.)*, *supra*, at pp. 14-15, it is this realization which lies behind the repeal of the common law rule requiring the corroboration of accomplices' evidence in *Vetrovec*, *supra*, and the repeal of the statutory provision requiring corroboration of complainants' evidence in rape cases. With the repeal of the corroboration requirement in s. 16 of the Act, the role of the jury is also extended with respect to the evidence of children and other witnesses whose competence to testify is questioned.

In the words of Wilson J., we now accept that "[w]hile children may not be able to recount precise details and communicate the when and where of an event with exactitude, this does not mean that they have misconceived what happened to them and who did it" (*R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30,

témoigner est contestée. À son avis, rien dans le texte de l'art. 16 de la Loi ne démontre une intention de modifier la règle de common law. Je ne suis pas d'accord. Un tel résultat, à mon avis, contredirait le libellé clair de l'art. 16 de la Loi et ainsi que cette évolution qui tend à supprimer la présomption que ces témoignages sont moins fiables et à accroître l'admissibilité de témoignages d'enfants, et risquerait en fait de contrer l'objectif de la réforme législative dans ce domaine.

L'idée que, intrinsèquement, les témoignages d'enfants ne sont pas fiables est maintenant totalement écartée (*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 3; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122). Cela correspond à un courant plus général de l'évolution du droit de la preuve suivant lequel les tribunaux se sont écartés de la tendance à considérer le témoignage de certaines catégories de témoins comme intrinsèquement peu digne de foi (*Vetrovec c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 811, à la p. 823). Nous reconnaissons maintenant qu'en général, les jurés sont en mesure d'apprécier le témoignage et la crédibilité de tous les témoins, dont ceux des enfants. En conséquence, la pratique consiste de plus en plus à admettre les témoignages et, en l'absence de raisons de principe évidentes exigeant leur exclusion, à laisser au jury le soin de déterminer le poids à leur accorder (*R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577). Comme l'a signalé le juge Wilson dans *R. c. B. (G.)*, précité, aux pp. 14 et 15, c'est cette prise de conscience qui a entraîné l'abrogation de la règle de common law exigeant la corroboration du témoignage des complices dans *Vetrovec*, précité, et l'abrogation de la disposition législative exigeant la corroboration du témoignage du plaignant dans les cas de viol. L'abrogation de l'exigence de corroboration à l'art. 16 de la Loi a également contribué à élargir le rôle du jury à l'égard du témoignage d'enfants et d'autres témoins dont l'habilité à témoigner est contestée.

Selon le juge Wilson, nous reconnaissons maintenant qu'«[i]l se peut que les enfants ne soient pas en mesure de relater des détails précis et de décrire le moment ou l'endroit avec exactitude, mais cela ne signifie pas qu'ils se méprennent sur ce qui leur est arrivé et qui l'a fait» (*R. c. B. (G.)*, [1990] 2

at p. 55). This change is now reflected in the Act, as evidenced in the recent decision of this Court in *R. v. W. (R.)*, *supra*, at pp. 132-33 (*per* McLachlin J.):

The law affecting the evidence of children has undergone two major changes in recent years. The first is removal of the notion, found at common law and codified in legislation, that the evidence of children was inherently unreliable and therefore to be treated with special caution. . . . The repeal of provisions creating a legal requirement that children's evidence be corroborated does not prevent the judge or jury from treating a child's evidence with caution where such caution is merited in the circumstances of the case. But it does revoke the assumption formerly applied to all evidence of children, often unjustly, that children's evidence is always less reliable than the evidence of adults.

In addition, a number of specific concerns preceded the reform of the rules governing the reception of children's evidence. Two threads could be discerned running through this discussion. The first was a concern over the prevalence of child sexual abuse. The second was the perception that the law of evidence constituted a significant impediment to obtaining convictions in such cases. (See: N. Bala, "Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System" in W. S. Tarnopolsky, J. Whitman and M. Ouellette, eds., *Discrimination in the Law and the Administration of Justice* (1993); J. Robb and L. Kordyban, "The Child Witness: Reconciling the Irreconcilable" (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 327, at p. 328; R. J. Delisle, "D. (L.E.): Obscuring Similar Fact Evidence" (1989), 71 *C.R.* (3d) 22).

Accordingly, one of the main aims of the reform was to simplify the requirements for the reception of such evidence to facilitate its admissibility. The Report of the Committee on Sexual Offenses Against Children and Youths (the "Badgley Report"), a report of the Parliamentary Committee which was set up specifically to examine the substantive and adjectival law affecting the prosecution of sexual offenses against children, recommended that there be no special rules of

R.C.S. 30, à la p. 55). Ce changement est maintenant traduit dans la Loi, comme en témoigne l'arrêt récent de notre Cour *R. c. W. (R.)*, précité, aux pp. 132 et 133 (les motifs du juge McLachlin):

Cette partie du droit [le témoignage d'enfants] a subi deux changements importants ces dernières années. D'une part, on a aboli la notion, trouvée dans la common law et codifiée dans la législation, selon laquelle les témoignages d'enfants sont intrinsèquement peu fiables et doivent pas conséquent être traités avec un soin particulier [ . . . ] L'abrogation de telles dispositions [exigeant la corroboration du témoignage d'enfants] n'empêche pas le juge ou le jury de traiter les témoignages d'enfants avec soin lorsque les circonstances de l'affaire le justifient. Toutefois, elle met effectivement fin à l'hypothèse, autrefois appliquée à tous les témoignages d'enfants, souvent injustement, selon laquelle ceux-ci sont toujours moins fiables que les témoignages d'adultes.

Par ailleurs, un certain nombre de facteurs spécifiques ont ouvert la voie à la réforme des règles relatives à la réception du témoignage d'enfants. On pouvait, dans ce débat, distinguer deux fils conducteurs, le premier étant la préoccupation quant au nombre d'agressions sexuelles sur les enfants, le deuxième étant la perception que le droit de la preuve constituait un obstacle important à l'obtention de déclarations de culpabilité dans de tels cas. (Voir: N. Bala, «Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System» dans W. S. Tarnopolsky, J. Whitman et M. Ouellette, dir., *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice* (1993); J. Robb et L. Kordyban, «The Child Witness: Reconciling the Irreconcilable» (1989), 27 *Alta. L. Rev.* 327, à la p. 328; R. J. Delisle, «D. (L.E.): Obscuring Similar Fact Evidence» (1989), 71 *C.R.* (3d) 22).

Un des objectifs principaux de la réforme était donc de simplifier les exigences relatives à la réception de tels témoignages afin d'en faciliter l'admissibilité. Le rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes (le «rapport Badgley»), rédigé par un comité parlementaire créé précisément pour étudier le droit matériel et procédural ayant une incidence sur la poursuite en matière d'infractions sexuelles contre des enfants, recommandait

testimonial competence with respect to children. On the basis of research which made clear that conventional assumptions about the veracity and powers of articulation and recall of young children are largely unfounded, the Committee recommended that children's evidence be heard and weighed in the same manner as any other testimony. The Committee proposed the following amendments to the Act:

1. Every child is competent to testify in court and the child's evidence is admissible. The cogency of the child's testimony would be a matter of weight to be determined by the trier of fact, and not a matter of admissibility.
2. A child who does not have the verbal capacity to reply to simply framed questions could be precluded from testifying.
3. The court shall instruct the trier of fact on the need for caution in any case in which it considers that an instruction is necessary.

See: *Sexual Offenses Against Children*, vol. 1, at pp. 373-74.

These recommendations are in line with reforms to evidence law in other countries as well. For example, Rule 601 of the *U.S. Federal Rules of Evidence*, whose provisions have been adopted by a large number of states, abolishes all specific grounds of testimonial incompetence including those involving children. Everything now goes to weight. Scotland has long had a more liberal approach to the competence of child witnesses. Nonetheless, the Scottish Law Reform Commission has recently recommended widespread changes to the law affecting the evidence of children. In Australia, the competency requirements and rules about corroboration have been relaxed to varying degrees in a number of states. England and New Zealand are also contemplating reforms. Among the civil jurisdictions, France and Germany have no formal competency examinations at all for children under the age of 16. (See: J. R. Spencer and R. Flin, *The Evidence of Children* (1990), at pp. 306 *et seq.*).

qu'aucune règle spéciale ne régit la capacité de témoigner des enfants. À partir d'une étude démontrant que la plupart des hypothèses traditionnelles portant sur la véracité et la capacité d'articuler et de se souvenir d'un jeune enfant sont sans fondement, le comité a recommandé que le témoignage d'enfants soit entendu et apprécié de la même manière que tout autre témoignage. Le Comité a également proposé les modifications suivantes à la Loi:

1. Tout enfant est capable de témoigner devant un tribunal et son témoignage est recevable. La force du témoignage de l'enfant serait une question de poids que doit déterminer le juge des faits et non une question de recevabilité.
2. Un enfant qui n'a pas la capacité d'expression nécessaire pour répondre à des questions formulées simplement peut être déclaré incapable de témoigner.
3. La cour doit informer le juge des faits de la nécessité d'être prudent chaque fois qu'il estime qu'une telle mise en garde s'impose.

Voir: *Infractions sexuelles à l'égard des enfants*, vol. 1, à la p. 406.

Ces recommandations vont dans le même sens que certaines réformes du droit de la preuve adoptées à l'étranger. Ainsi, la règle 601 des *U.S. Federal Rules of Evidence*, dont les dispositions ont été adoptées par un grand nombre d'États, abolit tout motif précis d'incapacité à témoigner, y compris les motifs liés à l'enfance. Tout est maintenant question de pondération. L'Écosse a depuis longtemps adopté une position plus libérale à l'égard de la compétence des enfants témoins. Néanmoins, la Scottish Law Reform Commission a récemment recommandé que des changements soient apportés à l'ensemble du droit relatif au témoignage d'enfants. En Australie, les exigences relatives à l'habilité à témoigner et les règles relatives à la corroboration ont été assouplies à divers degrés dans un certain nombre d'États. L'Angleterre et la Nouvelle-Zélande envisagent également une réforme. Parmi les juridictions civilistes, la France et l'Allemagne n'exigent pas d'enquête formelle sur l'habilité des enfants de moins de 16 ans. (Voir: J. R. Spencer et R. Flin, *The Evidence of Children* (1990), aux pp. 306 *et suiv.*).

The reformed provisions under s. 16 of the Act still mandate an inquiry into the testimonial competence of children. Nonetheless, in my view, it is against this backdrop of reform, increased awareness of the value and reliability of children's evidence and the general trends in evidence law that s. 16 of the Act should be interpreted.

Section 16 of the Act is reproduced in its entirety as follows:

16. (1) Where a proposed witness is a person under fourteen years of age or a person whose mental capacity is challenged, the court shall, before permitting the person to give evidence, conduct an inquiry to determine

(a) whether the person understands the nature of an oath or a solemn affirmation; and

(b) whether the person is able to communicate the evidence.

(2) A person referred to in subsection (1) who understands the nature of an oath or a solemn affirmation and is able to communicate the evidence shall testify under oath or solemn affirmation.

(3) A person referred to in subsection (1) who does not understand the nature of an oath or a solemn affirmation but is able to communicate the evidence may testify on promising to tell the truth.

(4) A person referred to in subsection (1) who neither understands the nature of an oath or a solemn affirmation nor is able to communicate the evidence shall not testify.

(5) A party who challenges the mental capacity of a proposed witness of fourteen years of age or more has the burden of satisfying the court that there is an issue as to the capacity of the proposed witness to testify under an oath or a solemn affirmation. [Emphasis added.]

It is useful to compare s. 16 of the Act with its predecessor, s. 16 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10:

16. (1) In any legal proceeding where a child of tender years is offered as a witness, and such child does not, in the opinion of the judge, justice or other presiding officer, understand the nature of an oath, the evidence of such child may be received, though not given

Les dispositions modifiées de l'art. 16 de la Loi prévoient encore la tenue d'une enquête sur la capacité de témoigner des enfants. Néanmoins, c'est à mon avis dans le contexte de la réforme, d'une plus grande conscience du poids et de la fiabilité des témoignages d'enfants et des tendances générales du droit de la preuve, que l'art. 16 de la Loi doit être interprété.

Cet article est ici reproduit intégralement:

16. (1) Avant de permettre le témoignage d'une personne âgée de moins de quatorze ans ou dont la capacité mentale est mise en question, le tribunal procède à une enquête visant à déterminer si:

a) d'une part, celle-ci comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle;

b) d'autre part, celle-ci est capable de communiquer les faits dans son témoignage.

(2) La personne visée au paragraphe (1) qui comprend la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui est capable de communiquer les faits dans son témoignage témoigne sous serment ou sous affirmation solennelle.

(3) La personne visée au paragraphe (1) qui, sans comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle, est capable de communiquer les faits dans son témoignage peut témoigner sur promesse de dire la vérité.

(4) La personne visée au paragraphe (1) qui ne comprend pas la nature du serment ou de l'affirmation solennelle et qui n'est pas capable de communiquer les faits dans son témoignage ne peut témoigner.

(5) La partie qui met en question la capacité mentale d'un éventuel témoin âgé d'au moins quatorze ans doit convaincre le tribunal qu'il existe des motifs de douter de la capacité de ce témoin de comprendre la nature du serment ou de l'affirmation solennelle. [Je souligne.]

Il est utile de comparer l'art. 16 de la Loi avec son prédécesseur, l'art. 16 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, ch. E-10:

16. (1) Dans toute procédure judiciaire où l'on présente comme témoin un enfant en bas âge qui, de l'avis du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire président, ne comprend pas la nature d'un serment, le témoignage de cet enfant peut être reçu, bien qu'il ne soit pas rendu

upon oath, if, in the opinion of the judge, justice or other presiding officer, as the case may be, the child is possessed of sufficient intelligence to justify the reception of the evidence, and understands the duty of speaking the truth.

(2) No case shall be decided upon such evidence alone, and it must be corroborated by some other material evidence. [Emphasis added.]

As can be seen, under the present provisions, the need for corroboration has been repealed. For the purposes of this case, however, the relevant distinction between the old and the new provisions is that, whereas previously courts were required to determine if the child was possessed of "sufficient intelligence" to testify, they now must assess whether the child is able to "communicate the evidence". In my view, the modification is of no great significance. In fact, even under the previous provisions, there was no requirement that the trial judge assess a child's powers of perception and recollection independently of, or in addition to, the child's ability to respond to questions. As Robb and Kordyban state, *supra*, at p. 332, "[t]he 'intelligence' portion of the test would seem to mean the ability to understand questions and give intelligent answers. In short, an ability to communicate evidence was required".

This was the conclusion of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Khan* (1988), 42 C.C.C. (3d) 197. In that case, the issue was whether a child should be precluded from testifying because she was very young. Robins J.A. described the test for determining "sufficient intelligence" under the old provisions as follows, at pp. 206-7:

The test is whether the child's intellectual attainments are such that he or she is capable of understanding the simple form of questions that it can be anticipated will be asked, and is able to communicate the answer in an understandable manner. Again, the weight to be accorded the evidence is for the trier of fact.

sous serment, si, de l'avis du juge, juge de paix ou autre fonctionnaire président, selon le cas, cet enfant est doué d'une intelligence suffisante pour justifier la réception de son témoignage, et s'il comprend le devoir de dire la vérité.

(2) Aucune cause ne peut être décidée sur ce seul témoignage, et il doit être corroboré par quelque autre témoignage essentiel. [Je souligne.]

Comme on peut le remarquer, l'exigence de corroboration est aujourd'hui abolie. Pour les fins de l'espèce, toutefois, la distinction pertinente entre les anciennes et les nouvelles dispositions tient au fait que, alors qu'antérieurement ils devaient déterminer si l'enfant était doué d'une «intelligence suffisante» pour témoigner, les tribunaux doivent maintenant déterminer s'il est capable de «communiquer les faits dans son témoignage». À mon sens, la modification est sans grande importance. En fait, même en vertu des dispositions antérieures, le juge du procès n'était pas tenu d'apprécier la capacité de l'enfant de percevoir et de se souvenir, indépendamment ou en plus de sa capacité de répondre aux questions. Comme Robb et Kordyban l'indiquent, *loc. cit.*, à la p. 332, [TRADUCTION] «[I]l voit «intelligence» du critère semblerait viser la capacité de comprendre les questions et d'y répondre intelligemment. En bref, le témoin devait être capable de communiquer les faits dans son témoignage».

C'est ce qu'a conclu la Cour d'appel de l'Ontario dans *R. c. Khan* (1988), 42 C.C.C. (3d) 197. Dans cette affaire, la question était de savoir si le témoignage d'un enfant devait être exclu en raison de son très jeune âge. Le juge Robins a exposé ainsi le critère permettant de déterminer si l'enfant est doué d'une «intelligence suffisante» sous le régime des anciennes dispositions, aux pp. 206 et 207:

[TRADUCTION] Le critère est le suivant: le bagage intellectuel de l'enfant le rend-il capable de comprendre des questions formulées simplement et qui, vraisemblablement, seront posées, et de communiquer la réponse de façon compréhensible? Encore une fois, il appartient au juge des faits d'apprécier le poids du témoignage.

Robins J.A. also concluded at p. 207 that the standard under the new provisions is the same as that under the old; the language is merely clearer.

This decision was affirmed by this Court in *R. v. Khan, supra*. The Court in its reasons did not explore the interpretation given by the Court of Appeal of s. 16 of the Act beyond noting at p. 538 that “the only two requirements for reception of the evidence are sufficient intelligence and an understanding of the duty to tell the truth”. There is nothing in the reasons to suggest that Robins J.A. misunderstood the requirements mandated by the previous provisions.

The above statement correctly sets out, in my view, the nature of the inquiry under s. 16 of the Act as it previously existed. Given that legislative reform was designed in part to facilitate the reception of children’s evidence, it is unlikely that Parliament intended to make the new provisions even more stringent. The more likely scenario is that Parliament intended the test to be just what the words indicate: the ability to communicate. This interpretation does reflect the basic recommendation of the Badgley report as well as the more general evidentiary trend to remove barriers to the reception and use of evidence.

It is also reasonable to assume that Parliament was aware of both the common law requirements and decisions such as *Khan* in which “sufficient intelligence” was interpreted as simply the ability to communicate. Had Parliament intended to return to the common law test which applied before the enactment of the previous s. 16 of the Act, as my colleague suggests, one would expect it would now have clear wording to that effect. That is where I part company with my colleague. In my view, my colleague’s interpretation of the s. 16 test goes not only beyond the clear wording of the Act but also against its spirit and intent.

Le juge Robins a également conclu à la p. 207 que la norme applicable dans le cadre des nouvelles dispositions est celle qui était applicable en vertu des anciennes; le libellé est simplement plus clair.

Notre Cour a confirmé cette décision dans *R. c. Khan*, précité. Dans ses motifs, notre Cour n’a pas examiné l’interprétation de l’art. 16 de la Loi donnée par la Cour d’appel, si ce n’est pour remarquer à la p. 538 que «les deux seules exigences applicables à la réception du témoignage sont l’intelligence suffisante et une compréhension du devoir de dire la vérité». Rien dans les motifs ne donne à entendre que le juge Robins ait mal interprété les exigences que prescrivaient les dispositions précédentes.

À mon sens, cet énoncé établit correctement la nature de l’enquête prévue à l’art. 16 de la Loi dans sa forme antérieure. Comme la réforme législative a été conçue en partie pour faciliter la réception du témoignage d’enfants, il est peu probable que le Parlement ait eu l’intention de rendre les nouvelles dispositions encore plus strictes. Il est plus vraisemblable qu’il ait souhaité que le critère consiste uniquement en ce que les mots indiquent: la capacité de communiquer. Cette interprétation traduit effectivement la recommandation fondamentale du rapport Badgley de même que la tendance plus générale en matière de présentation de la preuve, qui consiste à éliminer les barrières à la réception et à l’utilisation des témoignages.

Il est également raisonnable de présumer que le Parlement était conscient des exigences de la common law et des décisions comme l’arrêt *Khan*, dans lequel l’«intelligence suffisante» a été interprétée comme étant une simple capacité de communiquer. Si le Parlement avait eu l’intention, comme ma collègue le laisse entendre, de revenir au critère de common law qui s’appliquait avant l’adoption de l’ancien art. 16 de la Loi, on s’attendrait à ce qu’il soit rédigé clairement en ce sens. C’est ici que je me démarque de ma collègue. À mon avis, son interprétation du critère de l’art. 16 non seulement excède le libellé clair de la Loi, mais va également à l’encontre de son esprit et de son objet.

The common law rules rest on the presumption that the evidence of certain classes of witnesses is inherently unreliable. To require, as my colleague does, an inquiry into perception and recollection under s. 16 of the Act is to implicitly import the presumption of unreliability back into children's evidence, the very notion which this Court has previously stated that Parliament revoked in its reforms to s. 16 (*R. v. W. (R.)*, *supra*).

Under s. 16, once the child's ability to communicate, understood as the ability to respond to questions, has been established, any limitations because of deficiencies in recollection or perception go to weight rather than admissibility. The basic ability of a child to recollect past events may often be apparent from the inquiry into the child's ability to communicate in any event. As a practical matter, if a child has no ability whatsoever to recollect past events, counsel would most likely refrain from having the child testify for the obvious reason that nothing relevant could be expected to emerge. However, the adequacy of a child's powers of perception and recollection, even if set at a low threshold, may be assessed differently by different judges. Limiting the inquiry to the ability to understand and respond to questions, as s. 16 of the Act prescribes, has the virtues of simplicity and ease of determination. This, in turn, will ensure consistency and predictability with regard to the admission of children's evidence. The rest may be left to the trier of fact.

In addition, one must not lose sight of the fact that s. 16 also governs the reception of evidence of other persons whose competence to testify is questioned. Section 16, thus, includes the evidence of those who are mentally challenged. It is perhaps in this context that it is easiest to illustrate the dangers of an interpretation which departs from the wording of the Act. There may be obvious limitations to the powers of perception and recollection among some persons whose competence is chal-

Les règles de common law reposent sur la présomption que le témoignage de certaines catégories de témoins est intrinsèquement peu fiable. Exiger, comme ma collègue le fait, la tenue d'une enquête sur la perception et le souvenir, en vertu de l'art. 16 de la Loi, revient implicitement à réintroduire la présomption de manque de fiabilité dans le témoignage d'enfants, notion que, comme notre Cour l'a antérieurement indiqué, le Parlement a abrogée dans sa réforme de l'art. 16 (*R. c. W. (R.)*, précité).

Dans le cadre de l'art. 16, une fois que la capacité de l'enfant de communiquer, soit sa capacité de répondre aux questions, est établie, toute restriction résultant de failles dans le souvenir ou la perception de l'enfant a une incidence sur le poids du témoignage et non sur son admissibilité. La capacité fondamentale d'un enfant de se souvenir d'événements passés peut de toute façon fréquemment ressortir de l'enquête sur sa capacité de communiquer. En pratique, si l'enfant est tout à fait incapable de se souvenir d'événements passés, l'avocat évitera vraisemblablement de faire témoigner l'enfant pour la simple raison qu'il y a peu de chance que des éléments pertinents en ressortent. Par contre, la capacité d'un enfant de percevoir et de se souvenir, même si elle est fixée à un seuil peu élevé, peut être appréciée différemment par différents juges. Une enquête limitée à la capacité de l'enfant de comprendre les questions et d'y répondre, comme le prescrit l'art. 16 de la Loi, offre l'avantage d'être simple et facile à trancher. Ces avantages garantiront à leur tour une certaine uniformité et prévisibilité dans l'admission des témoignages d'enfants. Le reste peut être laissé au juge des faits.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que l'art. 16 régit également la réception du témoignage d'autres personnes dont l'habilité à témoigner est mise en question. Ainsi, il s'applique au témoignage de ceux qui souffrent de déficiences mentales. C'est peut-être dans ce contexte qu'on peut le plus facilement illustrer les dangers d'une interprétation qui s'écarte du libellé de la Loi. Il peut exister des limites évidentes au pouvoir de percevoir et de se souvenir chez certaines personnes



lenged. One may erroneously conclude that, because of these limitations, the witness has nothing useful to disclose about the events at issue. However, it is well documented that handicapped persons suffer from a very high incidence of abuse. The exclusion of such evidence may often render prosecution impossible, with the consequence that abusers could continue to prey on such victims without fear of being called to account for their actions. If such cases are not to be removed from the triers of fact for lack of evidence, courts must refrain from interpreting statutory provisions in a manner that imposes additional barriers to the reception of such evidence, which is precisely what the Act aims to prevent. Consequently, the appellant's submission on this point must be rejected.

#### Warning Regarding the Child's Evidence

As to the further argument that the trial judge's charge to the jury about the dangers surrounding Debbie-Ann's evidence was inadequate, I share my colleague's opinion that the charge to the jury was adequately crafted to warn the jury of the frailties of Debbie-Ann's testimony and the danger of convicting on that basis alone. In her initial charge, the trial judge articulated the concerns of the defence, stating:

For the defence, Mr. Harris takes the position that you must look at the type of burn. You must regard the child's evidence with great caution and urges you, as indeed I do, to take a common sense approach.

She strengthened this warning in the recharge in the following terms:

You will understand that as a matter of common sense that to convict on the unconfirmed and unsworn evidence of a child witness is fraught with dangers and in that you must use your common sense and all the evidence before you.

In addition, the jury was warned that the child was unsworn and instructed that, because of her

dont l'habilité est mise en doute. On pourrait erronément conclure qu'en raison de ces limites, le témoin n'a rien d'utile à communiquer sur les événements en cause. Cependant, il est amplement démontré que les personnes handicapées sont fréquemment victimes de mauvais traitements. L'exclusion de leur témoignage risque souvent de rendre la poursuite impossible, ce qui permet aux agresseurs de continuer à s'attaquer à leur victime sans crainte d'avoir à répondre de leurs actes. Pour éviter que ce genre d'affaires ne soient soustraites à l'appréciation des juges des faits pour insuffisance de preuve, les tribunaux doivent se garder d'interpréter les dispositions législatives de manière à créer des obstacles supplémentaires à la réception de tels témoignages, situation que la Loi cherche précisément à éviter. La prétention de l'appelante sur cette question doit donc être rejetée.

#### Mise en garde à l'égard du témoignage de l'enfant

Quant à l'argument de l'appelante selon lequel l'exposé du juge du procès au jury sur les dangers entourant le témoignage de Debbie-Ann n'était pas suffisant, je partage l'opinion de ma collègue que l'exposé a été élaboré correctement de façon à mettre le jury en garde contre les faiblesses du témoignage de Debbie-Ann et les dangers de déclarer l'accusée coupable sur ce seul fondement. Dans son premier exposé, le juge du procès a énoncé ainsi les préoccupations exprimées par la défense:

[TRADUCTION] Pour la défense, M. Harris soutient que vous devez considérer la nature de la brûlure, que vous devez considérer le témoignage de l'enfant avec une grande prudence, et il vous demande, comme moi, de faire preuve de bon sens.

Elle a renforcé cette mise en garde de la façon suivante dans son deuxième exposé:

[TRADUCTION] Vous comprenez qu'il va de soi que déclarer coupable sur la foi du témoignage non corroboré et sans serment d'un témoin enfant comporte de nombreux dangers et qu'il faut recourir au bon sens et utiliser l'ensemble de la preuve qui vous a été présentée.

De plus, le juge a souligné dans ses directives aux jurés que l'enfant n'était pas assermentée et

prior inconsistent statement, they were entitled to discredit her testimony. I conclude on this entire point that no error can be found with respect to any aspect of the admission of the child's evidence in this case.

### Expert Evidence

Four grounds must be addressed with respect to the admission of expert evidence: first, the admissibility of the testimony of experts outside the particular areas in which they were qualified; second, Dr. Mian's evidence of Debbie-Ann's "pseudo-mature" behaviour; third, whether the Crown's cross-examination of Dr. Mian regarding Debbie-Ann's prior inconsistent statement violated the rule against oath helping; and fourth, whether the cross-examination of Dr. Turrall was prejudicial to the appellant.

As to the first ground, I am in agreement with my colleague that the opinion evidence of Dr. Mian, Dr. Zuker and Dr. Campbell, while, in some instances, outside the specific areas in which each had been qualified, was properly admitted in this case. As I will discuss in more detail below, the function of an expert is to assist the trier of fact in drawing inferences about matters which lie beyond common experience. In the present case, each of the doctors whose evidence was challenged was engaged in medical work which allowed them to form clinical opinions about the causes of injuries, such as those of Debbie-Ann, which could be of use to the jury. As such, their evidence falls well within the criteria for the reception of expert evidence.

Turning to the second ground, in this case, Dr. Mian gave evidence that Debbie-Ann's "pseudo-mature" or unusually compliant behaviour was behaviour that she had observed among children living in an unsafe home environment. Despite the fact that Dr. Mian was qualified to give evidence about the characteristics of abused children, the appellant takes the position that this evidence was prejudicial because it amounted to evidence of the

qu'en raison de sa déclaration antérieure incompatible, ils pouvaient ne pas ajouter foi à son témoignage. Je conclus, sur ce point, qu'aucune erreur n'a été commise sur les différents aspects de l'admission du témoignage de l'enfant en l'espèce.

### Témoignage d'expert

En ce qui concerne l'admission du témoignage d'expert, quatre éléments doivent être étudiés: premièrement, l'admissibilité du témoignage d'expert qui excède les domaines dans lesquels ce dernier est qualifié; deuxièmement, le témoignage du Dr Mian sur le comportement «pseudo-mature» de Debbie-Ann; troisièmement, la question de savoir si le contre-interrogatoire du Dr Mian par le ministère public sur la déclaration antérieure incompatible de Debbie-Ann a violé la règle interdisant le témoignage justificatif; et quatrièmement, la question de savoir si le contre-interrogatoire du Dr Turrall a causé un préjudice à l'appelante.

Quant au premier point, j'estime, comme ma collègue, que les témoignages d'opinion des Drs Mian, Zuker et Campbell, s'ils outrepassaient dans certains cas les domaines précis dans lesquels les médecins étaient qualifiés, ont été correctement admis en l'espèce. Comme je le commenterai plus amplement ci-après, la fonction d'un expert consiste à aider le juge des faits à tirer des conclusions à l'égard de questions qui débordent l'expérience ordinaire. Dans la présente affaire, tous les médecins dont le témoignage a été contesté travaillaient dans un domaine médical leur permettant de se former des opinions médicales sur les causes de blessures comme celle de Debbie-Ann, opinions de nature à être utiles au jury. À ce titre, leur témoignage répond tout à fait au critère de recevabilité du témoignage d'expert.

En ce qui concerne la deuxième question, le Dr Mian a témoigné qu'elle avait observé le comportement «pseudo-mature», ou anormalement docile de Debbie-Ann, chez des enfants qui vivaient dans un environnement familial à risques. En dépit du fait que le Dr Mian était qualifiée pour témoigner sur les caractéristiques des enfants maltraités, l'appelante soutient que ce témoignage lui a causé préjudice parce qu'il équivalait à une preuve de mau-

appellant's bad character in the guise of expert opinion. The appellant argues that it should not have been admitted or, in the alternative, that the trial judge should have instructed the jury to disregard such evidence. McLachlin J. has concluded that this was evidence of bad character or similar acts which could serve no purpose except to suggest that the appellant had systematically abused the child. I disagree.

The determination of this issue requires an examination of the principles surrounding the admission of expert evidence. The general rule with regard to expert evidence can be stated quite simply. As Wilson J. summarized the law in *R. v. Lavallee*, [1990] 1 S.C.R. 852, at p. 889:

Expert testimony is admissible to assist the fact-finder in drawing inferences in areas where the expert has relevant knowledge or experience beyond that of the lay person.

See also *R. v. Béland*, [1987] 2 S.C.R. 398, at p. 415; Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at pp. 536-37. Expert evidence is permitted as an exception to the usual rule excluding opinion evidence in recognition of the fact that the average person, even if given information, may not possess the necessary knowledge in some cases to assess its significance or draw the correct inferences in a particular context (*R. v. Abbey*, [1982] 2 S.C.R. 24, at p. 42).

In the present case, Dr. Mian was qualified as an expert in child abuse. That is to say, one of her primary functions as an expert was to inform the jury about the nature of child abuse and those aspects of it, in particular, which would normally lie outside the area of common or generally held knowledge. As this Court recognized in *R. v. Lavallee*, *supra*, such information may be particularly important where behavioural characteristics run counter to our intuitive notions of what constitutes "normal" human responses in certain situations. The logic beneath this is readily apparent: if the trial process is a search for the truth, then misplaced assumptions about human behaviour which

vais caractère par le truchement d'une opinion d'expert. L'appelante soutient que le témoignage n'aurait pas dû être admis ou, subsidiairement, que le juge du procès aurait dû ordonner au jury de ne pas en tenir compte. Le juge McLachlin a conclu qu'il s'agissait d'une preuve de mauvais caractère ou d'actes similaires qui ne pourrait servir aucune fin si ce n'est de laisser entendre que l'appelante avait systématiquement maltraité l'enfant. Je ne suis pas d'accord.

Pour trancher cette question, il est nécessaire d'examiner les principes qui sous-tendent l'admission du témoignage d'expert. La règle générale en cette matière s'énonce très simplement. Le juge Wilson a résumé le droit dans *R. c. Lavallee*, [1990] 1 R.C.S. 852, à la p. 889:

Le témoignage d'expert est admissible pour aider le juge des faits à faire des inférences dans des domaines où l'expert possède des connaissances ou une expérience pertinentes qui dépassent celles du profane.

Voir également *R. c. Béland*, [1987] 2 R.C.S. 398, à la p. 415; Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), aux pp. 536 et 537. Le témoignage d'expert est permis à titre d'exception à la règle générale excluant les témoignages d'opinion. On reconnaît ainsi que, même si elle reçoit l'information, la personne ordinaire peut ne pas posséder la connaissance nécessaire dans certains cas pour apprécier l'importance de l'information ou pour tirer des inférences justes dans un contexte particulier (*R. c. Abbey*, [1982] 2 R.C.S. 24, à la p. 42).

En l'espèce, le Dr Mian était reconnue comme expert en enfance maltraitée. Cela signifie que l'une de ses principales fonctions à titre d'expert consistait à renseigner le jury sur la nature des mauvais traitements infligés aux enfants et sur leurs aspects, en particulier sur ceux qui dépasseraient normalement la connaissance ordinaire ou habituelle. Comme notre Cour l'a reconnu dans *R. c. Lavallee*, précité, de tels renseignements peuvent être particulièrement importants lorsque des caractéristiques du comportement ne correspondent pas à nos notions intuitives de ce qui constitue des réactions humaines «normales» à certaines situations. La logique qui sous-tend cela est évi-

drive the trier of fact to draw incorrect inferences from the evidence must be unmasked if this process is not to be subverted rather than furthered.

At no time did Dr. Mian state, as the appellant alleges, that Debbie-Ann's behaviour was indicative that she was living in an unsafe environment or was a victim of long-term abuse. Rather, Dr. Mian's testimony was couched in less absolute terms; she simply stated that she had seen such behaviour among abused children. But even if Dr. Mian had clearly stated that this was the conclusion that she drew from her assessment of Debbie-Ann, as an expert, it was an opinion she was entitled to put forward. Her observation was merely one piece of information, among many others which the jury could either admit or reject in the process of coming to its determination about what really happened to Debbie-Ann.

As to the alleged inferences from Dr. Mian's testimony of the appellant's bad character, Dr. Mian's evidence of pseudo-mature or passive behaviour related to the characteristics of Debbie-Ann, not to those of the appellant. Nor was the evidence adduced to demonstrate any propensity of the appellant to commit acts similar to the one at issue. Since Dr. Mian's opinion was confined to the responses of Debbie-Ann, it was incapable of doing so. The testimony did not implicate the appellant except in the inferential manner that much expert testimony, of necessity, corroborates the theory of either the Crown or the defence. If one were to adopt the view that such evidence must be categorized as going to the bad character of the accused, and hence excluded except where the accused has put his or her character in issue, then all evidence which relates to the responses of abused children would have to be routinely excluded at trial. This is not the law nor should it be.

Moreover, this Court has already made clear in *R. v. B. (G.)* (1988), 65 Sask. R. 134 (C.A.), aff'd

dente: si le procès est une recherche de la vérité et si on veut faciliter, au lieu de fausser, ce processus de recherche, il faut faire la lumière sur les hypothèses inexactes relatives au comportement humain qui amènent le juge des faits à tirer de la preuve des conclusions erronées.

Le Dr Mian n'a jamais déclaré, comme l'appelante le soutient, que le comportement de Debbie-Ann indiquait qu'elle vivait dans un environnement à risques ou qu'elle était victime depuis longtemps de mauvais traitements. Le témoignage du Dr Mian était plutôt conçu en des termes moins absolus; elle a simplement indiqué qu'elle avait observé ce genre de comportement chez des enfants maltraités. Mais même si le Dr Mian avait clairement déclaré qu'elle tirait cette conclusion de son évaluation de Debbie-Ann, à titre d'expert elle était en droit d'exprimer une telle opinion. Son commentaire ne représentait qu'un élément d'information, parmi plusieurs autres, qu'il était loisible au jury d'admettre ou de rejeter pour déterminer ce qui était vraiment arrivé à Debbie-Ann.

Quant aux conclusions qu'on aurait tirées du témoignage du Dr Mian sur le mauvais caractère de l'appelante, le témoignage du Dr Mian sur le comportement pseudo-mature ou passif visait les caractéristiques de Debbie-Ann, et non celles de l'appelante. En outre, le témoignage ne visait pas à démontrer la propension de l'appelante à commettre des actes similaires à celui en cause et il ne pouvait pas le faire puisque l'opinion du Dr Mian se limitait aux réponses de Debbie-Ann. Le témoignage n'impliquait pas l'appelante, si ce n'est par déduction en ce que la plupart des témoignages d'experts corroborent nécessairement soit la théorie du ministère public soit celle de la défense. Affirmer qu'un tel témoignage doit être caractérisé comme preuve de mauvais caractère d'un accusé, et qu'il doit donc être exclu sauf dans les cas où l'accusé a mis son caractère en cause, reviendrait à dire que tous les témoignages relatifs aux réponses des enfants maltraités devraient être systématiquement exclus au procès. Tel n'est pas le droit, ni ne devrait l'être.

D'ailleurs, notre Cour a déjà précisé dans *R. c. B. (G.)* (1988), 65 Sask. R. 134 (C.A.), conf. par R.

*R. v. B. (G.)*, *supra*, at p. 55, that expert opinion explaining the psychological and physical impact of abuse on children is "well within the bounds of acceptable and admissible testimony". Wakeling J.A. for the Court of Appeal in that case reviewed the jurisprudence relating to expert opinion on the behaviour of abused children. Referring to the decision of Cory J.A., then of the Ontario Court of Appeal, in *R. v. Taylor* (1986), 18 O.A.C. 219, he concluded that evidence which supports a determination of credibility based on statistical probability is not admissible, as such evidence can serve no purpose except to bolster the credibility of the witness. (See also *R. v. J. (F.E.)* (1990), 74 C.R. (3d) 269 (Ont. C.A.), at p. 276). This conclusion is consistent with the reasoning in this Court's decision to exclude polygraph evidence in *Béland*, *supra*. However, Wakeling J.A. distinguished this type of evidence from the evidence found admissible by the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Beliveau* (1986), 30 C.C.C. (3d) 193, as follows, at p. 149:

On the other hand, I see no objection to expert testimony which does nothing more, as was the case in *Beliveau*, than show that psychological and physical conditions which occurred were consistent with sexual abuse, a factor which might otherwise be nothing more than conjecture or speculation on the part of the judge or jury. The trial judge's conclusions are always at least twofold in nature, one requiring a determination of whether the offence occurred, and the second whether the accused was the perpetrator of the offence. If expert testimony is available to corroborate either of these conclusions, it should be accepted by the trial judge as a welcome assistance to what is always a difficult task, but is even more difficult when the incident involves reliance upon the evidence of children. [Emphasis added.]

My colleague concludes that, because there was no evidence of long-term abuse in the present case, the evidence of Dr. Mian could only go to the character of the appellant or similar fact evidence. I disagree. The fact that no long-term abuse was alleged does not, in my opinion, transform expert evidence on the characteristics of abused children into evidence of an accused's character. The pres-

*c. B. (G.)*, précité, à la p. 55, que l'opinion d'expert qui explique les conséquences psychologiques et physiques de mauvais traitements sur des enfants s'inscrit «bien dans les limites d'un témoignage acceptable et admissible». Dans cette affaire, le juge Wakeling de la Cour d'appel avait passé en revue la jurisprudence traitant de l'opinion d'expert sur le comportement d'enfants maltraités. Renvoyant aux motifs du juge Cory, alors de la Cour d'appel de l'Ontario, dans *R. c. Taylor* (1986), 18 O.A.C. 219, il a conclu que la preuve à l'appui d'une conclusion sur la crédibilité fondée sur des probabilités statistiques n'était pas admissible puisqu'elle ne pouvait servir qu'à étayer la crédibilité du témoin. (Voir également *R. c. J. (F.E.)* (1990), 74 C.R. (3d) 269 (C.A. Ont.), à la p. 276.) Cette conclusion rejoint le raisonnement qui soutient la décision de notre Cour d'exclure la preuve obtenue par détecteur de mensonges dans *Béland*, précité. Toutefois, le juge Wakeling a distingué, dans les termes suivants, cette forme de preuve de celle qui avait été déclarée admissible par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *R. c. Beliveau* (1986), 30 C.C.C. (3d) 193, à la p. 149:

[TRADUCTION] D'autre part, je ne vois aucune objection au témoignage d'expert qui ne fait rien de plus, comme c'était le cas dans *Beliveau*, que démontrer que les conditions psychologiques et physiques remarquées sont compatibles avec une agression sexuelle, un facteur qui pourrait autrement être pure conjecture ou spéculation de la part du juge ou du jury. Les conclusions du juge du procès comportent toujours au moins deux volets, l'un obligeant ce dernier à déterminer si l'infraction a été commise, et le deuxième si l'accusé a commis l'infraction. Si un témoignage d'expert peut corroborer l'une de ces conclusions, il devrait être accepté par le juge du procès comme une aide précieuse à ce qui constitue toujours une tâche difficile, mais plus difficile encore lorsque l'incident oblige le juge à se fier au témoignage d'enfants. [Je souligne.]

Ma collègue conclut que, puisqu'en l'espèce il n'y avait aucune preuve de mauvais traitements infligés sur une longue période, le témoignage du Dr Mian devait être considéré comme une preuve du caractère de l'appelante ou une preuve de faits similaires. Je ne suis pas d'accord. Le fait qu'on n'ait pas allégué de mauvais traitements sur une longue période ne transforme pas, à mon avis, le

ence of abuse on that one occasion was the central issue of this case. The question was whether the abuse occurred at all, not how many times or over what period of time. On this basis, the relevance of expert testimony about child abuse was clearly established. (I would also point out that in *R. v. B. (G.)* only one incident of abuse was alleged.) Furthermore, the defence here made no objection to the introduction of this evidence but actively participated in exploring the basis of Dr. Mian's concerns. In my opinion, there can be no question that Dr. Mian's evidence concerning Debbie-Ann's reactions falls squarely within the legitimate function of an expert in assisting the trier of fact. Accordingly, the appellant's submission on this issue cannot stand.

The appellant further submits however, that, as issues of credibility are properly within the domain of the trier of fact, expert evidence which relates to the credibility of a witness offends the rule against oath helping. Therefore, Dr. Mian's opinion about the truth of Debbie-Ann's statement to her when admitted to the hospital, i.e., that she burnt herself with a lighter, was inadmissible. Alternatively, the appellant argues that the jury should have been instructed about the limited use they could make of such a statement.

My colleague has recommended that the three conditions set out by Professor A. Mewett in the editorial "Credibility and Consistency" (1991), 33 *Crim. L.Q.* 385, at p. 386, be adopted in cases such as this: the court must require that the witness be an expert in the particular area of human conduct in question; the evidence must be of the sort that the jury needs because the problem is beyond their ordinary experience; and the jury must be carefully instructed as to its function and duty in making the final decision without being unduly influenced by

témoignage d'expert sur les caractéristiques des enfants maltraités en une preuve du caractère de l'accusée. La présente affaire portait principalement sur la question de l'existence de mauvais traitements à cette seule occasion. La question était de savoir si des mauvais traitements avaient été infligés, et non à combien de reprises ou pendant combien de temps. Pour ce motif, la pertinence du témoignage d'expert sur les mauvais traitements infligés aux enfants a été clairement établie. (Je soulignerais également que *R. c. B. (G.)* concernait un seul incident allégué de mauvais traitements). De plus, la défense en l'espèce n'a non seulement soulevé aucune objection à l'introduction de ce témoignage, mais a participé activement à l'examen du fondement des inquiétudes du Dr Mian. À mon avis, il n'y a pas de doute que le témoignage du Dr Mian sur les réactions de Debbie-Ann fait partie intégrante de la fonction légitime d'un expert, qui consiste à assister le juge des faits. En conséquence, la prétention de l'appelante sur cette question ne peut être accueillie.

Toutefois, l'appelante soutient aussi que, puisque les questions de crédibilité relèvent à juste titre du juge des faits, le témoignage d'expert relatif à la crédibilité d'un témoin va à l'encontre de la règle interdisant le témoignage justificatif. Par conséquent, l'opinion qu'a exprimée le Dr Mian sur la véracité de la déclaration que Debbie-Ann lui a faite à son admission à l'hôpital, c'est-à-dire qu'elle s'était brûlée avec un briquet, était inadmissible. Subsidiairement, toujours selon l'appelante, le jury aurait dû être instruit sur l'utilisation restreinte qu'il pouvait faire d'une telle déclaration.

Ma collègue a recommandé que les trois conditions énoncées par le professeur A. Mewett dans l'éditorial «Credibility and Consistency» (1991), 33 *Crim. L.Q.* 385, à la p. 386, soient adoptées dans des cas comme celui-ci: le tribunal doit exiger que le témoin soit un expert dans le domaine précis du comportement humain en question; le témoignage doit être de ceux dont le jury a besoin parce que la question dépasse son expérience ordinaire; et le jury doit être soigneusement instruit quant à sa fonction et à son obligation de rendre la déci-

the expert nature of the evidence. I agree and find that they have been respected in this case. My colleague, however, goes on to conclude that Dr. Mian's evidence crossed the boundary of permissible expert opinion and usurped the function of the jury in determining the credibility of Debbie-Ann. Here I must disagree.

It is important here to set out the sequence of events that led to the comments that the appellant now claims are prejudicial. Although Dr. Mian was a Crown witness, the defence itself called Dr. Mian to testify as to Debbie-Ann's statement that she had burned herself while playing with a lighter since, by the time of the trial, the child herself could not recall having given such a statement. Given the introduction of the statement to undermine Debbie-Ann's credibility, the Crown, then, was entitled to call evidence to rehabilitate the witness's credibility.

At that point, on cross-examination, Dr. Mian testified that children who are abused will often, particularly close to the time of their admission to hospital, go along with the "official story" and give an explanation that the injury was caused by an accident. Later on, they will give a story in a more convincing manner that is more consistent with the injury. Dr. Mian explained several possible reasons for this behaviour. The initial denial may be related to the child's need to fall in with the abuser to avoid further abuse. The child may have been overtly programmed by the caretaker or the child may simply sense that he or she should not tell what happened. In addition, it is often common for children to feel that they themselves have done something to bring on the abusive behaviour, and that, if they tell what has really happened, they will be in danger of more abuse from the person about whom the information is disclosed.

For the reasons which I have outlined above, this information was admissible as expert opinion relating to the characteristics of abused children. It was vitally important background which set the

sion finale sans être indûment influencé par la nature experte du témoignage. Je suis d'accord et je conclus que ces conditions ont été respectées en l'espèce. Toutefois, ma collègue conclut en outre que, par son témoignage, le Dr Mian a franchi la limite de l'opinion d'expert permise et a usurpé la fonction du jury de déterminer la crédibilité de Debbie-Ann. Je ne peux souscrire à cette conclusion.

Il est important à cette étape-ci de décrire la série d'événements qui ont provoqué les commentaires qui, soutient maintenant l'appelante, lui sont préjudiciables. Bien que le Dr Mian ait été un témoin à charge, la défense elle-même l'a appelée à témoigner sur la déclaration de Debbie-Ann selon laquelle elle s'était brûlée en jouant avec un briquet puisque, au moment du procès, l'enfant elle-même ne pouvait se souvenir avoir fait une telle déclaration. Comme la déclaration a été introduite afin de miner la crédibilité de Debbie-Ann, le ministère public était alors en droit de produire une preuve visant à la rétablir.

À ce moment-là, lors du contre-interrogatoire, le Dr Mian a témoigné que des enfants maltraités, surtout peu après leur admission à l'hôpital, adoptent fréquemment la «version officielle» et expliquent que la blessure a été causée par un accident. Plus tard, ils offrent un récit plus convaincant et plus compatible avec la blessure. Le Dr Mian a énoncé plusieurs raisons pouvant justifier ce comportement. La négation initiale peut être liée au besoin de l'enfant d'adopter la version de l'agresseur afin d'éviter d'autres mauvais traitements. L'enfant peut avoir été ouvertement conditionné par la personne qui en prend en soin ou sent peut-être simplement qu'il ne devrait pas raconter ce qui s'est produit. En outre, il arrive fréquemment que les enfants pensent que c'est leur comportement qui a provoqué les mauvais traitements et que, s'ils racontent ce qui s'est réellement produit, ils risquent d'être maltraités par la personne à qui ils font part des événements.

Pour les motifs que j'ai déjà exposés, cette information était admissible à titre d'opinion d'expert sur les caractéristiques des enfants maltraités. Ces renseignements généraux de première impor-

context to understand Debbie-Ann's behaviour, including her prior inconsistent statement. It is information which illustrates why a child might initially after an incident of abuse recount a version of events which is at variance with what actually happened. In a sense it is information which can be compared to such well-recognized phenomena among victims of sexual abuse or domestic violence as recantation of the reported assaults and delay in reporting which also, if weighed without knowledge of the particular context in which they occur, reflect negatively on the credibility of the witness.

In my view, Dr. Mian's evidence bears no comparison with the polygraph evidence that this Court held should be excluded in *Béland, supra*, or the statistical evidence that children tend not to lie about abuse that was at issue in *Taylor, supra*. Dr. Mian's evidence was not tendered for the sole purpose of providing the jury with the answer to the question they had to decide. Rather, the information was tendered for the larger purpose of assisting the jury in understanding why a child might react in a certain way if he or she were abused. The jury, as trier of fact, was left with the ultimate assessment of the credibility of both of Debbie-Ann's statements.

Dr. Mian did not, at any point, state that she thought Debbie-Ann was lying, nor did she, contrary to my colleague's assertion, comment at all as to whether Debbie-Ann's contradictory statement at trial was true. She merely said that she was "suspicious", "surprised" and "concerned" about Debbie-Ann's initial response in the circumstances. In short, she stated that Debbie-Ann's reactions alerted her. She reported that Debbie-Ann was unusually cooperative, her conversation was extremely flat without affect, feeling or concern. When she proceeded to ask her if anyone had hurt her, Debbie-Ann shut her out, repeating "nobody, nobody". Moreover, Dr. Mian found the burn inconsistent with the story. She stated that,

tance établissaient le contexte permettant de comprendre le comportement de Debbie-Ann, y compris sa déclaration antérieure incompatible. Ils illustraient aussi la raison pour laquelle un enfant pourrait, après avoir été victime de mauvais traitements, donner une version des événements qui diffère de ce qui s'est réellement produit. Dans un sens, ces renseignements peuvent être comparés à des réactions bien reconnues chez les victimes d'agression sexuelle ou de violence familiale, comme la rétractation des agressions rapportées et le retard à les rapporter, des réactions qui, si elles sont appréciées sans connaissance du contexte particulier dans lequel elles sont survenues, ont également un effet négatif sur la crédibilité du témoin.

À mon avis, le témoignage du Dr Mian ne se compare aucunement à la preuve obtenue par détecteur de mensonges qui, selon notre Cour dans *Béland*, précité, devait être exclue, ni à la preuve fondée sur des statistiques indiquant que les enfants ont tendance à ne pas mentir au sujet de mauvais traitements, comme c'était le cas dans l'arrêt *Taylor*, précité. Le témoignage du Dr Mian n'a pas été présenté à la seule fin de fournir au jury la réponse à la question qu'il devait trancher. Les renseignements étaient offerts pour aider le jury à comprendre la raison pour laquelle un enfant pourrait réagir d'une certaine façon s'il était victime de mauvais traitements. C'est au jury, comme juge des faits, que revenait l'appréciation finale de la crédibilité des deux déclarations de Debbie-Ann.

Le Dr Mian n'a à aucun moment déclaré qu'elle estimait que Debbie-Ann mentait et, contrairement à l'affirmation de ma collègue, n'a fait aucun commentaire sur la véracité de la déclaration incompatible de Debbie-Ann au procès. Elle s'est contentée de dire qu'elle «doutait» et qu'elle «était surprise» et «inquiète» de la réponse initiale de Debbie-Ann dans les circonstances. Bref, elle a affirmé que les réactions de Debbie-Ann l'avaient intriguée. Elle a indiqué que Debbie-Ann était anormalement coopérative, que sa conversation était extrêmement terne, indifférente, sans émotion ni intérêt. Lorsqu'elle lui a demandé si quelqu'un lui avait fait mal, Debbie-Ann l'a interrompue, répétant [TRANSDUCTION] «personne, personne». En outre, le Dr



based on these reactions, even without the questions raised by the physical evidence of the burn, she would have been "somewhat . . . concerned if not suspicious".

Issues such as denial, protection of the abusing parent and untimely or incomplete disclosure, which are intimately related to questions of credibility, lie at the heart of child abuse. In fact, as they often form the core reactions to abuse, credibility will often be the very issue to be decided. The difficulty in this case arises because, not only was Dr. Mian an expert on child abuse, testifying about its general characteristics, but she was also Debbie-Ann's examining physician. This made it difficult, if not impossible, for her to avoid testifying in a manner that touched, however slightly, on Debbie-Ann's credibility. However, the relevance of her testimony does not lie in whether or not Dr. Mian thought Debbie-Ann was lying, but rather in her knowledge of the characteristics of abused children which led her to the conclusion that Debbie-Ann may not have been disclosing the truth about her injury.

The jury was explicitly instructed by the trial judge that it remained the sole judge as to the credibility of Debbie-Ann's statement. Moreover, the trial judge instructed the jury that they were entitled to draw an inference adverse to the Crown from Debbie-Ann's prior inconsistent statement:

The fact that a witness has on a prior occasion made a statement or statements that are contradictory to her evidence at this trial goes to the credibility or the truthfulness of a witness. The testimony of a witness may be discredited in whole or in part by showing that she previously made a statement which is inconsistent with her present testimony. . . . You are the sole judges as to whether there has been a contradiction of an earlier statement by the witness and the effect, if any, of such contradiction on the witness' credibility. [Emphasis added.]

Although I acknowledge that it was an error to instruct the jury that it was Dr. Mian's opinion that

Mian a conclu que la brûlure ne cadrait pas avec le récit. Selon elle, ces réactions, même en l'absence des questions soulevées par la preuve matérielle de la brûlure, auraient suscité chez elle [TRADUCTION] «une certaine inquiétude, sinon des soupçons».

Des phénomènes comme la dénégation, la protection du parent qui inflige les mauvais traitements et la divulgation inopportune ou incomplète, qui ont un lien très étroit avec la crédibilité, sont au cœur du problème de l'enfance maltraitée. En fait, comme ce sont fréquemment les réactions principales aux mauvais traitements, la véritable question à trancher aura souvent trait à la crédibilité. La difficulté, en l'espèce, tient à ce que le Dr Mian était non seulement un expert en enfance maltraitée qui témoignait sur ses caractéristiques générales, mais était également le médecin traitant de Debbie-Ann. Il lui était donc difficile, sinon impossible, dans son témoignage, de ne pas toucher, bien que légèrement, à la crédibilité de Debbie-Ann. Toutefois, la pertinence de son témoignage ne tient pas à ce qu'elle estimait ou non que Debbie-Ann mentait, mais plutôt à sa connaissance des caractéristiques des enfants maltraités, qui lui a permis de conclure qu'il était possible que Debbie-Ann n'ait pas révélé la vérité au sujet de sa blessure.

Le juge du procès a explicitement indiqué au jury qu'il demeurerait le seul juge de la crédibilité de la déclaration de Debbie-Ann, et qu'il pouvait tirer de sa déclaration antérieure incompatible une conclusion contraire à celle du ministère public:

[TRADUCTION] Le fait qu'un témoin a antérieurement fait une déclaration ou des déclarations qui contredisent son témoignage au procès affecte sa crédibilité ou sa sincérité. La déposition du témoin peut être discréditée en tout ou en partie s'il est démontré que le témoin a antérieurement fait une déclaration incompatible avec son présent témoignage [ . . . ] Vous êtes seuls juges pour déterminer si le témoin a contredit une déclaration antérieure et l'effet, le cas échéant, d'une telle contradiction sur sa crédibilité. [Je souligne.]

Même si je reconnais que c'était une erreur de dire au jury que le Dr Mian était d'avis que

Debbie-Ann was an abused child, since Dr. Mian did not in fact make such a statement, this error must be considered in light of the entire charge to the jury and the specific direction the trial judge gave to the jury not to decide the case in terms of child abuse but to focus on the assault under consideration. The trial judge, after commenting on the increased visibility of child abuse in the community as a general phenomenon, clearly reminded the jury about the real question they had to decide:

Now, having said that about child abuse, it is a very inflammatory subject and term; I caution you that you must consider your verdict in terms of the application of intentional force rather than child abuse.

Furthermore, the defence did not object to the trial judge's characterization of Dr. Mian's opinion, despite objections to several other aspects of the charge to the jury, including the weight to be given to the testimony of experts outside the narrow confines of their expertise. This suggests that the defence at that time was not concerned about any prejudice which might result from such a directive. This is hardly surprising, in my view, in light of the theories both the Crown and defence advocated at trial. Both the Crown and the defence pointed out that there was no suggestion that Debbie-Ann had been abused on more than the occasion in question. No theory of long-term abuse was propounded by either side and, in my view, the jury clearly understood that this was not the issue before them. As the trial judge pointed out:

The fact is, I believe, that there is evidence before you to suggest this may well, if indeed it occurred as the Crown says, have been an isolated incident. The child was otherwise well nourished, well cared for, clearly loved by Mrs. Marquard, and indeed the child said, I believe, that she loved her nanna and wanted to see her again. That is quite apart from the issue that you must decide.

Considering the totality of the charge to the jury, as one must, in my view the jury cannot have been

Debbie-Ann était maltraitée puisque, en réalité, le médecin n'a pas fait une telle déclaration, cette erreur doit être considérée dans le contexte de l'ensemble de l'exposé au jury et de la directive spécifiquement donnée par le juge du procès au jury de ne pas trancher l'affaire sur le plan des mauvais traitements, mais de se concentrer sur les voies de fait en cause. Après avoir commenté le phénomène général de la visibilité accrue de l'enfance maltraitée dans la société, le juge du procès a expressément rappelé au jury la véritable question qu'il devait trancher:

[TRADUCTION] Toujours en ce qui concerne l'enfance maltraitée, il s'agit d'un sujet et d'un terme très controversés; je vous demande de veiller à considérer votre verdict sous l'angle de l'utilisation de la force intentionnelle plutôt que des mauvais traitements.

Par ailleurs, la défense ne s'est pas opposée à la qualification par le juge du procès de l'opinion du Dr Mian, alors qu'elle s'est opposée à plusieurs autres aspects de l'exposé au jury, notamment au poids à accorder aux témoignages d'experts qui dépassent les limites restreintes de leur expertise. Cela porte à croire qu'à ce moment-là, la défense ne craignait pas qu'un préjudice puisse résulter d'une telle directive. À mon avis, ce n'est guère surprenant étant donné les théories avancées au procès par le ministère public et la défense. Tous deux ont souligné qu'on ne suggérerait aucunement que Debbie-Ann avait été victime de mauvais traitements à une occasion autre que celle en question. Ni l'un ni l'autre n'ont avancé la thèse que des mauvais traitements avaient été infligés sur une longue période et, à mon avis, le jury a manifestement compris qu'il ne s'agissait pas de la question à trancher. Comme le juge du procès l'a souligné:

[TRADUCTION] Le fait est, à mon avis, que des éléments de preuve indiquent qu'il se peut très bien, si effectivement cela s'est produit comme le ministère public le dit, qu'il s'agisse d'un incident isolé. Madame Marquard nourrissait bien l'enfant, prenait bien soin d'elle, l'aimait et, en fait, l'enfant a dit, et je la crois, qu'elle aimait sa grand-maman et voulait la revoir. Cela n'a absolument rien à voir avec la question que vous devez trancher.

Considérant l'ensemble de l'exposé au jury, comme on doit le faire, j'estime que le jury ne peut

mistaken about the nature of the issue before them or their responsibility as triers of fact for the ultimate decision about the credibility of the witnesses in the case. This ground must accordingly fail.

#### Cross-examination of Dr. Turrall

The appellant advances two arguments relating to the cross-examination of Dr. Turrall. The first concerns the law governing the admission of learned treatises; the second relates to prejudice to the appellant by the admission of this evidence. My colleague finds that the evidence introduced during the cross-examination was both inadmissible and prejudicial and would order a new trial on this ground.

Dr. Turrall was qualified as an expert in child psychology. He was called by the defence for the purpose of establishing that children's memories at a young age are generally not as reliable as those of adults. Although no objection was taken at the time of the cross-examination and although the appellant did not object to the charge to the jury in relation to the cross-examination, the appellant now contends that the Crown improperly cross-examined Dr. Turrall by quoting extensively from studies with which he was unfamiliar concerning the memories of children. According to the appellant, one such study was particularly prejudicial because it contained opinions regarding the memory of one child whose experience of abuse was described in graphic detail.

The law with respect to the admission of learned treatises into evidence has not been greatly altered since *R. v. Anderson* (1914), 22 C.C.C. 455 (Alta. S.C.). *Anderson* requires that, in order for a learned treatise to be read into the body of evidence which the jury considers, it must first be adopted by the expert as authoritative. In this case, Dr. Turrall was unaware of the studies cited by the Crown, and of course, could not adopt them as authoritative.

There are a number of different views regarding the rules which should govern the admission of

s'être mépris sur la nature de la question qu'il devait trancher ou sur sa responsabilité, comme juge des faits, de rendre la décision finale sur la crédibilité des témoins dans l'affaire. Ce moyen doit donc être rejeté.

#### Contre-interrogatoire du Dr Turrall

L'appelante soumet deux arguments concernant le contre-interrogatoire du Dr Turrall. Le premier porte sur le droit relatif à la recevabilité de traités spécialisés, le deuxième sur le préjudice que l'appelante a subi en raison de l'admission de cette preuve. Ma collègue estime que la preuve introduite à l'occasion du contre-interrogatoire était à la fois irrecevable et préjudiciable, et elle serait d'avis d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour cette raison.

Le Dr Turrall était un expert en psychologie infantile. Il a été appelé par la défense afin d'établir qu'en général, les souvenirs des enfants en bas âge ne sont pas aussi fiables que ceux des adultes. Bien qu'elle n'ait soulevé aucune objection au moment du contre-interrogatoire et qu'elle ne soit pas opposée à l'exposé au jury relativement au contre-interrogatoire, l'appelante soutient maintenant que le ministère public a contre-interrogé irrégulièrement le Dr Turrall en citant longuement des études qu'il ne connaissait pas et qui portaient sur les souvenirs des enfants. Selon l'appelante, une de ces études était particulièrement préjudiciable puisqu'elle contenait des opinions sur les souvenirs d'un enfant dont l'expérience de mauvais traitements était décrite en termes explicites.

Le droit relatif à l'admission en preuve des traités scientifiques n'a pas été grandement modifié depuis *R. c. Anderson* (1914), 22 C.C.C. 455 (C.S. Alb.). Ce jugement exige que l'expert reconnaisse l'autorité du traité, avant que ce traité ne puisse être introduit en preuve au même titre que la preuve soumise au jury. En l'espèce, le Dr Turrall ne connaissait pas les études citées par le ministère public et, évidemment, ne pouvait les adopter comme faisant autorité.

Il existe nombre d'opinions divergentes sur les règles qui devraient gouverner l'admission de ces

learned treatises. *Anderson* embodies a particularly strict approach: if a witness is asked about a text and expresses ignorance of it or denies its authority, no further use can be made of it by reading extracts of it into evidence. However, if the witness admits its authority, then he may be asked to explain any apparent differences between its opinion and his own. See: Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada, supra*, at p. 562.

By contrast, in many American jurisdictions, learned treatises may be put to considerably broader use. Wigmore explains the rationale behind the rule as follows: much expert testimony consists of information obtained from such sources and there are sufficient guarantees of trustworthiness to justify equating a learned treatise with the live testimony of an expert witness (*Wigmore on Evidence* (Chadbourn revision 1976), vol. 6, paras. 1690-92). The hearsay exception to learned treatises under Rule 803(18) of the *U.S. Federal Rules of Evidence* accordingly permits such material to be read into evidence as long as it is called to the attention of the expert on cross-examination and its authoritativeness is reliably established. This may be done by the admission of the witness himself, by other experts who testify during the trial, or by judicial notice (J. W. Strong, ed., *McCormick on Evidence* (4th ed. 1992), vol. 2, para. 321, at p. 351. See also: C. Goldman, "The Use of Learned Treatises in Canadian and United States Litigation" (1974), 24 *U.T.L.J.* 423).

I would be inclined to favour the American approach over *Anderson*, as it has the benefit of preventing the witness from foreclosing an inquiry into the depth or breadth of his or her knowledge by simply refusing to acknowledge a study. However, even if the law regarding the admission of learned treatises were not to be expanded in this way, while the examination in this case did not fall within the strict parameters of the rule in *Anderson*, no prejudice to the appellant arose from the

traités. L'arrêt *Anderson* adopte une position particulièrement stricte: si un témoin est interrogé sur un document et reconnaît son ignorance du document ou en nie l'autorité, aucune utilisation ne peut en être faite par l'introduction d'extraits dans la preuve. Toutefois, si le témoin reconnaît son autorité, il peut être requis d'expliquer toute différence apparente entre l'opinion véhiculée par le document et la sienne. Voir: Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada, op. cit.*, à la p. 562.

En revanche, dans plusieurs États américains, de tels traités peuvent être utilisés à des fins beaucoup plus larges. Wigmore explique la raison d'être de la règle comme suit: une grande partie des témoignages d'experts consiste en des renseignements obtenus à même ces sources, et il existe des garanties suffisantes de crédibilité qui permettent d'établir un parallèle entre les traités scientifiques et le témoignage de vive voix d'un témoin expert (*Wigmore on Evidence* (Chadbourn revision 1976), vol. 6, par. 1690-92). L'exception à l'exclusion du ouï-dire qui s'applique à ce genre de traités en vertu de la règle 803(18) des *U.S. Federal Rules of Evidence* permet donc que ces documents soient admis en preuve pourvu qu'ils soient portés à l'attention de l'expert pendant le contre-interrogatoire et que leur autorité soit établie d'une manière fiable. Cela peut être fait par l'admission du témoin lui-même ou d'autres experts qui témoignent au procès, ou par connaissance d'office. (J. W. Strong, dir., *McCormick on Evidence* (4<sup>e</sup> éd. 1992), vol. 2, par. 321, à la p. 351. Voir également: C. Goldman, «The Use of Learned Treatises in Canadian and United States Litigation» (1974), 24 *U.T.L.J.* 423).

Je serais portée à préférer la position américaine à l'arrêt *Anderson*, puisqu'elle a l'avantage d'éviter que le témoin ne ferme la porte à la tenue d'un examen de l'étendue de ses connaissances par le simple refus de reconnaître une étude. Toutefois, même si le droit de la recevabilité des traités scientifiques n'était pas élargi de cette façon et en dépit du fait que l'enquête en l'espèce ne se situait pas dans les paramètres étroits de la règle énoncée dans *Anderson*, l'appelante n'a subi aucun préju-

cross-examination of Dr. Turrall considering the examination as a whole.

The defence called Dr. Turrall for the purposes of establishing that the memories of small children are unreliable after the passage of time. The cross-examination was designed to explore Dr. Turrall's admissions that his professional contact with young children was limited, that child abuse was not a focus of his practice and that Dr. Mian had considerably more expertise than he had in the area. In re-examination, counsel for the appellant attempted to challenge the scientific validity of the studies cited by the Crown and to establish that Dr. Turrall's unfamiliarity with this literature did not necessarily reflect any lack of expertise. In my opinion, the appellant cannot be heard now to complain that the cross-examination of her own expert was prejudicial simply because the Crown may have been successful in circumscribing the limits of his knowledge which thereby rendered his testimony less effective. This argument must be rejected.

As to the description in the literature cited to Dr. Turrall of the events surrounding the assault of a 3½-year-old girl used by the Crown to cross-examine Dr. Turrall, the appellant submits that it was so graphic as to be prejudicial. The focus of the cross-examination was the accuracy of children's memories. The purpose of the example was simply to provide a concrete illustration of the theory that young children may in fact recall and communicate with great accuracy and certainty traumatic events that occur to them. No link between the events in the example and those at issue in the trial was made by counsel for the Crown, nor did she comment on them except to ask Dr. Turrall if he was aware of the case. In my view, the mere description of the facts of that case is far from enough to establish a reversible error. It was a very minor incident in the whole trial with no consequence at all on the fairness of the trial.

dice en raison du contre-interrogatoire du Dr Turrall si l'on tient compte de l'ensemble de l'interrogatoire.

La défense a appelé le Dr Turrall pour établir que les souvenirs d'un jeune enfant ne sont pas fiables après un certain délai. Le contre-interrogatoire avait pour but d'examiner les admissions du Dr Turrall selon lesquelles ses contacts professionnels avec les jeunes enfants étaient limités, que l'enfance maltraitée n'était pas l'essentiel de sa pratique et que le Dr Mian avait beaucoup plus d'expertise que lui dans le domaine. Au cours du réinterrogatoire, l'avocat de l'appelante a tenté d'attaquer la validité scientifique des études citées par le ministère public et d'établir que l'ignorance du Dr Turrall de ces écrits ne traduisait pas nécessairement un manque d'expertise. À mon avis, l'appelante ne peut maintenant se plaindre que le contre-interrogatoire de son propre expert lui a causé préjudice pour la simple raison que le ministère public a réussi à faire ressortir les limites de ses connaissances et à réduire ainsi l'efficacité de son témoignage. Cet argument doit être rejeté.

Quant à la description, dans le texte cité au Dr Turrall, des circonstances de l'agression d'une fillette de trois ans et demi, que le ministère public a utilisée pour contre-interroger le Dr Turrall, l'appelante soutient qu'elle était explicite au point de lui causer préjudice. Le contre-interrogatoire portait principalement sur l'exactitude des souvenirs des enfants. L'exemple visait seulement à fournir une illustration concrète de la théorie que les jeunes enfants peuvent en fait se rappeler et communiquer avec beaucoup d'exactitude et de certitude des événements traumatisants qu'ils ont vécus. Le ministère public n'a établi aucun lien entre les événements décrits dans l'exemple et les événements dont il était question au procès et ses seuls commentaires à ce sujet se sont limités à demander au Dr Turrall s'il connaissait le cas. À mon avis, la simple description des faits de cette affaire est nettement insuffisante pour conclure à une erreur irréversible. Il s'agissait d'un incident très secondaire dans l'ensemble du procès, sans conséquence aucune sur l'équité de ce procès.

Conclusion

I agree with the Court of Appeal that, while there may have been imperfections in the charge to the jury, there is nothing in this case to suggest that the trial was unfair or that there was a miscarriage of justice. The evidence as a whole discloses that the most striking feature of the trial concerned the nature of Debbie-Ann's burn. There is no question either that, if the jury accepted as they must have, those injuries were consistent with the child's evidence at trial, then a guilty verdict was ineluctable. There is no disagreement that all of the evidence relating to her physical injuries is well within the bounds of admissible expert opinion. The expert evidence regarding child abuse was properly admitted as it was relevant to the central issue in the case, whether her injuries were deliberately inflicted by the appellant. The jury heard all of the evidence, including the child's evidence. The judge's address to the jury, while not perfect, was fair and the verdict must stand.

In the result, I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Nakatsuru & Doucette, Toronto.*

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

Conclusion

Comme la Cour d'appel, j'estime que, bien qu'il ait pu y avoir des imperfections dans l'exposé du juge au jury, rien dans la présente affaire ne permet de croire que le procès a été inéquitable ou qu'un tort important en soit résulté pour l'accusé. La preuve dans son ensemble révèle que le point central du procès concernait la nature de la brûlure de Debbie-Ann. Il n'y a pas de doute également que, si le jury acceptait, comme il a dû le faire, que ces blessures étaient compatibles avec le témoignage de l'enfant au procès, un verdict de culpabilité était alors inévitable. Personne ne conteste que tous les témoignages relatifs aux blessures corporelles de l'enfant se situent à l'intérieur des limites de l'opinion d'expert admissible. La preuve d'expert relative aux mauvais traitements infligés aux enfants a été à bon droit admise puisqu'elle était pertinente quant à la question centrale de l'affaire, qui consistait à déterminer si les blessures avaient été infligées délibérément par l'appelante. Le jury a entendu tous les témoignages, dont celui de l'enfant. Les directives du juge au jury, bien qu'imparfaites, étaient justes, et le verdict doit être maintenu.

En conséquence, je rejeterais le pourvoi.

*Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.*

*Procureurs de l'appelante: Nakatsuru & Doucette, Toronto.*

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

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Ronald William Mills** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MILLS

File No.: 23289.

1993: November 2.

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 MANITOBA

*Criminal law — Nuisance — Offering indignities to human remains — Gravedigger damaging coffins when refilling graves — Evidence supporting trial judge's conclusion that gravedigger's conduct constitutes indignities to human remains.*

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1992), 81 Man. R. (2d) 281, 30 W.A.C. 281, 77 C.C.C. (3d) 318, 16 C.R. (4th) 390, allowing the accused's appeal from his conviction on a charge of offering indignities to human remains contrary to s. 182 of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

*S. J. Whitley, Q.C.*, for the appellant.

*Pamela D. M. Smith*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — We find no error in the trial judge's judgment. There was evidence upon which he could reasonably base his conclusions.

The appeal is accordingly allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the conviction is restored.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Ronald William Mills** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. MILLS

<sup>b</sup> N° du greffe: 23289.

1993: 2 novembre.

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 MANITOBA

*Droit criminel — Nuisance — Indignités commises envers des restes humains — Fossoyeur ayant endommagé des cercueils en comblant des fosses — Preuve appuyant la conclusion du juge du procès que le fossoyeur a par sa conduite commis des indignités envers des restes humains.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1992), 81 Man. R. (2d) 281, 30 W.A.C. 281, 77 C.C.C. (3d) 318, 16 C.R. (4th) 390, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à une accusation d'avoir commis des indignités envers des restes humains, contrairement à l'art. 182 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

<sup>g</sup> *S. J. Whitley, c.r.*, pour l'appelante.

*Pamela D. M. Smith*, pour l'intimé.

<sup>h</sup> Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>i</sup> LE JUGE EN CHEF LAMER — Nous sommes d'avis qu'il n'y a aucune erreur dans le jugement du juge du procès. Il y avait des éléments de preuve sur lesquels il pouvait raisonnablement fonder ses conclusions.

Par conséquent, le pourvoi est accueilli, le jugement de la Cour d'appel est infirmé et la déclaration de culpabilité est rétablie.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: The Department of Justice, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondent: Gindin, Smith, Pearlman, Winnipeg.*

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante: Le ministère de la Justice, Winnipeg.*

*Procureurs de l'intimé: Gindin, Smith, Pearlman, Winnipeg.*



**Granville Savings and Mortgage Corporation** *Appellant*

v.

**Fraser G. Campbell, Rudy V. Maxwell, Robert M. Kozminski and Robert L. Zaparniuk** *Respondents*

INDEXED AS: GRANVILLE SAVINGS AND MORTGAGE CORP. v. SLEVIN

File No.: 23210.

1993: November 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

*Torts — Negligence — Professions — Mortgages — Mortgage to be first charge — Appellant lending institution retaining respondent lawyers to obtain first charge — Although respondents not specifically asked to protect appellant's interest, appellant relying on respondents to ensure mortgage a first charge — Respondents aware of outstanding judgments against mortgagor — Appellant not advised of potential problems arising from existing judgments — No action taken to postpone judgments — Whether or not special relationship existing between appellant and respondents — Whether or not respondents liable for damages flowing from breach of their duty.*

*Professions — Barristers and solicitors — Negligence — Mortgages — Mortgage to be first charge — Appellant lending institution retaining respondent lawyers to obtain first charge — Although respondents not specifically asked to protect appellant's interest, appellant relying on respondents to ensure mortgage a first charge — Respondents aware of outstanding judgments against mortgagor — Appellant not advised of potential problems arising from existing judgments — No action taken to postpone judgments — Whether or not special relationship existing between appellant and respondents*

**Granville Savings and Mortgage Corporation** *Appelante*

a c.

**Fraser G. Campbell, Rudy V. Maxwell, Robert M. Kozminski et Robert L. Zaparniuk** *Intimés*

b

RÉPERTORIÉ: GRANVILLE SAVINGS AND MORTGAGE CORP. c. SLEVIN

N° du greffe: 23210.

c

1993: 2 novembre.

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

d

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

*Responsabilité délictuelle — Négligence — Professions — Hypothèques — Hypothèque devant constituer une charge de premier rang — Établissement de crédit appellant retenant les services des avocats intimés en vue d'obtenir une charge de premier rang — Même si on n'a pas demandé expressément aux intimés de protéger les intérêts de l'appelante, cette dernière comptait sur eux pour assurer que l'hypothèque serait une charge de premier rang — Intimés connaissant l'existence de jugements pendants contre le débiteur hypothécaire — Appelante non avisée des problèmes que pourraient poser des jugements déjà prononcés — Aucune mesure prise en vue de reporter les jugements — Y avait-il un rapport spécial entre l'appelante et les intimés? — Les intimés étaient-ils responsables des dommages résultant du manquement à leur obligation?*

*Professions — Avocats et procureurs — Négligence — Hypothèques — Hypothèque devant constituer une charge de premier rang — Établissement de crédit appellant retenant les services des avocats intimés en vue d'obtenir une charge de premier rang — Même si on n'a pas demandé expressément aux intimés de protéger les intérêts de l'appelante, cette dernière comptait sur eux pour assurer que l'hypothèque serait une charge de premier rang — Intimés connaissant l'existence de jugements pendants contre le débiteur hypothécaire — Appelante non avisée des problèmes que pourraient poser des jugements déjà prononcés — Aucune mesure prise en vue de reporter les jugements — Y avait-il un rapport spécial entre l'appelante et les intimés? — Les intimés*

— *Whether or not respondents liable for damages flowing from breach of their duty.*

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1992), 78 Man. R. (2d) 241, 93 D.L.R. (4th) 268, [1992] 5 W.W.R. 1, 24 R.P.R. (2d) 185, 6 B.L.R. (2d) 192, allowing an appeal from a judgment of Dureault J. (1990), 68 Man. R. (2d) 241, 50 B.L.R. 284. Appeal allowed.

*W. S. Gange*, for the appellant.

*Richard W. Schwartz*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered orally by

CORY J. — The appellant is a mortgage company and the respondents are members of a law firm.

The appellant was requested to lend money on a mortgage to be given by Mr. Smith, a client of the respondents. The appellant agreed to lend the money. It confirmed this in a letter to the respondents setting out some nine conditions to the disposition of the mortgage funds particularly that the mortgage would be a first charge on the property of Smith.

We agree with the finding of the trial judge that the respondents were retained by the appellant to act on its behalf to obtain a first charge. There was ample evidence to properly support that finding.

There was clearly a special relationship existing between the appellant and respondents. Indeed this was conceded by the respondents. It follows that the respondents were required to exercise their special skills on behalf of the appellant.

The respondents argue that the appellant did not rely upon them. This contention cannot be accepted. It is true that the appellant did not specifically request the respondents to protect their interest. Nevertheless, the correspondence makes it

*étaient-ils responsables des dommages résultant du manquement à leur obligation?*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1992), 78 Man. R. (2d) 241, 93 D.L.R. (4th) 268, [1992] 5 W.W.R. 1, 24 R.P.R. (2d) 185, 6 B.L.R. (2d) 192, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Dureault (1990), 68 Man. R. (2d) 241, 50 B.L.R. 284. Pourvoi accueilli.

*W. S. Gange*, pour l'appelante.

*Richard W. Schwartz*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE CORY — L'appelante est une société de prêts hypothécaires et les intimés font partie d'un cabinet d'avocats.

On a demandé à l'appelante de prêter une somme qui serait garantie par hypothèque consentie par M. Smith, un client des intimés. L'appelante a accepté de prêter la somme demandée. Elle a confirmé cela par lettre envoyée aux intimés, dans laquelle elle a assorti la disposition des fonds garantis par hypothèque de quelque neuf conditions, dont celle que l'hypothèque constitue une charge de premier rang sur le bien de M. Smith.

Nous souscrivons à la conclusion du juge de première instance selon laquelle l'appelante a retenu les services des intimés pour qu'ils obtiennent, en son nom, une charge de premier rang. Il y avait assez d'éléments de preuve pour bien justifier cette conclusion.

Il existait clairement un rapport spécial entre l'appelante et les intimés. En fait, les intimés ont reconnu cela. Il s'ensuit que les intimés devaient exercer leurs compétences spéciales au nom de l'appelante.

Les intimés font valoir que l'appelante ne s'en remettait pas à eux. Cette prétention ne saurait être acceptée. Il est vrai que l'appelante n'a pas demandé expressément aux intimés de protéger ses intérêts. Néanmoins, il ressort nettement de la cor-

clear that the appellant was relying upon the respondents to ensure that their mortgage was a first charge on the property. The respondents did not do so. They were thus negligent and in breach of their duty to the appellant.

In the circumstances presented by this case, the respondents as lawyers had clear options open to them. They could have attempted to secure a first charge for the appellant by obtaining postponement of the judgments against their client Smith. They were well aware at all material times of these outstanding judgments. If they could not obtain a postponement they should have advised the appellant. Alternatively, they could have refused to act for the appellant so that it could have retained other solicitors to act on its behalf.

What was not open to the respondents was to act for the appellant and fail to advise them of the potential problems that could arise from the existing judgments against Smith.

The respondents are then liable to the appellant for the damages flowing from the breach of their duty. Those damages included the costs incurred in the law suits brought by the appellant seeking to maintain the priority of their charge. These were the only damages seriously contested by the respondents.

In light of these conclusions it is not necessary for us to consider the issue of fiduciary duty although the trial judge may well have been correct in finding that there was as well a fiduciary duty owed by the respondents to the appellant.

In the result, the appeal will be allowed, the order of the Court of Appeal set aside and the judgment at trial restored. The appellant will have its costs of these proceedings throughout.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant: Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg.*

respondance que l'appelante comptait sur les intimés pour assurer que son hypothèque serait une charge de premier rang sur le bien en cause. Les intimés ne l'ont pas fait. Ils ont ainsi fait preuve de négligence et ont manqué à leur obligation envers l'appelante.

Dans les circonstances de la présente affaire, les intimés disposaient, en tant qu'avocats, de choix clairs. Ils auraient pu tenter d'obtenir une charge de premier rang pour l'appelante au moyen du report des jugements contre leur client Smith. Ils connaissaient bien, en tout temps pertinent, l'existence de ces jugements pendants. Ils auraient dû, le cas échéant, aviser l'appelante de l'impossibilité d'obtenir un report. Subsidiairement, ils auraient pu refuser d'agir pour l'appelante de sorte que celle-ci aurait pu retenir les services d'autres avocats pour la représenter.

Ce que les intimés ne pouvaient faire, c'était agir pour l'appelante sans l'aviser des problèmes que pourraient poser les jugements déjà prononcés contre M. Smith.

Les intimés sont donc responsables envers l'appelante des dommages résultant du manquement à leur obligation. Ces dommages comprennent les coûts des procédures judiciaires que l'appelante a engagées dans le but de maintenir la priorité de sa charge. Ce sont là les seuls dommages que les intimés ont contestés sérieusement.

Compte tenu de ces conclusions, il n'est pas nécessaire que nous examinions la question de l'obligation fiduciaire même si le juge de première instance peut bien avoir eu raison de conclure que les intimés avaient également une obligation fiduciaire envers l'appelante.

En définitive, le pourvoi est accueilli, l'ordonnance de la Cour d'appel est annulée et le jugement de première instance est rétabli. L'appelante a droit à ses dépens dans toutes les cours.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appelante: Thompson, Dorfman, Sweatman, Winnipeg.*

*Solicitors for the respondents: Wolch, Pinx,  
Tapper, Scurfield, Winnipeg.*

*Procureurs des intimés: Wolch, Pinx, Tapper,  
Scurfield, Winnipeg.*

**Arturo Nuosci** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. NUOSCI

File No. 23232.

1993: November 3.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay not unreasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).*

**Cases Cited**

**Applied:** *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 17 W.C.B. (2d) 444, allowing the Crown's appeal from a stay of proceedings ordered by the Ontario Court (General Division). Appeal dismissed.

*Irwin Koziebrocki*, for the appellant.

*Ian R. Smith*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — This is an appeal as of right from a decision of the Court of Appeal for Ontario setting aside a stay of charges against the appellant.

We agree with the Court of Appeal that applying the factors in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, the delay herein was not unreasonable.

With respect to the period from the date of the charges to committal for trial, having regard to the

**Arturo Nuosci** *Appellant*

c.

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

RÉPERTORIÉ: R. c. NUOSCI

<sup>b</sup> N° du greffe: 23232.

1993: 3 novembre.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

<sup>d</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Pas de délai déraisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).*

**Jurisprudence**

<sup>e</sup> **Arrêt appliqué:** *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771.

<sup>f</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 17 W.C.B. (2d) 444, qui a accueilli l'appel du ministère public contre un arrêt des procédures ordonné par la Cour de l'Ontario (Division générale). Pourvoi rejeté.

*Irwin Koziebrocki*, pour l'appellant.

<sup>g</sup> *Ian R. Smith*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>h</sup> LE JUGE SOPINKA — Il s'agit d'un pourvoi de plein droit contre une décision de la Cour d'appel de l'Ontario, qui a annulé un arrêt des accusations prononcées contre l'appellant.

<sup>i</sup> Tout comme la Cour d'appel, nous sommes d'avis que, compte tenu des facteurs énoncés dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, le délai en l'espèce n'était pas déraisonnable.

<sup>j</sup> Pour ce qui est de la période entre la date des accusations et le renvoi à procès, puisque la majo-

fact that most of the elapsed time was due either to the inherent time requirement of the case or waiver, the delay was not unreasonable. Agreement to suggested dates cannot be characterized as acquiescing in the inevitable in the absence of evidence to that effect.

With respect to the period between the date of the committal and the date of trial, part of the time was waived and the balance is not unreasonable in light of the principles and guidelines set out in *R. v. Morin, supra*.

The appeal is, therefore, dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Irwin Koziembrocki, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Ian R. Smith, Toronto.*

rité du temps écoulé était due soit aux délais inhérents à la nature de l'affaire, soit à la renonciation à invoquer certaines périodes, le délai n'était pas déraisonnable. L'acceptation de certaines dates proposées ne peut pas être qualifiée de reconnaissance de l'inévitable, en l'absence de preuve à cet effet.

Quant à la période écoulée entre la date du renvoi à procès et la date du procès, il y a eu renonciation à invoquer certaines périodes et le reste n'est pas déraisonnable compte tenu des principes et des lignes directrices énoncés dans l'arrêt *R. c. Morin*, précité.

Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appellant: Irwin Koziembrocki, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Ian R. Smith, Toronto.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Albert D. Friedberg** *Respondent*

INDEXED AS: FRIEDBERG v. CANADA

File No.: 22924.

1993: November 5.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Income tax — Loss from business — Taxpayer claiming deductions for business losses arising out of trading in gold futures — Whether losses deductible.***Statutes and Regulations Cited***Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 [am. 1970-71-72, c. 63, s. 1], s. 245(1).

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1991), 135 N.R. 61, [1992] 1 C.T.C. 1, 92 D.T.C. 6031, reversing in part a judgment of Jerome A.C.J. (1989), 25 F.T.R. 22, [1989] 1 C.T.C. 274, 89 D.T.C. 5115. Appeal dismissed.

*Ian S. MacGregor, Q.C., J. Paul Malette, Q.C., and David E. Spiro*, for the appellant.*Barry S. Wortzman, Q.C., Martin L. O'Brien, Q.C., and Thomas McRae*, 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.

The respondent taxpayer traded extensively in commodity futures during the taxation years 1978 to 1981 and claimed as income tax deductions bus-

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Albert D. Friedberg** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: FRIEDBERG c. CANADA

<sup>b</sup> N° du greffe: 22924.

1993: 5 novembre.

<sup>c</sup> Présents: Le juge en chef Lamer et les juges L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, McLachlin, Iacobucci et Major.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

<sup>d</sup> *Impôt sur le revenu — Perte d'entreprise — Réclamation par le contribuable de déductions pour les pertes d'entreprise découlant de la négociation de contrats à terme sur l'or — Ces pertes sont-elles déductibles?***Lois et règlements cités**<sup>e</sup> *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148 [mod. 1970-71-72, ch. 63, art. 1], art. 245(1).<sup>f</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1991), 135 N.R. 61, [1992] 1 C.T.C. 1, 92 D.T.C. 6031, qui a infirmé en partie une décision du juge en chef adjoint Jerome (1989), 25 F.T.R. 22, [1989] 1 C.T.C. 274, 89 D.T.C. 5115. Pourvoi rejeté.<sup>g</sup> *Ian S. MacGregor, c.r., J. Paul Malette, c.r., et David E. Spiro*, pour l'appelante.*Barry S. Wortzman, c.r., Martin L. O'Brien, c.r., et Thomas McRae*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>i</sup> LE JUGE IACOBUCCI — Nous sommes tous d'avis qu'il y a lieu de rejeter ce pourvoi.<sup>j</sup> Le contribuable intimé a négocié abondamment des contrats à terme de marchandises au cours des années fiscales 1978 à 1981 et a réclamé des

iness losses arising out of trading in gold futures on his own account.

On the facts, the respondent reported his losses when they were actually incurred, and his gains when they were actually realized. In our view, the appellant has not demonstrated that there is any error in adopting this approach. While the “marked to market” accounting method proposed by the appellant may better describe the taxpayer’s income position for some purposes, we are not satisfied that it can describe income for income tax purposes, nor are we satisfied that a margin account balance is the appropriate measure of realized income for tax purposes. Similarly, while we recognize that the “lower of cost or market” method advocated by the respondent suggests that unincurred losses can be deducted in the calculation of income, no unincurred losses were deducted by the respondent on the facts of this case. Accordingly, we need not determine the income tax validity of this implication of the “lower of cost or market” method in this case.

As to whether it is appropriate to consider the loss and gain legs of a spread transaction in isolation from one another, and as to whether s. 245(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended, assists the appellant in this case, we substantially agree with the reasons of the learned trial judge as affirmed by Linden J.A. of the Federal Court of Appeal on these points.

Accordingly, the appeal is dismissed with costs.

*Judgment accordingly.*

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

*Solicitors for the respondent: Shibley Righton, Toronto.*

déductions fiscales pour les pertes d’entreprise découlant de la négociation pour son propre compte de contrats à terme sur l’or.

D’après les faits, l’intimé a déclaré ses pertes lorsqu’elles sont réellement survenues et ses gains, lorsqu’ils ont été effectivement réalisés. À notre avis, l’appelante n’a pas démontré que l’on a commis une erreur en adoptant cette façon de procéder. Même si la méthode comptable de l’«évaluation au cours du marché» peut, à certaines fins, mieux décrire la situation du contribuable sur le plan de son revenu, nous ne sommes pas convaincus qu’elle peut décrire son revenu aux fins de l’impôt sur le revenu, pas plus que nous sommes convaincus qu’un solde de compte sur marge est la façon appropriée d’évaluer le revenu réalisé aux fins de l’imposition. De même, bien que nous reconnaissons que la méthode de la «valeur minimale» préconisée par l’intimé donne à entendre que les pertes non subies peuvent être déduites dans le calcul du revenu, il ressort des faits de la présente affaire que l’intimé n’a déduit aucune perte non subie. En conséquence, nous n’avons pas à déterminer la validité, sur le plan de l’impôt sur le revenu, de ces conséquences de la méthode de la «valeur minimale» en l’espèce.

Quant à savoir s’il convient d’examiner séparément les pertes et les gains qui se rattachent à une opération mixte, et si le par. 245(1) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148 et ses modifications, est utile à l’appelante en l’espèce, nous souscrivons, pour l’essentiel, aux motifs du juge de première instance que le juge Linden de la Cour d’appel fédérale a confirmés sur ces points.

En conséquence, le pourvoi est rejeté avec dépens.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l’appelante: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureurs de l’intimé: Shibley Righton, Toronto.*



**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Serge Brassard** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BRASSARD

File No.: 23355.

1993: November 5.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

*Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Respondent consenting to several adjournments — Consents constituted waiver or attributable to respondent.*

**Cases Cited**

Referred to: *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1993] R.J.Q. 23, (1992), 52 Q.A.C. 161, 78 C.C.C. (3d) 329, dismissing an appeal from a stay of proceedings granted by Barrière J. Appeal allowed.

*Claude Provost*, for the appellant.

*Yvan Lerner*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This is an appeal as of right.

We do not agree with the majority of the Court of Appeal as to the effect of the consents by the respondent to a number of the adjournments of the proceedings. In the absence of any evidence that these consents amount to acquiescence in the inevitable, the consents constituted waiver or, as actions of the accused, were attributable to him.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Serge Brassard** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. BRASSARD

<sup>b</sup> N° du greffe: 23355.

1993: 5 novembre.

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

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

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Consentement de l'intimé à plusieurs ajournements — Consentements équivalant à une renonciation ou imputables à l'intimé.*

**Jurisprudence**<sup>e</sup> Arrêt mentionné: *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1993] R.J.Q. 23, (1992), 52 Q.A.C. 161, 78 C.C.C. (3d) 329, qui a rejeté un appel interjeté contre un arrêt des procédures ordonné par le juge Barrière. Pourvoi accueilli.

*Claude Provost*, pour l'appelante.

<sup>g</sup> *Yvan Lerner*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

<sup>h</sup> LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Cet appel nous vient de plein droit.

Nous ne sommes pas d'accord avec la majorité de la Cour d'appel en ce qui concerne l'effet du consentement de l'intimé à nombre d'ajournements des procédures. En l'absence de preuve que ces consentements représentent un acquiescement devant l'inévitable, ces consentements équivalent à une renonciation ou, provenant de l'accusé, lui sont imputables.

Taking this into account and the absence of evidence of prejudice other than such as might be inferred from the delay, and applying the principles and guidelines in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, we agree with the conclusion of Mailhot J.A. that the delay herein was not unreasonable under the circumstances.

Consequently, the appeal is allowed, the judgments of the Court of Quebec and the Court of Appeal are reversed, the stay of proceedings is quashed and the file is returned to the Court of Quebec for trial.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Claude Provost, Montréal.*

*Solicitor for the respondent: Serge Brassard on his own behalf, Montréal.*

Compte tenu de ce qui précède et en l'absence de preuve de préjudice particulier autre que celui résultant du délai, appliquant les principes dégagés dans l'arrêt *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, nous sommes d'accord avec Madame le juge Mailhot, dissidente, que le délai dont on se plaint ici n'était pas déraisonnable dans les circonstances.

En conséquence, l'appel est accueilli, les jugements de la Cour du Québec et de la Cour d'appel sont infirmés, l'arrêt des procédures cassé et le dossier est retourné à la Cour du Québec pour qu'il y soit procédé sur l'accusation.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante: Claude Provost, Montréal.*

*Procureur de l'intimé: Serge Brassard en son propre nom, Montréal.*

**George Ernest Hunt** *Appellant*

v.

**Lac d'Amiante du Québec Ltée, formerly known as Lake Asbestos Company Limited, Asbestos Corporation Limited, Atlas Turner Inc., Bell Asbestos Mines Limited, JM Asbestos Inc., the Quebec Asbestos Mining Association and National Gypsum Co.** *Respondents*

and

**T&N, plc, Carey Canada Inc., formerly known as Carey-Canadian Mines Ltd., Flintkote Mines Limited and The Flintkote Co.** *Defendants*

and

**Workers' Compensation Board and Henfrey Sampson Belair Ltd., Receiver-Manager for Victoria Machinery Depot Company Limited** *Third Parties*

and

**The Attorney General for Ontario and the Attorney General of Quebec** *Interveners*

INDEXED AS: HUNT v. T&N PLC

File No.: 22637.

1992: October 7; 1993: November 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Conflict of laws — Civil procedure — Discovery of documents — Plaintiff in civil action in British Columbia seeking discovery of documents from Quebec defendants — Quebec statute prohibiting removal from province of documents of business concerns — Whether*

**George Ernest Hunt** *Appelant*

c.

<sup>a</sup> **Lac d'Amiante du Québec Ltée, auparavant connue sous le nom de Lake Asbestos Company Limited, Société Asbestos Limitée, Atlas Turner Inc., Bell Asbestos Mines Limited, JM Asbestos Inc., l'Association des mines d'amiante du Québec et National Gypsum Co.** *Intimées*

<sup>c</sup> et

<sup>d</sup> **T&N, plc, Carey Canada Inc., auparavant connue sous le nom de Carey-Canadian Mines Ltd., Flintkote Mines Limited et The Flintkote Co.** *Défenderesses*

et

<sup>e</sup> **Workers' Compensation Board et Henfrey Sampson Belair Ltd., administrateur séquestre de Victoria Machinery Depot Company Limited** *Tiers appelés*

<sup>f</sup> et

<sup>g</sup> **Le procureur général de l'Ontario et le procureur général du Québec** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: HUNT c. T&N PLC

N° du greffe: 22637.

<sup>h</sup> 1992: 7 octobre; 1993: 18 novembre.

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

<sup>i</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit international privé — Procédure civile — Communication de documents — Demandeur dans une action civile en Colombie-Britannique sollicitant la communication de documents par des défenderesses du Québec — Loi québécoise interdisant de transporter*

*blocking statute provides "lawful excuse" for not complying with demand for discovery — Business Concerns Records Act, R.S.Q., c. D-12 — British Columbia Rules of Court, rr. 2(5), 26.*

*Constitutional law — Statutes — Validity — Quebec statute prohibiting removal from province of documents of business concerns — Whether blocking statute ultra vires province as being in relation to matter outside province — Whether blocking statute constitutionally inapplicable to judicial proceedings in another province — Business Concerns Records Act, R.S.Q., c. D-12.*

*Courts — Jurisdiction — Superior courts — British Columbia courts declining to rule on constitutionality of Quebec statute — Whether British Columbia courts had jurisdiction to deal with constitutional issue.*

*Courts — Jurisdiction — Supreme Court of Canada — British Columbia courts declining to rule on constitutionality of Quebec statute — Whether British Columbia courts had jurisdiction to deal with constitutional issue — Whether Supreme Court of Canada restricted to powers and procedures of courts appealed from — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 45.*

The appellant suffers from cancer which he alleges was caused by the inhalation of asbestos fibres to which he was exposed while working as an electrician in British Columbia. These fibres were allegedly contained in products manufactured and sold by the respondents, which are Quebec companies involved in the production and distribution of asbestos. The appellant sued the respondents for damages in British Columbia. He requested production of documents relating to the action. The Quebec *Business Concerns Records Act* prohibits the removal from the province of documents relating to any business concern in Quebec pursuant to any requirement of a judicial authority outside the province. When the respondents did not respond, the appellant served demands for discovery of documents on them under Rule 26(1) of the *British Columbia Rules of Court*. In response to these demands, certain of the respondents asserted that the Act prevented compliance; the others made no reply. The Quebec Provincial Court

*hors de la province des documents d'entreprises — Une loi qui prohibe la communication de documents fournit-elle une «excuse légitime» pour ne pas se conformer à une demande de communication de documents? — Loi sur les dossiers d'entreprises, L.R.Q., ch. D-12 — Rules of Court de la Colombie-Britannique, art. 2(5), 26.*

*Droit constitutionnel — Lois — Validité — Loi québécoise interdisant de transporter hors de la province des documents d'entreprises — Une loi qui prohibe la communication de documents outrepassé-t-elle la compétence de la province du fait qu'elle se rapporte à une matière hors de la province? — Une loi qui prohibe la communication de documents est-elle constitutionnellement inapplicable à des procédures judiciaires dans une autre province? — Loi sur les dossiers d'entreprises, L.R.Q., ch. D-12.*

*Tribunaux — Compétence — Cours supérieures — Refus des tribunaux de la Colombie-Britannique de statuer sur la constitutionnalité d'une loi québécoise — Les tribunaux de la Colombie-Britannique avaient-ils compétence pour statuer sur une question constitutionnelle?*

*Tribunaux — Compétence — Cour suprême du Canada — Refus des tribunaux de la Colombie-Britannique de statuer sur la constitutionnalité d'une loi québécoise — Les tribunaux de la Colombie-Britannique avaient-ils compétence pour statuer sur une question constitutionnelle? — La compétence de la Cour suprême du Canada est-elle limitée aux pouvoirs et aux procédures des tribunaux dont les décisions sont portées en appel? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 45.*

L'appellant souffre d'un cancer qui, selon lui, a été causé par l'inhalation de fibres d'amiantes auxquelles il a été exposé pendant qu'il travaillait comme électricien en Colombie-Britannique. Ces fibres auraient été contenues dans des produits fabriqués et vendus par les intimées qui sont des entreprises québécoises de production et de distribution d'amiantes. L'appellant a intenté, en Colombie-Britannique, une action en dommages-intérêts contre les intimées. Il a demandé la production de documents liés à l'action. La *Loi sur les dossiers d'entreprises* québécoise interdit de transporter hors du Québec des documents relatifs à une entreprise au Québec, à la suite d'une réquisition émanant d'une autorité judiciaire extérieure à cette province. Les intimées n'ayant pas répondu à la demande qui leur était faite, l'appellant leur a fait signifier des demandes de communication de documents, conformément au par. 26(1) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique. En réponse à ces demandes, certaines intimées ont affirmé que la

granted orders preventing the respondent companies from sending documents out of the province. The appellant then applied to the British Columbia Supreme Court for an order compelling production of the documents. Rule 2(5) empowers the trial court to strike out a statement of defence for failure "without lawful excuse" to comply with the Rules. The application was dismissed, and the Court of Appeal upheld that judgment. Both courts acted on the basis that the Quebec Act was valid, ruling that the British Columbia courts did not have jurisdiction over the constitutional validity of a Quebec statute. This appeal is to determine whether the provisions of the Quebec Act provide a "lawful excuse" under Rule 2(5). The fundamental issue is whether this statute is *ultra vires* the province as being in relation to a matter outside the province, or constitutionally inapplicable to judicial proceedings in other provinces.

*Held:* The appeal should be allowed.

At common law the issue of what is foreign law is a question of fact to be determined by the trial judge, and the Quebec statute was clearly a material fact, and its constitutionality is therefore equally material. Courts may consider constitutional arguments in determining foreign law that incidentally arises in the course of litigation. A foreign court in making a finding of fact should not be bound to assume that the mere enactment of a statute necessarily means that it is constitutional. The fact that there is no mandatory provision for advising the appropriate Attorney General does not make the procedure invalid. The courts below were thus in error in believing that the rules of conflicts law prevented consideration of the constitutionality of the laws of another jurisdiction. That both jurisdictions in question are part of the same Canadian federation and governed by the same Constitution reinforces and possibly augments the powers of the superior courts to consider the constitutional issues.

The guiding element in the determination of an appropriate forum must be principles of order and fairness. In view of the essentially unitary nature of the Canadian court system, the process is basically fair, all the more so since it is subject to the supervisory jurisdiction of this Court. This is especially true where, as here, the issue relates to the constitutionality of the legislation of a province that has extraprovincial effects,

Loi les empêchait d'y acquiescer; les autres n'ont pas répondu. La Cour provinciale du Québec a accordé des ordonnances empêchant les sociétés intimées d'envoyer des documents hors de la province. L'appelant a alors demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de délivrer une ordonnance enjoignant de produire les documents. Le paragraphe 2(5) habilite le tribunal de première instance à rendre une ordonnance radiant la défense pour refus «sans excuse légitime» de se conformer aux règles. La requête a été rejetée et la Cour d'appel a confirmé cette décision. Les deux tribunaux ont tenu pour acquis que la loi québécoise était valide, statuant que les tribunaux de la Colombie-Britannique n'ont pas compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi québécoise. Le présent pourvoi vise à déterminer si les dispositions de la loi québécoise fournissent une «excuse légitime» au sens du par. 2(5). La question fondamentale est de savoir si cette loi outre-passe la compétence de la province du fait qu'elle se rapporte à une matière hors de la province ou si elle est constitutionnellement inapplicable à des procédures judiciaires dans d'autres provinces.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

En common law, la question de ce qui constitue une loi étrangère est une question de fait qui doit être tranchée par le juge du procès; la loi québécoise était clairement un fait pertinent et sa constitutionnalité est donc également pertinente. Les tribunaux peuvent examiner des arguments d'ordre constitutionnel pour statuer sur une loi étrangère qui est soulevée accessoirement dans un litige. Le tribunal étranger qui tire une conclusion de fait ne devrait pas être tenu de présumer qu'une loi est constitutionnelle du simple fait de son adoption. L'absence de disposition obligeant à aviser le procureur général compétent ne rend pas la procédure invalide. Les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur en croyant que les règles du droit international privé empêchaient d'examiner la constitutionnalité des lois d'un autre ressort. Le fait que les deux ressorts en question font partie de la même fédération canadienne et sont régis par la même constitution vient renforcer et peut-être augmenter les pouvoirs qu'ont les cours supérieures d'examiner les questions constitutionnelles.

Ce sont les principes d'ordre et d'équité qui doivent nous guider dans le choix d'un tribunal compétent. Étant donné la nature essentiellement unitaire du système judiciaire canadien, le processus est fondamentalement équitable, d'autant plus qu'il est soumis au pouvoir de surveillance de notre Cour. Cela est particulièrement vrai si, comme en l'espèce, le point litigieux se rapporte à la constitutionnalité d'une loi provinciale qui a des

and that constitutionality has never been and is unlikely to be challenged in the other province's courts. Because of the far-reaching impact of such rulings, however, the courts should restrict themselves to hearing constitutional challenges to the legislation of other provinces only where there is a real interest affected in their province.

Since the courts of British Columbia had jurisdiction to deal with the constitutional issue, so has this Court. Moreover, this Court is not restricted to the identical powers and procedures of the lower courts from which an appeal is taken. It may take judicial notice of all laws prevailing in every province, even in cases where such laws have not been proved in evidence in the courts below, so long as they were pleaded at first instance.

The courts must consider appropriate policy in relation to recognition and enforcement of judgments issued in other provinces in light of the legal interdependence under the scheme of confederation established in 1867. The old common law rules relating to recognition and enforcement were rooted in an outmoded conception of the world that emphasized sovereignty and independence, often at the cost of unfairness. Greater comity is required in our modern era when international transactions involve a constant flow of products, wealth and people across the globe. Moreover, it is inherent in the structure of the Canadian federation that the courts in each province should give "full faith and credit" to the judgments of the courts of other provinces.

While a province is not debarred from enacting any legislation that may have some effect on litigation in other provinces, it must respect minimum standards of order and fairness. The statute at issue here does not meet those standards. The whole purpose of a blocking statute is not to keep documents in the province, but to impede successful litigation in other jurisdictions by refusing recognition and compliance with orders issued there. While this is no doubt part of sovereign right, it certainly runs counter to comity. This Court's decision in *Morguard* requires that the rules of private international law be adapted to the structure of the Canadian federation. Since courts are required, by constitutional restraints, to assume jurisdiction only where there are real and substantial connections to that place, the pres-

effets dans une autre province, et si la constitutionnalité d'une telle loi n'a jamais été et ne sera probablement jamais attaquée devant les tribunaux de cette autre province. Cependant, en raison de l'impact considérable de ces décisions, les tribunaux devraient se limiter à n'entendre les contestations constitutionnelles des lois d'autres provinces que si un intérêt véritable est touché dans leur province.

Puisque les tribunaux de la Colombie-Britannique étaient compétents pour statuer sur la question constitutionnelle, notre Cour l'est aussi. De plus, la compétence de notre Cour n'est pas limitée aux pouvoirs et procédures identiques des tribunaux d'instance inférieure dont les décisions sont portées en appel. Elle peut prendre connaissance d'office de toutes les lois de chaque province, même dans les cas où ces lois n'ont pas fait l'objet d'une preuve devant les tribunaux d'instance inférieure, pourvu qu'elles aient été invoquées en première instance.

Les tribunaux doivent réfléchir à la ligne de conduite qu'il convient d'adopter sur le plan de la reconnaissance et de l'exécution des jugements rendus dans d'autres provinces, compte tenu de l'interdépendance juridique qui existe sous le régime de confédération établi en 1867. Les anciennes règles de common law relatives à la reconnaissance et à l'exécution avaient leur origine dans une conception périmée du monde qui mettait l'accent sur la souveraineté et l'indépendance, souvent au détriment de l'équité. Une plus grande courtoisie est nécessaire à l'époque moderne où les opérations internationales impliquent une circulation constante de produits, de richesses et de personnes partout dans le monde. Par ailleurs, une caractéristique inhérente de la fédération canadienne est qu'il devrait y avoir de la part des tribunaux de chaque province une «reconnaissance totale» des jugements des tribunaux des autres provinces.

Bien qu'il ne soit pas interdit à une province d'adopter une loi qui peut avoir un effet sur les litiges dans d'autres provinces, elle doit respecter des normes minimales d'ordre et d'équité. La loi en cause ici ne satisfait pas à ces normes. Une loi qui prohibe la communication de documents a pour objet non pas de garder des documents dans la province, mais d'empêcher qu'il y ait des litiges couronnés de succès dans d'autres ressorts en refusant de reconnaître et de respecter les ordonnances qui y sont rendues. Ces mesures font sans doute partie de la souveraineté, mais elles vont certainement à l'encontre de la courtoisie. L'arrêt *Morguard* de notre Cour exige que les règles de droit international privé soient adaptées à la structure de la fédération canadienne. Puisque les tribunaux sont tenus, en vertu de contraintes

ence of such blocking statutes is an anachronism that is definitely inimical to interprovincial litigation if applied on the interprovincial level. Discovery is a very important tool of civil litigation, especially in cases of this type where there are allegations of some sort of product liability. The Quebec *Business Concerns Records Act* is therefore constitutionally inapplicable to other provinces and thus to this case. Given this finding, it is unnecessary to consider whether the Act is wholly unconstitutional because in pith and substance it relates to a matter outside the province. Nor is it necessary to consider whether the statute could properly be "read down" to permit its application to jurisdictions outside the country or to consider the public policy issue raised.

constitutionnelles, de ne se déclarer compétents que s'il y a des liens réels et substantiels avec cet endroit, l'existence de telles lois prohibant la communication de documents est un anachronisme certainement défavorable aux litiges interprovinciaux, si on les applique au niveau interprovincial. La communication de la preuve est un outil très important dans les procès au civil, notamment dans des cas comme la présente affaire, où on allègue un certain genre de responsabilité du fabricant. La *Loi sur les dossiers d'entreprises* québécoise est constitutionnellement inapplicable aux autres provinces et, en conséquence, inapplicable en l'espèce. Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner si la Loi est entièrement inconstitutionnelle parce que, de par son caractère vérifiable, elle se rapporte à une matière à l'extérieur de la province. Il n'est pas nécessaire non plus d'examiner si on pourrait à bon droit donner à la loi une interprétation «atténuée» de manière à en permettre l'application à l'étranger, ou encore d'étudier la question de l'ordre public qui a été soulevée.

#### Cases Cited

**Considered:** *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077; **disapproved:** *2632-7602 Québec Inc. v. Pizza Pizza Canada Inc.*, [1991] R.J.Q. 2951; **referred to:** *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959; *Hunt v. T&N, plc*, B.C.S.C., Vancouver Reg. No. C885383, June 30, 1989; *Québec (Procureur général) v. Lac d'Amiante du Québec Ltée* (1989), 24 Q.A.C. 235, leave to appeal refused, [1989] 2 S.C.R. viii; *Asbestos Corp. v. Eagle-Picher Industries Inc.*, [1984] C.A. 151; *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297; *Renault v. Bell Asbestos Mines Ltd.*, [1980] C.A. 370, rev'g [1976] C.P. 284; *Benesh, Friedlander, Coplan & Aronoff v. Nesmith*, [1983] C.S. 790; *Attorney General of Canada v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170; *Buck v. Attorney-General*, [1965] 1 All E.R. 882; *Manuel v. Attorney General*, [1982] 3 All E.R. 786; *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; *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733; *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1; *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695; *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393; *Bank of Montreal v. Metro-*

#### Jurisprudence

**Arrêt examiné:** *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077; **arrêt critiqué:** *2632-7602 Québec Inc. c. Pizza Pizza Canada Inc.*, [1991] R.J.Q. 2951; **arrêts mentionnés:** *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959; *Hunt c. T&N, plc*, C.S.C.-B., greffe de Vancouver n° C885383, le 30 juin 1989; *Québec (Procureur général) c. Lac d'Amiante du Québec Ltée* (1989), 24 Q.A.C. 235, autorisation de pourvoi refusée, [1989] 2 R.C.S. viii; *Asbestos Corp. c. Eagle-Picher Industries Inc.*, [1984] C.A. 151; *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 R.C.S. 297; *Renault c. Bell Asbestos Mines Ltd.*, [1980] C.A. 370, inf. [1976] C.P. 284; *Benesh, Friedlander, Coplan & Aronoff c. Nesmith*, [1983] C.S. 790; *Procureur général du Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170; *Buck c. Attorney-General*, [1965] 1 All E.R. 882; *Manuel c. Attorney General*, [1982] 3 All E.R. 786; *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; *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733; *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1; *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695; *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Moran c. Pyle National*

*politan Investigation & Security (Canada) Ltd.*, [1975] 2 S.C.R. 546; *John Morrow Screw and Nut Co. v. Hankin* (1918), 58 S.C.R. 74; *Logan v. Lee* (1907), 39 S.C.R. 311; *Pettikus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; *Cooper v. Cooper* (1888), 13 App. Cas. 88; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536; *Attorney General for Ontario v. Scott*, [1956] S.C.R. 137; *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman*, [1985] 1 S.C.R. 2; *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591; *Indyka v. Indyka*, [1969] 1 A.C. 33; *Boxer v. Reesor* (1983), 43 B.C.L.R. 352; *Cie Financière et Commerciale du Pacifique v. Peruvian Guano Co.* (1882), 11 Q.B.D. 55.

### Statutes and Regulations Cited

*Business Concerns Records Act*, R.S.Q., c. D-12, ss. 1, 2, 3, 4 [am. 1988, c. 21, s. 66], 5 [*idem*].  
*Constitution Act, 1867*, ss. 92(13), (14), (16), 101.  
*Constitution Act, 1982*, s. 52(1).  
*Evidence Act*, R.S.B.C. 1979, c. 116.  
 Rules of Court [British Columbia], rr. 2(5), 26.  
*Special Procedure Act*, R.S.Q., c. P-27.  
*Supreme Court Act*, R.S.C. 1970, c. S-19, s. 41(1).  
*Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 40(1), 45.

### Authors Cited

Black, Vaughan. "The Other Side of *Morguard*: New Limits on Judicial Jurisdiction" (1993), 22 *Can. Bus. L.J.* 4.  
 Black, Vaughan, and John Swan. "New Rules for the Enforcement of Foreign Judgments: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*" (1991), 12 *Advocates' Q.* 489.  
 Finkle, Peter, and Claude Labrecque. "Low-Cost Legal Remedies and Market Efficiency: Looking Beyond *Morguard*" (1993), 22 *Can. Bus. L.J.* 58.  
 Groffier, Ethel. *Précis de droit international privé québécois*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.  
 Strayer, Barry L. *The Canadian Constitution and the Courts*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1988.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 56 B.C.L.R. (2d) 365, 81 D.L.R. (4th) 763, [1991] 5 W.W.R. 475, 48 C.P.C. (2d) 247, 3 B.C.A.C. 138, 7 W.A.C. 138,

(*Canada*) Ltd., [1975] 1 R.C.S. 393; *Banque de Montréal c. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.*, [1975] 2 R.C.S. 546; *John Morrow Screw and Nut Co. c. Hankin* (1918), 58 R.C.S. 74; *Logan c. Lee* (1907), 39 R.C.S. 311; *Pettikus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; *Cooper c. Cooper* (1888), 13 App. Cas. 88; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536; *Attorney General for Ontario c. Scott*, [1956] R.C.S. 137; *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, [1985] 1 R.C.S. 2; *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591; *Indyka c. Indyka*, [1969] 1 A.C. 33; *Boxer c. Reesor* (1983), 43 B.C.L.R. 352; *Cie Financière et Commerciale du Pacifique c. Peruvian Guano Co.* (1882), 11 Q.B.D. 55.

### Lois et règlements cités

*Evidence Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 116.  
*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92(13), (14), (16), 101.  
*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).  
*Loi sur certaines procédures*, L.R.Q., ch. P-27.  
*Loi sur la Cour suprême*, S.R.C. 1970, ch. S-19, art. 41(1).  
*Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1), 45.  
*Loi sur les dossiers d'entreprises*, L.R.Q., ch. D-12, art. 1, 2, 3, 4 [mod. 1988, ch. 21, art. 66], 5 [*idem*].  
 Rules of Court [Colombie-Britannique], art. 2(5), 26.

### Doctrines citées

Black, Vaughan. «The Other Side of *Morguard*: New Limits on Judicial Jurisdiction» (1993), 22 *Can. Bus. L.J.* 4.  
 Black, Vaughan, and John Swan. «New Rules for the Enforcement of Foreign Judgments: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*» (1991), 12 *Advocates' Q.* 489.  
 Finkle, Peter, and Claude Labrecque. «Low-Cost Legal Remedies and Market Efficiency: Looking Beyond *Morguard*» (1993), 22 *Can. Bus. L.J.* 58.  
 Groffier, Ethel. *Précis de droit international privé québécois*, 4<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.  
 Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.  
 Strayer, Barry L. *The Canadian Constitution and the Courts*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 56 B.C.L.R. (2d) 365, 81 D.L.R. (4th) 763, [1991] 5 W.W.R. 475, 48 C.P.C. (2d) 247, 3 B.C.A.C. 138, 7 W.A.C.



affirming a judgment of Esson C.J.S.C. (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 390, 67 D.L.R. (4th) 687, [1990] 3 W.W.R. 558, dismissing an application for an order compelling the production of documents. Appeal allowed.

*J. J. Camp, Q.C., David Church and Steven Antle*, for the appellant.

*W. S. Berardino, Q.C., Avon Mersey and Michael Sobkin*, for the respondent Lac d'Amiante du Québec Ltée.

*Jack Giles, Q.C., and Robert J. McDonell*, for the respondents Asbestos Corporation Limited, Atlas Turner Inc. and Bell Asbestos Mines Limited.

*Henry S. Brown, Q.C., and Richard B. Lindsay*, for the respondent JM Asbestos Inc.

*Louis J. Zivot*, for the respondent the Quebec Asbestos Mining Association.

*John L. Finlay*, for the respondent National Gypsum Co.

*Michel Hélie*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Alain Gingras*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J. — Legal systems and rules are a reflection and expression of the fundamental values of a society, so to respect diversity of societies it is important to respect differences in legal systems. But if this is to work in our era where numerous transactions and interactions spill over the borders defining legal communities in our decentralized world legal order, there must also be a workable method of coordinating this diversity. Otherwise, the anarchic system's worst attributes emerge, and individual litigants will pay the inevitable price of unfairness. Developing such coordi-

138, qui a confirmé un jugement du juge en chef Esson de la Cour suprême (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 390, 67 D.L.R. (4th) 687, [1990] 3 W.W.R. 558, qui avait rejeté une requête visant à obtenir une ordonnance enjoignant de produire des documents. Pourvoi accueilli.

*J. J. Camp, c.r., David Church et Steven Antle*, pour l'appelant.

*W. S. Berardino, c.r., Avon Mersey et Michael Sobkin*, pour l'intimée Lac d'Amiante du Québec Ltée.

*Jack Giles, c.r., et Robert J. McDonell*, pour les intimées Société Asbestos Limitée, Atlas Turner Inc. et Bell Asbestos Mines Limited.

*Henry S. Brown, c.r., et Richard B. Lindsay*, pour l'intimée JM Asbestos Inc.

*Louis J. Zivot*, pour l'intimée l'Association des mines d'amiante du Québec.

*John L. Finlay*, pour l'intimée National Gypsum Co.

*Michel Hélie*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Alain Gingras*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST — Les systèmes juridiques et les règles de droit reflètent et expriment les valeurs fondamentales d'une société. Pour respecter la diversité des sociétés, il importe donc de respecter les différences entre les systèmes juridiques. Mais pour que cela soit possible à notre époque où de nombreuses opérations et interactions débordent les frontières qui séparent les ressorts juridiques dans notre ordre juridique mondial décentralisé, il faut également disposer d'un moyen pratique de coordonner ces régimes divers, sans quoi les pires aspects d'un système anarchique font surface,

nation in the face of diversity is a common function of both public and private international law. It is also one of the major objectives of the division of powers among federal and provincial governments in a federation. This appeal raises issues that lie at the confluence of private international law and constitutional law. In seeking to find a workable balance between diversity and uniformity, one must be aware of the similarities but also the differences that exist in the balances represented in the rules in these two areas of law.

The immediate issue in this appeal is whether the provisions of the Quebec *Business Concerns Records Act*, R.S.Q., c. D-12, a "blocking statute", provide a "lawful excuse" under Rule 2(5) of the British Columbia *Rules of Court*, such that Quebec defendants to a civil action in British Columbia can refuse to comply, as required by Rule 26 of the British Columbia *Rules of Court*, with a demand for discovery of documents. The Quebec statute prohibits *inter alia* the removal from the province of documents of business concerns in Quebec that are required pursuant to judicial processes outside the province. The fundamental issue is whether this statute is *ultra vires* or whether it is constitutionally inapplicable to a judicial proceeding in another province.

During various stages of the proceedings, the appellant has claimed that the Act does not provide an excuse from production of the documents sought in British Columbia for the following reasons: (1) the Act is *ultra vires* the National Assembly of Quebec, or, alternatively, it is constitutionally inapplicable to a judicial proceeding in another province; (2) the Act is contrary to the public policy of British Columbia; or (3) the Act is not mandatory and failure to comply with discovery constituted bad faith on the part of the respondents. In connection with the first issue, the Chief

entraînant inévitablement une injustice pour les justiciables. Cette coordination face à la diversité ressortit tant au droit international privé qu'au droit international public. Elle constitue aussi l'un des principaux objectifs du partage des compétences entre les gouvernements fédéral et provinciaux dans une fédération. Le présent pourvoi soulève des questions qui se situent à la limite du droit international privé et du droit constitutionnel. Dans la recherche d'un équilibre pratique entre la diversité et l'uniformité, il faut être conscient des similitudes mais également des différences qui existent sur le plan de l'équilibre atteint dans les règles de ces deux branches du droit.

La question qui se pose immédiatement dans le présent pourvoi est d'abord de savoir si les dispositions de la *Loi sur les dossiers d'entreprises* du Québec, L.R.Q., ch. D-12, qui est une loi qui prohibe la communication de documents, fournissent une «excuse légitime» au sens du par. 2(5) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique, de sorte que les défendeurs du Québec dans une action civile intentée en Colombie-Britannique puissent refuser de se conformer à une demande de communication de documents fondée sur l'art. 26 des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique. La loi québécoise interdit notamment de transporter hors de la province des documents d'entreprises qui sont exigés relativement à des procédures judiciaires à l'extérieur de la province. La question fondamentale est de savoir si cette loi est inconstitutionnelle ou si elle est constitutionnellement inapplicable à des procédures judiciaires dans une autre province.

À divers stades des procédures, l'appelant a soutenu que la Loi n'exempte pas de produire les documents demandés en Colombie-Britannique pour les motifs suivants: (1) la Loi outrepassa la compétence de l'Assemblée nationale du Québec ou, subsidiairement, elle est constitutionnellement inapplicable à des procédures judiciaires dans une autre province, (2) la Loi est contraire à l'ordre public de la Colombie-Britannique, ou (3) la Loi n'est pas impérative et l'omission de communiquer les documents requis constituait de la mauvaise foi de la part des intimées. Quant à la première ques-

Justice on June 2, 1992 stated the following constitutional question:

Is s. 2 of the Quebec *Business Concerns Records Act*, R.S.Q., c. D-12, *ultra vires* the National Assembly of Quebec or constitutionally inapplicable because its pith and substance is a derogation from extraprovincial rights?

The respondents contest all these issues, and also contest the jurisdiction of this Court to hear the constitutional question. They claim that this Court can only exercise the powers the British Columbia courts could, and that the latter lacked jurisdiction to rule on the constitutionality of a Quebec statute.

### Background

The appellant, George Hunt, suffers from cancer which he alleges was caused by the inhalation of asbestos fibres to which he was exposed while working as an electrician at the Victoria Machinery Depot in Victoria, British Columbia. These fibres, it is further alleged, were contained in products designed, manufactured, packaged, advertised, distributed, promoted and sold by a number of companies, including the respondents, which are Quebec companies involved in the production and distribution of asbestos.

The appellant and a number of other plaintiffs, supported by the Workers' Compensation Board of British Columbia, brought action against the respondents for damages, alleging negligent manufacture, negligent failure to warn against dangerous effects of the fibres, and conspiracy to hide the dangers of asbestos from the public. An earlier application to strike the appellant's statement of claim was dismissed by this Court in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959. The respondents then challenged the jurisdiction of the British Columbia Supreme Court and sought a stay of proceedings; see *Hunt v. T&N, plc*, Vancouver Reg. No. C885383, June 30, 1989. The British Columbia Supreme Court dismissed the application, and leave to appeal that decision to the British

tion, le Juge en chef a, le 2 juin 1992, formulé la question constitutionnelle suivante:

L'article 2 de la *Loi sur les dossiers d'entreprises*, L.R.Q., ch. D-12, outrepassé-t-il la compétence de l'Assemblée nationale du Québec ou est-il constitutionnellement inapplicable pour le motif qu'il constitue, de par son caractère véritable, une dérogation à des droits extraprovinciaux?

Les intimées contestent toutes ces allégations ainsi que la compétence de notre Cour pour entendre la question constitutionnelle. Elles affirment que notre Cour ne peut exercer que les pouvoirs dont sont investis les tribunaux de la Colombie-Britannique et que ceux-ci n'étaient pas compétents pour statuer sur la constitutionnalité d'une loi québécoise.

### d Les faits

L'appelant George Hunt souffre d'un cancer qui, selon lui, a été causé par l'inhalation de fibres d'amiante auxquelles il a été exposé pendant qu'il travaillait comme électricien au Victoria Machinery Depot à Victoria, en Colombie-Britannique. Il allègue aussi que ces fibres étaient contenues dans des produits conçus, fabriqués, emballés, annoncés, distribués, promus et vendus par un certain nombre de sociétés, dont les intimées qui sont des entreprises québécoises de production et de distribution d'amiante.

L'appelant et un certain nombre d'autres demandeurs, appuyés par la Workers' Compensation Board de la Colombie-Britannique, ont intenté une action en dommages-intérêts contre les intimées, dans laquelle ils alléguent qu'il y avait eu négligence dans la fabrication des produits, que l'on avait fait preuve de négligence en omettant d'avertir des effets dangereux des fibres et qu'il y avait eu complot en vue de cacher au public les dangers de l'amiante. Dans l'arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, notre Cour a rejeté une requête antérieure en radiation de la déclaration de l'appelant. Les intimées ont ensuite contesté la compétence de la Cour suprême de la Colombie-Britannique et demandé l'arrêt des procédures; voir *Hunt c. T&N, plc*, greffe de Vancouver

Columbia Court of Appeal was denied (July 26, 1989).

The appellant then requested production of documents related to the action. The respondents did not respond to this request. On September 11, 1989, the appellant served a demand for discovery of documents under Rule 26(1) of the British Columbia *Rules of Court* on the respondents Atlas Turner Inc. ("Atlas"), Bell Asbestos Mines Limited ("Bell"), Asbestos Corporation Limited ("ACL") and the Quebec Asbestos Mining Association and National Gypsum Co. ("QAMA"). A demand for discovery had been served on Johns-Manville Amiante Canada Inc. on June 23, 1989. JM Asbestos Inc. ("JM") was later substituted for the latter defendant. In response to these demands, both JM and QAMA asserted that the Act prevented compliance with the demands; the other respondents made no reply. On October 2, 1989, the principal shareholders of the respondents Atlas, Bell and ACL petitioned the Quebec Provincial Court for an order, pursuant to s. 4 of the Act, preventing the companies from sending documents out of the province. Bell also petitioned for a similar order against QAMA. On November 17, 1989, the principal shareholder of JM made a similar petition. All these orders were granted. In 1980, the Attorney General of Quebec had applied for an order pursuant to the Act against the respondent Lac d'Amiante du Québec Ltée ("Lac d'Amiante") with respect to another action. On April 26, 1989, Lac d'Amiante appealed that order to the Quebec Court of Appeal. The appeal was dismissed; see *Québec (Procureur général) v. Lac d'Amiante du Québec Ltée* (1989), 24 Q.A.C. 235. An application for leave to appeal to this Court was dismissed on November 23, 1989: [1989] 2 S.C.R. viii.

On October 3, 1989, the appellant served Atlas, Bell, ACL and QAMA with a notice of motion for an order compelling discovery of lists of docu-

n° C885383, le 30 juin 1989. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a rejeté la requête et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a refusé l'autorisation d'en appeler de cette décision (26 juillet 1989).

L'appelant a alors demandé la production de documents liés à l'action. Les intimées n'ont pas répondu à cette demande. Le 11 septembre 1989, l'appelant a fait signifier une demande de communication de documents aux intimées Atlas Turner Inc. («Atlas»), Bell Asbestos Mines Limited («Bell»), Société Asbestos Limitée («SAL»), l'Association des mines d'amiante du Québec («AMAQ») et National Gypsum Co., conformément au par. 26(1) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique. Une demande de communication avait été signifiée à Johns-Manville Amiante Canada Inc. le 23 juin 1989. JM Asbestos Inc. («JM») a été substituée plus tard à cette dernière défenderesse. En réponse à ces demandes, JM et l'AMAQ ont affirmé que la Loi les empêchait d'y acquiescer; les autres intimées n'ont pas répondu. Le 2 octobre 1989, les principaux actionnaires des intimées Atlas, Bell, et SAL ont demandé à la Cour provinciale du Québec de rendre, conformément à l'art. 4 de la Loi, une ordonnance empêchant les sociétés d'envoyer des documents hors de la province. Bell a demandé qu'une ordonnance similaire soit rendue contre l'AMAQ. Le 17 novembre 1989, l'actionnaire principal de JM a présenté une requête semblable. Toutes ces ordonnances ont été accordées. En 1980, le procureur général du Québec avait demandé qu'une ordonnance soit rendue, conformément à la Loi, contre l'intimée Lac d'Amiante du Québec Ltée («Lac d'Amiante») relativement à une autre action. Le 26 avril 1989, Lac d'Amiante en a appelé de cette ordonnance devant la Cour d'appel du Québec. L'appel a été rejeté; voir *Québec (Procureur général) c. Lac d'Amiante du Québec Ltée* (1989), 24 Q.A.C. 235. Une demande d'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été rejetée le 23 novembre 1989: [1989] 2 R.C.S. viii.

Le 3 octobre 1989, l'appelant a signifié à Atlas, Bell, SAL et AMAQ un avis de requête visant à obtenir une ordonnance leur enjoignant de commu-

ments. Notice was served on JM on October 10, 1989. Both applications were adjourned at the request of the respondents. On October 12, 1989, Atlas, Bell and ACL gave "lists of documents" listing no documents, claiming that the orders under the Quebec statute prevent disclosure. JM had done the same earlier. The appellant then applied to the Supreme Court of British Columbia for an order compelling the production of the documents. The chambers judge, Esson C.J.S.C., dismissed the application: (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 390, 67 D.L.R. (4th) 687, [1990] 3 W.W.R. 558. The appellant unsuccessfully appealed to the Court of Appeal of British Columbia: (1991), 56 B.C.L.R. (2d) 365, 81 D.L.R. (4th) 763, [1991] 5 W.W.R. 475, 48 C.P.C. (2d) 247, 3 B.C.A.C. 138, 7 W.A.C. 138. Leave to appeal to this Court was granted on January 16, 1992: [1992] 1 S.C.R. viii.

### Judicial History

*Supreme Court of British Columbia* (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 390

After reviewing the history of the Act, Esson C.J.S.C. defined the basic issue as "whether considerations of comity require this court to respect the law of another province by accepting, as an excuse for not complying with the ordinary requirements of our rules, the prohibition in that law" (p. 394). He declined to rule on the constitutional validity of the Quebec statute, stating that he was not aware of any precedent where provincial legislation had been struck down by a court in another province. In any event, he would not entertain such a submission without hearing from the Attorney General or other appropriate representative of Quebec. He therefore proceeded on the assumption that the legislation was valid.

The Chief Justice observed that the orders under s. 4 of the Act had been obtained at the petition of shareholders in the companies, and not by the

niquer des listes de documents. Un avis a été signifié à JM le 10 octobre 1989. Les deux requêtes ont été ajournées à la demande des intimées. Le 12 octobre 1989, Atlas, Bell et SAL ont remis des «listes de documents» qui ne faisaient état d'aucun document, prétendant que les ordonnances rendues en vertu de la loi québécoise en interdisaient la communication. JM avait fait de même auparavant. L'appellant a alors demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique de délivrer une ordonnance enjoignant de produire les documents. Le juge en chef Esson de la Cour suprême, siégeant en chambre, a rejeté cette requête: (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 390, 67 D.L.R. (4th) 687, [1990] 3 W.W.R. 558. L'appellant a interjeté sans succès un appel devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique: (1991), 56 B.C.L.R. (2d) 365, 81 D.L.R. (4th) 763, [1991] 5 W.W.R. 475, 48 C.P.C. (2d) 247, 3 B.C.A.C. 138, 7 W.A.C. 138. L'autorisation de pourvoi devant notre Cour a été accordée le 16 janvier 1992: [1992] 1 R.C.S. viii.

### Historique des procédures judiciaires

*Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1990), 43 B.C.L.R. (2d) 390

Après avoir fait l'historique de la Loi, le juge en chef Esson a affirmé que la question fondamentale était de savoir [TRADUCTION] «si notre cour est tenue, pour des motifs de courtoisie, de respecter la loi d'une autre province en acceptant, comme excuse pour ne pas se conformer aux prescriptions ordinaires de nos règles, la prohibition contenue dans cette loi» (p. 394). Il a refusé de statuer sur la constitutionnalité de la loi québécoise, en affirmant qu'il ne connaissait aucun précédent dans lequel une loi provinciale avait été invalidée par un tribunal d'une autre province. De toute façon, il n'aurait pas examiné un tel argument sans entendre le procureur général ou un autre représentant compétent du Québec. Il a donc tenu pour acquis que la loi en question était valide.

Le Juge en chef a fait observer que les ordonnances fondées sur l'art. 4 avaient été obtenues à la demande des actionnaires des sociétés et non par le

Attorney General. He observed that he could not “resist the inference that this was a case of deliberately courting legal impediments to production” (p. 396), but he felt that deliberate courting of legal impediment was of no significance if an effective legal impediment existed in any event. He referred to the reasons of Kaufman J.A. in *Lac d’Amiante, supra*, which found that s. 4 of the Act merely gives the prohibition in s. 2 “greater teeth”. He stated that other Quebec authorities had also interpreted the Act broadly, referring to the Quebec Court of Appeal decision in *Asbestos Corp. v. Eagle-Picher Industries Inc.*, [1984] C.A. 151, which indicated that the prohibition in the Act extended to any form of indirect disclosure as well, for example, even delivery of a list of documents. While the affidavit evidence of a Quebec attorney filed as evidence in the earlier application for a stay of proceedings expressed the opinion that the Act was of more limited application, Esson C.J.S.C. did not consider that he should interpret the Act differently from the cases he had examined. He, therefore, found that the prohibition in the Act is wide and extends to the making of lists of documents, and was not prepared to order that the companies break the Quebec law.

Based on his reading of the cases, the Chief Justice held that the doctrine of comity required the court not to compel the circumvention of the law of another jurisdiction. He noted that while significant, discovery was considerably less vital to civil actions than the ability to compel evidence at trial. Furthermore, he noted that the appellant’s ultimate course would be an order striking out the defence for non-compliance with discovery under Rule 2(5). He indicated that this discretionary remedy would not be given where, as in this case, the non-

Procureur général. Il a fait remarquer qu’il ne pouvait pas [TRADUCTION] «s’empêcher de conclure qu’il s’agissait d’un cas où l’on recherchait délibérément des obstacles légaux à la production» (p. 396), mais il a estimé que la recherche délibérée d’un obstacle légal était sans importance si, de toute façon, il existait effectivement un obstacle légal. Il s’est référé aux motifs du juge Kaufman de la Cour d’appel dans l’arrêt *Lac d’Amiante*, précité, qui avait conclu que l’art. 4 de la Loi venait simplement [TRADUCTION] «renforcer» la prohibition énoncée à l’art. 2. Il a dit que la Loi avait aussi été interprétée libéralement ailleurs dans la jurisprudence québécoise, notamment dans l’arrêt de la Cour d’appel du Québec *Asbestos Corp. c. Eagle-Picher Industries Inc.*, [1984] C.A. 151, où l’on a indiqué que la prohibition contenue dans la Loi visait aussi toute forme de communication indirecte, par exemple, même la remise d’une liste de documents. Bien que, dans un affidavit déposé en preuve lors de la requête antérieure visant l’obtention d’un arrêt des procédures, un avocat du Québec ait exprimé l’avis que l’application de la Loi était plus limitée, le juge en chef Esson n’a pas estimé qu’il devrait donner à la Loi une interprétation différente de celle donnée dans les causes qu’il avait étudiées. Il a donc conclu que la prohibition énoncée dans la Loi est générale et qu’elle vise la préparation de listes de documents et il n’était pas disposé à ordonner que les sociétés enfreignent la loi québécoise.

Le Juge en chef s’est fondé sur son interprétation de la jurisprudence pour conclure que la théorie de la courtoisie contraignait la cour à ne pas exiger que l’on contourne l’application de la loi d’un autre ressort. Il a fait remarquer que, même si la communication de la preuve était importante, elle était beaucoup moins indispensable à une action civile que la capacité de contraindre des personnes à témoigner au procès. De plus, il a souligné que le recours ultime de l’appelant consisterait à invoquer le par. 2(5) pour demander une ordonnance radiant la défense pour refus de communiquer des documents. Il a indiqué que ce redressement discrétionnaire ne serait pas accordé

compliance to provide discovery of documents was based on a legal prohibition.

*British Columbia Court of Appeal* (1991), 56 B.C.L.R. (2d) 365

Gibbs J.A., for a unanimous Court of Appeal, accepted the ruling of Esson C.J.S.C. that the British Columbia courts do not have jurisdiction over the constitutional validity of a Quebec statute, and that he could not be faulted for not entertaining the matter without hearing from the Attorney General of Quebec. Gibbs J.A. noted that in order to be heard on the appeal, the Attorney General would have to apply for intervener status and would have to accept the record below unless leave to introduce fresh evidence was granted, and held that it was not open to the appellant to impose such obligations on the Attorney General. The court did not, therefore, call on the Quebec respondents to reply to the constitutional submissions. Consequently, like Esson C.J.S.C., the court acted on the basis that the Quebec Act was valid.

This, Gibbs J.A. stated, led to conflict between the public policies of British Columbia as reflected in the *Rules of Court* and the Quebec statute. He noted that Esson C.J.S.C. had resolved that conflict by applying the doctrine of comity as between the provinces. That view, Gibbs J.A. thought, was supported by this Court's decision in *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*, [1990] 3 S.C.R. 1077. Gibbs J.A. ruled that the principles of comity developed in that case applied as much to the "recognition of, and deference to, validly enacted legislation of a province by the courts of another province" (p. 369).

Nevertheless Gibbs J.A. stated that the courts of one province might refuse to "give cognizance to an enactment of another province designed to intrude into the exclusive legislative field of the first province" (p. 369). Citing the decision of this Court in *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, [1984] 1 S.C.R. 297, he stated that a court must determine the pith and sub-

si, comme en l'espèce, le refus de communiquer des documents reposait sur une prohibition légale.

*Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1991), 56 B.C.L.R. (2d) 365

Le juge Gibbs a accepté, au nom de la Cour d'appel à l'unanimité, la décision du juge en chef Esson voulant que les tribunaux de la Colombie-Britannique n'aient pas compétence pour se prononcer sur la constitutionnalité d'une loi québécoise et qu'on ne puisse lui reprocher de ne pas instruire l'affaire sans entendre le procureur général du Québec. Le juge Gibbs a fait remarquer que, pour être entendu en appel, le Procureur général devrait demander d'être constitué intervenant et accepter le dossier de l'instance inférieure, à moins d'avoir la permission de présenter de nouveaux éléments de preuve, et il a conclu qu'il n'était pas loisible à l'appelant d'imposer de telles obligations au Procureur général. En conséquence, la cour n'a pas demandé aux intimés du Québec de répondre aux arguments d'ordre constitutionnel. Elle a donc, à l'instar du juge en chef Esson, tenu pour acquis que la loi québécoise était valide.

D'après le juge Gibbs, il en est résulté un conflit entre les politiques générales de la Colombie-Britannique, reflétées dans les *Rules of Court*, et la loi québécoise. Il a souligné que le juge en chef Esson avait réglé le conflit en appliquant la théorie de la courtoisie interprovinciale. Selon le juge Gibbs, ce point de vue était appuyé par l'arrêt de notre Cour *Morguard Investments Ltd. c. De Savoye*, [1990] 3 R.C.S. 1077. Il a décidé que les principes de la courtoisie établis dans cet arrêt s'appliquaient tout autant à la [TRADUCTION] «reconnaissance et [au] respect par les tribunaux d'une province des lois validement adoptées par une autre province» (p. 369).

Néanmoins, le juge Gibbs a affirmé que les tribunaux d'une province pourraient refuser de [TRADUCTION] «reconnaître une loi d'une autre province qui est conçue pour empiéter sur son champ de compétence législative exclusive» (p. 369). Citant le *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act* de notre Cour, [1984] 1 R.C.S. 297, il a dit qu'un tribunal doit déterminer

stance of the impugned statute. He reasoned that the Quebec statute had been enacted over 30 years ago, and that the incidental or consequential effect on the appellant now, in British Columbia, did not render the Act *ultra vires*.

On the other issues raised, the Court of Appeal agreed with the reasons and conclusions of Esson C.J.S.C. It agreed that the Act constituted an absolute prohibition, and that there was no bad faith by the Quebec companies in seeking orders preventing discovery.

### The Act

For a full understanding of the issues, it is useful to examine the provisions of the Act in more detail. I, therefore, set forth its provisions at length:

1. In this act, the following words mean:

(a) "document": any account, balance sheet, statement of receipts and expenditure, profit and loss statement, statement of assets and liabilities, inventory, report and any other writing or material forming part of the records or archives of a business concern;

(b) "concern": any business concern in Québec;

(c) "requirement": any demand, direction, order, subpoena or summons.

2. Subject to section 3, no person shall, pursuant to or under any requirement issued by any legislative, judicial or administrative authority outside Québec, remove or cause to be removed, or send or cause to be sent, from any place in Québec to a place outside Québec, any document or résumé or digest of any document relating to any concern.

3. The prohibition enacted in section 2 shall not apply in the case of the removal or sending of a document out of Québec

(a) by an agency, branch, company or firm carrying on business in Québec, to a principal, head office, affiliated company or firm, agency or branch situated outside Québec, in the ordinary course of their business;

le caractère véritable de la loi attaquée. Il a indiqué que la loi québécoise avait été adoptée il y a plus de 30 ans et que son effet accessoire ou ses répercussions sur l'appelant aujourd'hui, en Colombie-Britannique, ne la rendaient pas inconstitutionnelle.

Quant aux autres questions soulevées, la Cour d'appel a accepté les motifs et les conclusions du juge en chef Esson. Elle a convenu que la Loi établissait une interdiction absolue et que ce n'était pas de mauvaise foi que les sociétés québécoises avaient demandé des ordonnances empêchant la communication de documents.

### La Loi

Pour bien comprendre les questions en litige, il est utile d'examiner les dispositions de la Loi plus en détail. Voici donc le texte intégral de ces dispositions:

1. Dans la présente loi, les mots suivants désignent:

a) «document»: un compte, un bilan financier, un état des recettes et des dépenses, un état des profits et pertes, un état de l'actif et du passif, un inventaire, un rapport et tout autre écrit ou pièce faisant partie des dossiers ou archives d'une entreprise d'affaires;

b) «entreprise»: toute entreprise d'affaires au Québec;

c) «réquisition»: une demande, une instruction, un ordre, un subpoena ou une sommation.

2. Sous réserve de l'article 3, nul ne peut, à la suite ou en vertu d'une réquisition émanant d'une autorité législative, judiciaire ou administrative extérieure au Québec, transporter ou faire transporter, ou envoyer ou faire envoyer, d'un endroit quelconque au Québec à un endroit situé hors de celui-ci, aucun document ou résumé ou sommaire d'un document relatif à une entreprise.

3. La prohibition stipulée à l'article 2 ne s'applique pas dans le cas de transport ou d'envoi d'un document hors du Québec

a) par une agence, une succursale, une compagnie ou une maison d'affaires exerçant son activité au Québec, à un principal, un siège social, une compagnie ou une maison d'affaires affiliée, une agence ou une succursale située hors du Québec, dans le cours ordinaire de leurs affaires;



(b) by or on behalf of a company or person, as defined by the Securities Act, (chapter V-1) carrying on business in Québec, to a territory subject to another political jurisdiction in which the sale of the securities of such company or person has been authorized;

(c) by or on behalf of any such company or person carrying on business in Québec as a broker, security issuer or salesman within the meaning of the Securities Act, to a territory subject to another political jurisdiction in which any such company or person has been registered or is otherwise authorized to carry on business as broker, security issuer or salesman, as the case may be;

(d) whenever such removal or sending is authorized by any law of Québec or of the Parliament of Canada, in accordance with their respective jurisdictions.

4. Whenever there is reason to believe that a requirement has been or is likely to be made for the removal or sending out of Québec of a document relating to a concern, the Attorney General may apply to a judge of the Court of Québec, in the judicial district where the concern in question is located, for an order requiring any person, whether or not designated in the requirement, to furnish an undertaking or security to ensure that such person will not remove or send out of Québec the document mentioned in the said requirement.

The application to the judge of the Court of Québec shall be made by summary petition. In case of urgency, it may be filed and presented to the judge without prior service. The judge may however order the service thereof within such delay, in such manner and on such conditions as he may consider expedient.

Every person having an interest in a concern may exercise the rights contemplated in this section.

5. Every person who, having received notice of a petition to a judge of the Court of Québec under section 4, infringes the provisions of section 2, shall be guilty of contempt of court and liable to one year's imprisonment.

Every person who has furnished, or has received from the judge an order to furnish, an undertaking or security and who infringes the provisions of section 2 shall be guilty of contempt of court and liable to one year's imprisonment, without prejudice to any penalty or obligation provided by the undertaking or security furnished or ordered by the judge.

b) par ou de la part d'une compagnie ou personne, telles que définies par la Loi sur les valeurs mobilières (chapitre V-1), faisant affaires au Québec, dans un territoire soumis à une autre juridiction politique dans lequel la vente des valeurs mobilières de cette compagnie ou de cette personne a été autorisée;

c) par ou de la part d'une telle compagnie ou d'une telle personne faisant affaires au Québec comme courtier, émetteur de valeurs mobilières ou vendeur au sens de la Loi sur les valeurs mobilières, dans un territoire soumis à une autre juridiction politique dans lequel une telle compagnie ou personne a été enregistrée ou autrement autorisée à exercer le commerce de courtier, émetteur de valeurs mobilières ou vendeur, selon le cas;

d) lorsqu'un tel transport ou envoi est autorisé par une loi du Québec ou du parlement du Canada, suivant leur juridiction respective.

4. Lorsqu'il y a lieu de croire qu'une réquisition a été ou sera probablement faite pour le transport ou l'envoi hors du Québec d'un document relatif à une entreprise, le procureur général peut s'adresser à un juge de la Cour du Québec, dans le district judiciaire où est située l'entreprise en question, pour obtenir une ordonnance enjoignant à toute personne, désignée ou non dans la réquisition, de fournir un engagement ou un cautionnement pour garantir qu'elle ne transportera ni n'enverra hors du Québec le document mentionné dans ladite réquisition.

La demande au juge de la Cour du Québec se fait par requête sommaire. Au cas d'urgence, elle peut être produite et présentée au juge sans signification préalable. Le juge peut toutefois en ordonner la signification dans tel délai, de telle manière et à toute condition qu'il juge à propos de déterminer.

Toute personne intéressée dans une entreprise peut exercer les prérogatives prévues au présent article.

5. Toute personne qui, après avoir reçu un avis d'une requête adressée à un juge de la Cour du Québec en vertu de l'article 4, contrevient aux dispositions de l'article 2, est coupable d'outrage au tribunal et passible d'un an d'emprisonnement.

Toute personne qui a fourni, ou qui a reçu du juge l'ordre de fournir, un engagement ou un cautionnement et qui contrevient aux dispositions de l'article 2 est coupable d'outrage au tribunal, et passible d'un an d'emprisonnement, sans préjudice de toute peine ou obligation stipulée dans l'engagement ou le cautionnement fourni ou ordonné par le juge.

As can be seen, s. 2 (as construed pursuant to the definition in s. 1) provides a general prohibition, subject to exceptions in s. 3 not applicable here, against the removal from the province to any place outside the province of any business document relating to any business concern in Quebec, in pursuance of any requirement, i.e., demand, direction, order, subpoena or summons, of, *inter alia*, a judicial authority outside the province. Section 4 then provides that the Attorney General, or any person interested in the concern, may apply to a Quebec court in the judicial district where the concern is located for an order requiring a person to furnish an undertaking or security to ensure that a document mentioned in s. 2 shall not be removed out of Quebec pursuant to a judicial or other requirement. Finally, s. 5 provides that anyone who, having received a notice of an application under s. 4, or having furnished or been ordered to furnish an undertaking or security under s. 4, infringes s. 2, is guilty of contempt of court and is liable to one year's imprisonment.

The Act, like its counterpart in Ontario upon which it is patterned, was enacted, we were told, as a defence to the extraterritorial reach of United States anti-trust legislation and perhaps other forms of foreign judicial interference. In a colourful passage cited by Esson C.J.S.C. in the court below, the Quebec newspaper *L'Événement* of February 21, 1958, purports to report a speech by the then Premier of Quebec in introducing the Bill which makes it clear that its object was to prevent foreign, and specifically American, intrusions of that kind. The Quebec courts have on a number of occasions asserted that this was indeed the purpose of the legislation. Thus in *Renault v. Bell Asbestos Mines Ltd.*, [1976] C.P. 284, the Quebec Provincial Court expressed the view that the main purpose of the Act is [TRANSLATION] "to protect Canadian businesses or subsidiaries against the implementation of American or foreign anti-trust laws" (p. 287). That cannot be considered the last word

Comme on peut le constater, l'art. 2 (interprété conformément à la définition de l'art. 1) établit une prohibition générale, sujette aux exceptions énoncées à l'art. 3 qui ne sont pas applicables en l'espèce, de transporter du Québec à un endroit quelconque situé hors de cette province tout document relatif à une entreprise au Québec, à la suite d'une réquisition, c'est-à-dire d'une demande, d'une instruction, d'un ordre, d'un subpoena ou d'une sommation émanant notamment d'une autorité judiciaire extérieure au Québec. L'article 4 prévoit ensuite que le Procureur général ou toute personne intéressée dans l'entreprise peut s'adresser à un tribunal du Québec, dans le district judiciaire où est située l'entreprise en question, pour obtenir une ordonnance enjoignant à une personne de fournir un engagement ou un cautionnement pour garantir qu'un document mentionné à l'art. 2 ne sera pas transporté hors du Québec à la suite d'une réquisition émanant d'une autorité judiciaire ou autre. Enfin, l'art. 5 prévoit que toute personne qui contrevient à l'art. 2, après avoir reçu un avis de requête fondée sur l'art. 4 ou après avoir fourni ou reçu l'ordre de fournir un engagement ou un cautionnement en vertu de l'art. 4, est coupable d'outrage au tribunal et passible d'un an d'emprisonnement.

La Loi, tout comme son équivalent ontarien dont elle s'inspire, a été adoptée, nous a-t-on dit, pour faire obstacle à l'application extraterritoriale des lois américaines antitrusts et peut-être à d'autres formes d'ingérence judiciaire étrangère. Dans un passage coloré cité par le juge en chef Esson du tribunal de première instance, le journal québécois *L'Événement* du 21 février 1958 reproduit une allocution que le premier ministre du Québec d'alors aurait prononcée au moment du dépôt du projet de loi et qui établit clairement que ce projet de loi visait à empêcher des ingérences étrangères, et particulièrement américaines, de ce genre. À maintes reprises, les tribunaux du Québec ont affirmé que c'était vraiment là le but de la Loi. Ainsi, dans la décision *Renault c. Bell Asbestos Mines Ltd.*, [1976] C.P. 284, la Cour provinciale du Québec a exprimé l'avis que la Loi a surtout pour but «de protéger les entreprises ou filiales canadiennes à l'encontre de l'application des lois

on the issue, however. The Quebec Court of Appeal, [1980] C.A. 370, though it dealt with the case on the assumption that the Provincial Court's conclusion on the point was correct, indicated that this was not expressly stated in the Act and that there was no preamble (p. 372). However, in *Benesh, Friedlander, Coplan & Aronoff v. Nesmith*, [1983] C.S. 790, at p. 793, it was again held that the objective of the Act "is generally conceded to be the protection of Québec businesses from foreign judicial interference such as anti-trust prosecutions . . .".

Despite this supposed narrow objective, the Quebec courts, as Esson C.J.S.C. noted, have nonetheless given the Act a generous interpretation consistent with its very broad terms. Thus in *Lac d'Amiante, supra*, Kaufman J.A. for the Court of Appeal held that it was not necessary in an order under s. 4 of the Act to set forth the relevant specific documents. Such a course, he stated, would be cumbersome and is unnecessary because s. 2 "in any case prohibits the removal of 'any document . . .'" (p. 236). That case, of course, did not relate to antitrust matters. Again in *Asbestos Corp. v. Eagle-Picher Industries Inc., supra*, also a private civil action, the court interpreted the Act as including evidence taken before a rogatory commission in Quebec.

These cases also reject the notion that the Act is confined to documents demanded by foreign authorities and assert that it applies to demands made by judicial authorities in other provinces as well. This view was most recently applied in *2632-7602 Québec Inc. v. Pizza Pizza Canada Inc.*, [1991] R.J.Q. 2951.

There is one case, *Benesh, supra*, in which the Superior Court, per Gomery J., was willing to interpret the Act more narrowly. However, his restriction of the Act to cases involving "consider-

anti-trust américaines ou d'autres pays étrangers» (p. 287). Toutefois, cela ne saurait être considéré comme le dernier mot sur le sujet. Même si elle a examiné l'affaire en tenant pour acquis que la conclusion de la Cour provinciale sur ce point était exacte, la Cour d'appel du Québec, [1980] C.A. 370, a indiqué que ce n'était pas expressément prévu dans la Loi et qu'il n'y avait pas de préambule (p. 372). Toutefois, dans l'affaire *Benesh, Friedlander, Coplan & Aronoff c. Nesmith*, [1983] C.S. 790, à la p. 793, on a de nouveau décidé que l'objectif [TRADUCTION] «généralement reconnu [de la Loi] est la protection des entreprises québécoises contre l'ingérence judiciaire étrangère comme, par exemple, les poursuites fondées sur des lois antitrusts . . .».

En dépit de ce prétendu objectif restreint, les tribunaux québécois, comme le juge en chef Esson l'a fait remarquer, ont donné à la Loi une interprétation généreuse conforme à son texte très général. Ainsi, dans l'arrêt *Lac d'Amiante*, précité, le juge Kaufman de la Cour d'appel a décidé qu'il n'était pas nécessaire qu'une ordonnance fondée sur l'art. 4 de la Loi définisse les documents pertinents. Cela, a-t-il dit, serait embarrassant et est inutile puisque l'art. 2 [TRADUCTION] «interdit, de toute façon, le transport de tout «document . . .»» (p. 236). Bien entendu, cette affaire ne portait pas sur des mesures antitrusts. Une fois de plus, dans l'arrêt *Asbestos Corp. c. Eagle-Picher Industries Inc.*, précité, qui portait aussi sur une action privée au civil, la cour a interprété la Loi comme visant les témoignages recueillis devant une commission rogatoire au Québec.

Dans ces affaires, on a aussi rejeté l'idée que la Loi est limitée aux documents exigés par des autorités étrangères, pour affirmer qu'elle s'applique également aux demandes faites par les autorités judiciaires d'autres provinces. Le cas le plus récent où ce point de vue a été appliqué est la décision *2632-7602 Québec Inc. c. Pizza Pizza Canada Inc.*, [1991] R.J.Q. 2951.

Dans l'affaire *Benesh*, précitée, le juge Gomery, s'exprimant au nom de la Cour supérieure, était disposé à donner une interprétation plus restrictive à la Loi. Toutefois, il est loin d'être évident que la

ations of public policy” is far from clear, and the Act does not make it a matter of discretion. Again his notion that the term “documents” does not include letters to third parties would seem doubtful even if the Act were confined to antitrust cases, for that is a common means of proof in such cases. What is more, this approach conflicts with that taken by the Quebec Court of Appeal; see, for example, *Renault, supra*, at p. 371.

One commentator also argues that the Court of Appeal should have given a narrower interpretation to the Act on the basis of another Quebec statute, the *Special Procedure Act*, R.S.Q., c. P-27, and that there is no penalty specifically attached to violating the general prohibition in s. 2 of the Act; see E. Groffier, *Précis de droit international privé québécois* (4th ed. 1990), at p. 234. In the present case, however, there was a court order and in that event a sanction exists under s. 5 of the Act.

While an argument might be mounted against the position taken by the Quebec Court of Appeal, Esson C.J.S.C. and the British Columbia Court of Appeal can scarcely be faulted for accepting the Quebec Court of Appeal’s position under the common law rule which holds that the law of another jurisdiction is a question of fact. Whether the British Columbia court could under the provision in the British Columbia *Evidence Act*, R.S.B.C. 1979, c. 116, permitting courts to take judicial notice of the laws of other jurisdictions permit a different approach to issues of foreign law was not argued and I, therefore, refrain from commenting on it. It would in any event be unusual for a British Columbia court to ignore the guidance of the Court of Appeal of Quebec respecting the interpretation of a Quebec statute.

This Court, as I will indicate, is not in the same position as the British Columbia court in dealing

Loi puisse être limitée, comme il l’estime, aux affaires qui mettent en cause des [TRADUCTION] «considérations d’ordre public» et la Loi n’en fait pas une question de pouvoir discrétionnaire. Encore une fois, l’idée qu’il exprime selon laquelle le terme «documents» ne s’entend pas des lettres à des tiers semblerait douteuse même si la Loi était limitée aux affaires portant sur des mesures anti-trusts, car il s’agit d’un moyen de preuve courant dans ce type d’affaires. Qui plus est, son point de vue s’oppose à celui que la Cour d’appel du Québec a adopté; voir, par exemple, l’arrêt *Renault*, précité, à la p. 371.

Un auteur fait également valoir que la Cour d’appel aurait dû interpréter la Loi plus restrictivement en fonction d’une autre loi québécoise, la *Loi sur certaines procédures*, L.R.Q., ch. P-27, et que la violation de la prohibition générale de l’art. 2 de la Loi n’est assortie d’aucune peine précise; voir E. Groffier, *Précis de droit international privé québécois* (4<sup>e</sup> éd. 1990), à la p. 234. En l’espèce, cependant, une ordonnance judiciaire avait été rendue et, en pareil cas, une peine est applicable en vertu de l’art. 5 de la Loi.

Même s’il était possible d’argumenter contre le point de vue adopté par la Cour d’appel du Québec, on ne saurait guère reprocher au juge en chef Esson de la Cour suprême et à la Cour d’appel de la Colombie-Britannique d’accepter le point de vue de la Cour d’appel du Québec, en vertu de la règle de common law voulant que la loi d’un autre ressort est une question de fait. On n’a pas débattu la question de savoir si, en vertu de la disposition de la *Evidence Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 116, de la Colombie-Britannique qui permet aux tribunaux de prendre connaissance d’office des lois d’autres ressorts, le tribunal de la Colombie-Britannique pourrait permettre d’aborder différemment des questions de droit étranger, et je m’abstiens donc de faire des commentaires à ce sujet. De toute façon, il serait curieux qu’un tribunal de la Colombie-Britannique ne tienne pas compte des directives de la Cour d’appel du Québec au sujet de l’interprétation d’une loi québécoise.

Notre Cour, comme je vais l’expliquer, n’est pas dans la même situation que le tribunal de la

with the laws of another province. But in his argument in this Court, the appellant did not really attack the broad interpretation given to the Act. In fact, during oral argument, counsel for the appellant, the respondents and the interveners the Attorney General of Quebec all supported a broad interpretation. What the appellant really contested in this Court was that the Act was either *ultra vires* the Province of Quebec, as being in relation to a matter outside the province, or inapplicable as it applied to other provinces under the principles set forth by this Court in *Morguard*. Indeed the latter was the principal battleground during oral argument. Because of this, I propose to deal with the case on that basis. While, as I indicated, it may be possible to mount an argument for a narrower application of the Act, that argument was not fully made before this Court. Moreover, the Act is written in very broad terms and a full argument for reading it down might well require a consideration of constitutional requirements in any event.

May the British Columbia Court Consider the Constitutionality of the Quebec Statute?

Before considering the issue of constitutionality, it is necessary to examine a preliminary question raised by the respondents and the Attorney General of Quebec. They submit that this Court has no jurisdiction to consider the constitutionality of this Act. This, they say, flows from the operation of s. 45 of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26, which, they maintain, restricts this Court's jurisdiction to what the courts below could have done, citing a remark from Beetz J.'s reasons in *Attorney General of Canada v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170, at p. 216. The courts below, they continue, properly accepted that they had no jurisdiction to rule on the constitutionality of the Quebec statute. Consequently, in their submission, this

Colombie-Britannique pour ce qui est d'examiner les lois d'une autre province. Mais dans l'argumentation qu'il a présentée à notre Cour, l'appellant n'a pas vraiment attaqué l'interprétation large donnée à la Loi. En fait, durant leur argumentation orale, les avocats de l'appellant, des intimées et de l'intervenant le procureur général du Québec se sont tous dit en faveur d'une interprétation large. Ce que l'appellant a effectivement fait valoir devant notre Cour, c'est que la Loi outrepassse la compétence de la province de Québec du fait qu'elle se rapporte à une matière hors de la province, ou encore qu'elle est inapplicable aux autres provinces suivant les principes énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Morguard*. En fait, c'est surtout sur ce dernier point qu'a porté l'argumentation orale. Voilà pourquoi je me propose d'examiner l'affaire sous cet angle. Bien qu'il soit possible, comme je l'ai indiqué, d'argumenter en faveur d'une interprétation plus restrictive de la Loi, notre Cour n'a pas été saisie pleinement d'une telle argumentation. De plus, la Loi est rédigée en termes très généraux et, de toute façon, une argumentation complète en faveur d'une interprétation atténuée pourrait bien requérir un examen des exigences constitutionnelles.

Le tribunal de la Colombie-Britannique peut-il examiner la constitutionnalité de la loi québécoise?

Avant d'étudier la question de la constitutionnalité, il est nécessaire d'examiner une question préliminaire soulevée par les intimées et par le procureur général du Québec. Ils soutiennent que notre Cour n'est pas compétente pour examiner la constitutionnalité de la présente Loi. Citant une remarque tirée des motifs du juge Beetz dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170, à la p. 216, ils affirment que cela découle de l'application de l'art. 45 de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26, qui, selon eux, limite la compétence de notre Cour à ce que les juridictions inférieures auraient pu faire. Ils ajoutent que les juridictions inférieures ont reconnu à bon droit qu'elles n'avaient pas compétence pour statuer sur la constitutionnalité de la loi québécoise. Par conséquent, ils soutiennent que notre Cour n'est pas compétente pour répondre à la

Court lacks jurisdiction to reply to the constitutional question framed by the Chief Justice.

I do not agree with this submission. In my view, the jurisdiction to at least consider the constitutionality of another province's legislation can be found in the right of any superior court to consider and make findings of fact respecting the law of another jurisdiction for the purposes of litigation before it. This jurisdiction to consider the laws of another province seems to me to be even more clearly justified when both jurisdictions are Canadian and governed by our Constitution. I will look at each of these questions in turn, and then address the specific jurisdiction of this Court in the interpretation of the laws of every province and their constitutionality.

#### Ordinary Power of Courts to Consider the Constitutionality of Foreign Law

I begin by noting that at common law the issue of what is foreign law, which most frequently but not exclusively arises in conflicts law, is a question of fact to be determined by the trial judge. In the present case, the law of Quebec is clearly a material fact for the consideration of whether there was a "lawful excuse" under Rule 2(5) of the British Columbia *Rules of Court* for failing to obey that province's rules for discovery. It is also a material fact in relation to the public policy of British Columbia. Since the Quebec statute is material to these issues, it follows that the validity of that statute, its constitutionality, is equally material.

In determining what constitutes foreign law, there seems little reason why a court cannot hear submissions and receive evidence as to the constitutional status of foreign legislation. There is nothing in the authorities cited by the respondents that goes against this proposition. Quite the contrary, *Buck v. Attorney-General*, [1965] 1 All E.R. 882 (C.A.), holds only that a court has no jurisdiction to make a declaration as to the validity of the constitution of a foreign state. That would violate the

question constitutionnelle formulée par le Juge en chef.

Je ne souscris pas à cet argument. À mon avis, la compétence pour examiner à tout le moins la constitutionnalité d'une loi d'une autre province peut se fonder sur le droit de toute cour supérieure d'examiner la loi d'un autre ressort pour les fins du litige dont elle est saisie et de tirer des conclusions de fait à cet égard. Cette compétence pour examiner les lois d'une autre province me semble être d'autant plus justifiée si les deux ressorts sont canadiens et régis par notre Constitution. Je vais étudier chacune de ces questions à tour de rôle, pour ensuite aborder la compétence particulière que notre Cour possède pour interpréter les lois de chaque province et en examiner la constitutionnalité.

#### Le pouvoir ordinaire des tribunaux d'examiner la constitutionnalité d'une loi étrangère

Je fais d'abord remarquer qu'en common law la question de ce qui constitue une loi étrangère, qui se pose le plus fréquemment mais non exclusivement en droit international privé, est une question de fait qui doit être tranchée par le juge du procès. En l'espèce, la loi québécoise est clairement un fait pertinent pour ce qui est de savoir s'il y avait une «excuse légitime», au sens du par. 2(5) des *Rules of Court* de la Colombie-Britannique, pour ne pas se conformer aux règles de cette province en matière de communication de la preuve. Elle est aussi un fait pertinent quant à l'ordre public de la Colombie-Britannique. Comme la loi québécoise est pertinente relativement à ces questions, il s'ensuit que la validité de cette loi, sa constitutionnalité, est également pertinente.

Il semble qu'il y ait peu de raisons pour que le tribunal qui cherche à déterminer ce qui constitue une loi étrangère ne puisse pas entendre des arguments et recevoir des éléments de preuve concernant la constitutionnalité d'une telle loi. La jurisprudence citée par les intimées ne va nullement à l'encontre de cette proposition. Au contraire, tout ce que la cour a décidé dans l'arrêt *Buck c. Attorney-General*, [1965] 1 All E.R. 882 (C.A.), c'est qu'un tribunal n'est pas compétent pour rendre un

principles of public international law. But here nobody is trying to challenge the constitution itself. The issue of constitutionality arises incidentally in the course of litigation. The distinction is clearly made by Lord Diplock in *Buck*, at pp. 886-87:

The only subject-matter of this appeal is an issue as to the validity of a law of a foreign independent sovereign state, in fact, the basic law prescribing its constitution. The validity of this law does not come in question incidentally in proceedings in which the High Court has undoubted jurisdiction as, for instance, the validity of a foreign law might come in question incidentally in an action on a contract to be performed abroad. The validity of the foreign law is what this appeal is about; it is nothing else. This is a subject-matter over which the English courts, in my view, have no jurisdiction.

Similarly in *Manuel v. Attorney General*, [1982] 3 All E.R. 786 (Ch. D.), while it was asserted that the courts of one country should not pronounce on the validity of a statute of another, the case where the question arises merely incidentally is expressly excepted.

The policy reasons for allowing consideration of constitutional arguments in determining foreign law that incidentally arises in the course of litigation are well founded. The constitution of another jurisdiction is clearly part of its law, presumably the most fundamental part. A foreign court in making a finding of fact should not be bound to assume that the mere enactment of a statute necessarily means that it is constitutional. Formal determination of constitutionality is often purely fortuitous. It is often dependent on there happening to be parties interested in challenging the statute. This is unlikely to happen where, as in this case, most of the parties affected are outside the enacting jurisdiction. In this case, the Quebec statute has never been challenged by Quebec litigants because it does not arise in normal litigation in the province, and in extraprovincial litigation, Quebec defendants benefit while Quebec plaintiffs are normally

jugement déclaratoire sur la validité de la Constitution d'un État étranger. Cela violerait les principes du droit international public. Mais, en l'espèce, personne n'essaie d'attaquer la Constitution elle-même. La question de la constitutionnalité est accessoire au litige. Dans l'arrêt *Buck*, lord Diplock fait clairement cette distinction, aux pp. 886 et 887:

[TRADUCTION] Le seul objet du présent appel est une question relative à la validité d'une loi d'un État étranger souverain et indépendant, en fait, de la loi fondamentale qui en prescrit la Constitution. La validité de cette loi n'est pas mise en doute accessoirement dans des procédures à l'égard desquelles la Haute Cour est indubitablement compétente étant donné, par exemple, que la validité d'une loi étrangère pourrait être mise en doute accessoirement dans une action relative à un contrat devant être exécuté à l'étranger. La validité de la loi étrangère est ce dont il est exclusivement question dans le présent appel. À mon avis, il s'agit là d'un sujet sur lequel les tribunaux anglais n'ont pas compétence.

De même, bien que, dans l'affaire *Manuel c. Attorney General*, [1982] 3 All E.R. 786 (Ch. D.), la cour ait affirmé que les tribunaux d'un pays ne devaient pas statuer sur la validité d'une loi d'un autre pays, une exception est expressément prévue pour le cas où la question n'est soulevée qu'accessoirement.

Il existe de bonnes raisons de principe de permettre l'examen d'arguments d'ordre constitutionnel pour statuer sur une loi étrangère qui est soulevée accessoirement dans un litige. La Constitution d'un autre ressort fait clairement partie de son droit et en constitue vraisemblablement la partie la plus fondamentale. Le tribunal étranger qui tire une conclusion de fait ne devrait pas être tenu de présumer qu'une loi est constitutionnelle du simple fait de son adoption. C'est souvent par pur hasard que la constitutionnalité fait l'objet d'une décision formelle, laquelle dépend souvent de l'existence de parties qui ont intérêt à contester la loi en question. Il est peu probable que cela se produira dans un cas où, comme en l'espèce, la plupart des parties touchées sont à l'extérieur du ressort dans lequel la loi en cause a été adoptée. Dans la présente affaire, la loi québécoise n'a jamais été contestée par des justiciables québécois parce qu'elle n'est normale-

unaffected. Why should a litigant not be able to argue constitutionality in the course of litigation that directly raises the issue? As a practical matter, it is not much more difficult to determine constitutionality than any other aspect of foreign law.

The fact that there is no mandatory provision for advising the appropriate Attorney General does not make the procedure invalid. Nor do I see it as resulting in great inconvenience. Situations like this are rare and the findings, essentially of a factual nature, are not binding on the courts of other provinces. And if the constitutional issue is raised in this Court, there are provisions for advising the appropriate Attorney General.

The British Columbia courts in this case were commendably, but in my view excessively, cautious in refusing to consider constitutionality even in this limited sense, at the potential price of injustice to the plaintiff. With respect, I therefore find that the lower courts were in error in believing that the rules of conflicts law prevented consideration of the constitutionality of the laws of another jurisdiction.

The British Columbia courts in this case, therefore, did possess at least the normal court power to consider and make findings of fact as to the constitutionality of the laws of another jurisdiction. Such findings would have affected their conclusions on lawful excuse, comity and public policy. To simply ignore the constitutional issues was an error of law that vitiated their findings. Moreover, there is an additional factor that reinforces and possibly augments the powers of the superior courts to consider the constitutional issues, namely, that both jurisdictions in question are part of the same Canadian federation and governed by the same Constitution. I shall now turn to that issue.

ment pas soulevée dans les litiges engagés dans la province et que, dans les litiges extraprovinciaux, les défendeurs québécois en profitent alors que les demandeurs québécois ne sont normalement pas touchés. Pourquoi une partie ne pourrait-elle pas débattre la question de la constitutionnalité dans le cadre d'un litige où la question se pose directement? En pratique, il n'est pas beaucoup plus difficile de statuer sur la constitutionnalité que sur tout autre aspect d'une loi étrangère.

L'absence de disposition obligeant à aviser le procureur général compétent ne rend pas la procédure invalide. Je ne vois pas non plus de grave inconvénient à cela. Les situations comme la présente sont rares et les conclusions qui sont essentiellement de nature factuelle ne lient pas les tribunaux d'autres provinces. Et si la question constitutionnelle est soulevée devant notre Cour, il existe des dispositions qui prévoient que le procureur général compétent doit être avisé.

En l'espèce, les tribunaux de la Colombie-Britannique ont fait preuve de prudence louable mais, selon moi, excessive en refusant d'examiner la constitutionnalité même dans ce sens limité, au risque d'être injustes envers le demandeur. En toute déférence, je conclus donc que les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur en croyant que les règles du droit international privé empêchaient d'examiner la constitutionnalité des lois d'un autre ressort.

Par conséquent, les tribunaux de la Colombie-Britannique avaient au moins, en l'espèce, le pouvoir normal d'examiner la constitutionnalité des lois d'un autre ressort et de tirer des conclusions de fait à cet égard. Ces conclusions auraient influé sur leurs conclusions en matière d'excuse légitime, de courtoisie et d'ordre public. En ignorant simplement les questions constitutionnelles, ils ont commis une erreur de droit qui a vicié leurs conclusions. Par surcroît, un autre facteur vient renforcer et peut-être augmenter les pouvoirs qu'ont les cours supérieures d'examiner les questions constitutionnelles: les deux ressorts en question font partie de la même fédération canadienne et sont régis par la même constitution. C'est le point que je vais maintenant étudier.



Impact of the Canadian Constitution

It is well established that a range of Canadian courts and tribunals in Canada are empowered to consider the constitutionality of the laws they apply. In doing so, they are applying the principle of the supremacy of the Constitution confirmed by s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*. This Court has had to deal with the implications of this provision on a number of occasions in different contexts. Thus in *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College*, [1990] 3 S.C.R. 570, and *Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board)*, [1991] 2 S.C.R. 5, this Court found that administrative tribunals expressly empowered by their enabling statutes to interpret or apply any law necessary to reach their findings had the power to apply the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Similarly, the Court has ruled that some administrative tribunals are competent to consider issues of the division of powers; see, for example, *Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada*, [1983] 1 S.C.R. 733. The latter decision also held that the Federal Court in the exercise of its statutory jurisdiction had the power and duty to review legislation for constitutionality in determining issues arising before them; see *Northern Telecom*, *supra*, at p. 740.

The same principle applies with, if anything, more force to the provincial superior courts. These are the ordinary courts of the land having inherent jurisdiction over all matters, both federal and provincial, unless a different forum is specified; see *Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 206, at pp. 217-18. Estey J. felicitously put the matter in *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia* (the *Jabour* case), [1982] 2 S.C.R. 307. He stated, at pp. 326-27:

There is, however, another and more fundamental aspect to this issue. The provincial superior courts have always occupied a position of prime importance in the

L'impact de la Constitution canadienne

Il est bien établi qu'une gamme de tribunaux judiciaires et administratifs canadiens sont habilités à examiner la constitutionnalité des lois qu'ils appliquent. Ce faisant, ils appliquent le principe de la primauté de la Constitution confirmé par le par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Notre Cour a eu à examiner la portée de cette disposition à un certain nombre de reprises et dans différents contextes. Ainsi, dans les arrêts *Douglas/Kwantlen Faculty Assn. c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570, et *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5, notre Cour a conclu que les tribunaux administratifs qui sont expressément investis, par leur loi habilitante, du pouvoir d'interpréter ou d'appliquer toute loi nécessaire pour tirer leurs conclusions ont le pouvoir d'appliquer la *Charte canadienne des droits et libertés*. De même, la Cour a décidé que certains tribunaux administratifs sont compétents pour examiner des questions de partage des compétences; voir, par exemple, l'arrêt *Northern Telecom Canada Ltée c. Syndicat des travailleurs en communication du Canada*, [1983] 1 R.C.S. 733. Dans ce dernier arrêt, elle a également décidé que la Cour fédérale a, dans l'exercice de sa compétence légale, le pouvoir et l'obligation de vérifier si une loi est constitutionnelle en tranchant des questions qui lui sont soumises; voir *Northern Telecom*, précité, à la p. 740.

Le même principe s'applique avec encore plus de force aux cours supérieures des provinces. Celles-ci constituent les tribunaux de droit commun du pays qui ont une compétence inhérente sur toutes les matières relevant de la compétence fédérale ou provinciale, sauf si un autre tribunal est désigné; voir l'arrêt *Ontario (Procureur général) c. Pembina Exploration Canada Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 206, aux pp. 217 et 218. Le juge Estey a bien exposé ce point dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia* (l'arrêt *Jabour*), [1982] 2 R.C.S. 307. Il dit, aux pp. 326 et 327:

Cette question revêt cependant un autre aspect plus fondamental. Les cours supérieures des provinces ont toujours occupé une position de premier plan à l'inté-

constitutional pattern of this country. They are the descendants of the Royal Courts of Justice as courts of general jurisdiction. They cross the dividing line, as it were, in the federal-provincial scheme of division of jurisdiction, being organized by the provinces under s. 92(14) of the *Constitution Act* and are presided over by judges appointed and paid by the federal government (sections 96 and 100 of the *Constitution Act*).

This approach, as he noted, is supported by previous cases from as early as *Valin v. Langlois* (1879), 3 S.C.R. 1, where Ritchie C.J. emphasized that these courts "are not mere local courts for the administration of the local laws" (p. 19) but "are the Queen's Courts, bound to take cognizance of and execute all laws, whether enacted by the Dominion Parliament or the Local Legislatures" (p. 20) (emphasis added). See also Pigeon J. in *R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 S.C.R. 695, at p. 713.

This jurisdiction must include a determination of whether the laws sought to be applied are constitutionally valid. In Laskin J.'s words in *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, at p. 151: "The question of the constitutionality of legislation has in this country always been a justiciable question." This was also referred to in *Northern Telecom, supra*, where Estey J. stated, at pp. 741-42:

It is inherent in a federal system such as that established under the *Constitution Act*, that the courts will be the authority in the community to control the limits of the respective sovereignties of the two plenary governments, as well as to police agencies within each of these spheres to ensure their operations remain within their statutory boundaries. Both duties of course fall upon the courts when acting within their own proper jurisdiction. The *Jabour* case, *supra*, was concerned with the superior courts of general jurisdiction in the provinces, but the same principles apply to courts of subordinate jurisdiction when they are acting within their limited jurisdiction as described by their constituting statute. Such courts must, in the application of the laws of the land whether they be federal or provincial statutes, determine, whether the issue arises, the constitutional integ-

rieur du régime constitutionnel de ce pays. Ces cours de compétence générale sont les descendantes des cours royales de justice. Constituées par les provinces en vertu du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle* et présidées par des juges nommés et rémunérés par le gouvernement fédéral (les art. 96 et 100 de la *Loi constitutionnelle*), elles franchissent, pour ainsi dire, la ligne de partage des compétences fédérale et provinciale.

Ce point de vue, comme il l'a fait remarquer, s'appuie sur des précédents qui remontent jusqu'à l'arrêt *Valin c. Langlois* (1879), 3 R.C.S. 1, où le juge en chef Ritchie a souligné que ces cours [TRADUCTION] «ne sont pas de simples tribunaux locaux chargés de l'application des lois locales» (p. 19), mais «sont les tribunaux de la Reine, tenus de prendre connaissance de toutes les lois et de les appliquer, soit qu'elles aient été adoptées par le Parlement du Canada ou par les législatures locales» (p. 20) (je souligne). Voir aussi les motifs du juge Pigeon dans l'arrêt *R. c. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd.*, [1980] 1 R.C.S. 695, à la p. 713.

Cette compétence doit inclure le pouvoir de décider si les lois que l'on cherche à appliquer sont constitutionnelles. Pour reprendre les propos du juge Laskin dans l'arrêt *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, à la p. 151: «La question de la constitutionnalité des lois a toujours été dans ce pays une question réglable par les voies de justice.» Cela a également été mentionné dans l'arrêt *Northern Telecom*, précité, où le juge Estey affirme, aux pp. 741 et 742:

Il est essentiel, dans un régime fédéral comme celui que crée la *Loi constitutionnelle*, que les tribunaux soient, dans la société, l'autorité qui contrôle les bornes de la souveraineté propre des deux gouvernements pléniers et celle qui surveille les organismes à l'intérieur de ces sphères pour vérifier que leurs activités demeurent dans les limites de la loi. Ces deux rôles appartiennent, cela va de soi, aux tribunaux selon leurs compétences respectives. L'arrêt *Jabour*, précité, visait les cours supérieures de compétence générale dans les provinces, mais les mêmes principes s'appliquent aux cours de juridiction inférieure lorsqu'elles agissent dans les limites de leur compétence qui est définie par leur loi constitutive. Ces cours doivent, pour appliquer les lois du pays, que ces lois soient fédérales ou provinciales, déterminer la valeur constitutionnelle de la mesure en

city of the measure in question. Such a court of limited jurisdiction must, of course, be responding to a cause properly before it under its statute.

That is scarcely cause for surprise.

As noted in *Cuddy Chicks, supra*, at p. 14, the source of this jurisdiction is not technically s. 52(1) itself, which is silent on the jurisdictional point *per se*. Rather, the source of the jurisdiction to consider such questions for administrative tribunals is their enabling statutes. The superior courts in the provinces, however, have inherent jurisdiction to enforce the provisions of the Constitution Acts as binding the governments in Canada. Many constitutional challenges arise in the course of "normal" private litigation, and the work of the courts would be stymied if they could not deal with the issue. As B. Strayer has noted (*The Canadian Constitution and the Courts* (3rd ed. 1988), at p. 145), there is little standing issue because

[i]n such cases the individual is seeking to assert some right for himself. In the process of establishing this right he contends that legislation or an administrative act which would interfere with it is invalid. This is an incidental and collateral attack on the legislation or act in the process of claiming a right peculiar to the claimant.

In principle, I see no reason why there should be a categorical rule to prevent a judge from dealing with a constitutional issue that incidentally arises in the ordinary course of litigation. As this Court observed in *Morguard, supra*, the guiding element in the determination of an appropriate forum must be principles of order and fairness. In considering these principles, some of the considerations set forth in *Morguard* bear repeating. At page 1103, the following statement appears:

Why should a plaintiff be compelled to begin an action in the province where the defendant now resides, whatever the inconvenience and costs this may bring, and whatever degree of connection the relevant transaction may have with another province? And why should

cause si le problème se pose. Ces cours qui ont une compétence d'exception doivent, cela va de soi, se prononcer sur une affaire qui est légalement de leur ressort.

a Cela n'est guère étonnant.

b Comme la Cour le souligne, à la p. 14 de l'arrêt *Cuddy Chicks*, précité, techniquement, la source de cette compétence ne se trouve pas dans le par. 52(1) lui-même, lequel est silencieux sur la question de compétence comme telle. La source de la compétence des tribunaux administratifs pour examiner ces questions se trouve plutôt dans leur loi habilitante. Toutefois, les cours supérieures des provinces sont investies d'une compétence inhérente pour appliquer les dispositions des lois constitutionnelles qui lient les gouvernements au Canada. Bien des contestations constitutionnelles se produisent dans le cadre de litiges privés «normaux» et les travaux des tribunaux seraient bloqués s'ils ne pouvaient pas statuer sur la question. Comme l'a fait remarquer B. Strayer, dans *The Canadian Constitution and the Courts* (3<sup>e</sup> éd. 1988), à la p. 145, la question à trancher a une portée restreinte, étant donné que

[TRADUCTION] [e]n pareils cas, le particulier cherche à faire valoir qu'il y a un certain droit. Pour établir l'existence de ce droit, il prétend que la loi ou un acte administratif qui y porterait atteinte est invalide. C'est une attaque accessoire ou indirecte contre la loi ou l'acte au cours de la revendication d'un droit propre au réclamant.

g En principe, je ne vois aucune raison pour laquelle une règle catégorique devrait empêcher un juge de statuer sur une question constitutionnelle qui se pose accessoirement dans le cours normal d'un litige. Comme notre Cour l'a fait observer dans l'arrêt *Morguard*, précité, ce sont les principes d'ordre et d'équité qui doivent nous guider dans le choix d'un tribunal compétent. En examinant ces principes, il vaut la peine de répéter certaines des considérations énoncées dans *Morguard*. À la page 1103, on lit ce qui suit:

Pourquoi un demandeur devrait-il être tenu d'intenter une action dans la province où le défendeur réside présentement, quels que soient les inconvénients et le coût que cela puisse entraîner et quelle que soit la mesure dans laquelle l'opération pertinente peut avoir un lien

the availability of local enforcement be the decisive element in the plaintiff's choice of forum?

I recognize, of course, and this was mentioned in *Morguard*, that these considerations must be weighed against the need for fairness to the defendant as well. This, as is there noted at p. 1103, "requires that the judgment be issued by a court acting through fair process and with properly restrained jurisdiction".

So far as the first of these conditions is concerned, it is difficult to question the basic fairness of the process given the essentially unitary nature of the Canadian court system; see *Pembina*, *supra*, at p. 215. I would reiterate here what was said in *Morguard*, *supra*, at pp. 1099-1100:

The Canadian judicial structure is so arranged that any concerns about differential quality of justice among the provinces can have no real foundation. All superior court judges — who also have superintending control over other provincial courts and tribunals — are appointed and paid by the federal authorities. And all are subject to final review by the Supreme Court of Canada, which can determine when the courts of one province have appropriately exercised jurisdiction in an action and the circumstances under which the courts of another province should recognize such judgments.

It may, no doubt, be advanced that courts in the province that enacts legislation have more familiarity with statutes of that province. It must not be forgotten, however, that courts are routinely called to apply foreign law in appropriate cases. It is thus only the fact that a constitutional issue is raised that differentiates this case. But all judges within the Canadian judicial structure must be taken to be competent to interpret their own Constitution. In a judicial system consisting of neutral arbiters trained in principles of a federal state and required to exercise comity, the general notion that the process is unfair simply is not legally sustainable, all

avec l'autre province? Et pourquoi la possibilité de faire exécuter le jugement dans le ressort devrait-elle être l'élément déterminant du choix du tribunal par le demandeur?

<sup>a</sup> Je reconnais bien sûr, et cela est mentionné dans l'arrêt *Morguard*, qu'il faut également soupeser ces considérations en fonction du besoin d'équité envers le défendeur. Cela, peut-on lire, à la p. 1103 de cet arrêt, «exige que le jugement soit rendu par un tribunal qui agit avec équité et avec retenue dans l'exercice de sa compétence».

<sup>c</sup> Quant à la première de ces conditions, il est difficile de mettre en doute l'équité fondamentale du processus, étant donné la nature essentiellement unitaire du système judiciaire canadien; voir l'arrêt *Pembina*, précité, à la p. 215. Je reprendrais ici les propos qu'on peut lire aux pp. 1099 et 1100 de l'arrêt *Morguard*, précité:

<sup>e</sup> Le système judiciaire canadien est organisé de telle manière que toute crainte de différence de qualité de justice d'une province à l'autre ne saurait être vraiment fondée. Tous les juges de cour supérieure — qui ont également un pouvoir de contrôle sur d'autres tribunaux judiciaires et administratifs provinciaux — sont nommés et rémunérés par les autorités fédérales. De plus, toutes les cours de justice sont sujettes à l'examen en dernier ressort de leurs décisions par la Cour suprême du Canada qui peut décider si les cours d'une province ont à bon droit exercé leur compétence dans une action et dans des circonstances où les cours d'une autre province devraient reconnaître ces jugements.

<sup>h</sup> On peut sans doute affirmer que les cours d'une province connaissent mieux les lois adoptées par cette province. Il ne faut pas oublier, cependant, que les tribunaux judiciaires sont couramment appelés à appliquer des lois étrangères lorsque cela est indiqué. Ainsi, la présente affaire n'est différente que du fait qu'une question constitutionnelle y est soulevée. Mais tous les juges du système judiciaire canadien doivent être considérés comme compétents pour interpréter leur propre Constitution. Dans un système judiciaire composé d'arbitres neutres formés dans les principes d'un État fédéral et tenus de faire preuve de courtoisie, l'idée générale que le processus est inéquitable ne saurait simplement pas tenir sur le plan juridique, d'autant

the more so when the process is subject to the supervisory jurisdiction of this Court.

This approach is even more persuasive where, as here, the issue relates to the constitutionality of the legislation of a province that has extraprovincial effects in another province. This is especially true where the constitutionality of the other province's legislation has never been challenged in the other province's courts, and where moreover, as here, such a challenge is unlikely. Where the violation is as much a violation against the Constitution of Canada, then the superior courts which must legitimately face the issue should be able to deal with the question. Against this position, it was observed that most of the parties interested in the question as interveners would be in the province whose statute is impugned. That may be, but where the alleged violation relates to extraterritorial effect, many of the interested parties are also outside Quebec. Above all, it is simply not just to place the onus on the party affected to undertake costly constitutional litigation in another jurisdiction.

I agree that, because of the far-reaching impact of such rulings, the courts should restrict themselves to hearing constitutional challenges to the legislation of other provinces only where there is a real interest affected in their province. Unfortunately, there are intractable "chicken and egg" problems: if the extraterritorial effects of the law are themselves a prerequisite to the British Columbia court taking jurisdiction, then who is to determine that such extraterritorial effects exist in a particular case? The process must begin somewhere, and we must rely on the good sense of our superior courts in the respective provinces to not gratuitously assume jurisdiction.

The problem in the end, then, involves issues of jurisdiction and whether that jurisdiction should be exercised. The British Columbia courts in related litigation (*Hunt v. T&N, supra*), we saw, dismissed a challenge to jurisdiction, and leave to this Court was refused. That is scarcely surprising. The case would appear to be similar to *Moran v. Pyle*

plus que le processus est soumis au pouvoir de surveillance de notre Cour.

Ce point de vue est encore plus convaincant si, comme en l'espèce, le point litigieux se rapporte à la constitutionnalité d'une loi provinciale qui a des effets dans une autre province. Cela est particulièrement vrai quand la constitutionnalité d'une loi d'une autre province n'a jamais été attaquée devant ses tribunaux et quand, de plus, comme en l'espèce, il est peu probable qu'une telle contestation aura lieu. Si la violation est autant une violation de la Constitution du Canada, alors les cours supérieures qui doivent légitimement faire face à la question en litige devraient être en mesure de la trancher. À l'encontre de ce point de vue, on a fait observer que la plupart des parties ayant un intérêt dans la question en qualité d'intervenants se trouveraient dans la province dont la loi est contestée. C'est possible, mais si la violation alléguée concerne l'effet extraterritorial, bien des parties intéressées sont aussi à l'extérieur du Québec. Avant tout, il n'est simplement pas juste d'imposer à la partie touchée le fardeau d'engager une action constitutionnelle coûteuse dans un autre ressort.

Je conviens qu'en raison de l'impact considérable de ces décisions, les tribunaux devraient se limiter à n'entendre les contestations constitutionnelles des lois d'autres provinces que si un intérêt véritable est touché dans leur province. Malheureusement, cela pose des problèmes insolubles de cause et d'effet: si les effets extraterritoriaux de la loi sont eux-mêmes une condition préalable de la compétence du tribunal de la Colombie-Britannique, alors qui va déterminer que de tels effets extraterritoriaux existent dans un cas donné? Le processus doit commencer quelque part et nous devons compter que nos cours supérieures, dans chacune des provinces, auront le bon sens de ne pas présumer sans motif qu'elles ont compétence.

En définitive, il faut donc, pour régler le problème, trancher des questions de compétence et décider si cette compétence devrait être exercée. Nous avons vu que les tribunaux de la Colombie-Britannique ont, dans un litige connexe (*Hunt c. T&N, précitée*), rejeté une contestation de compétence et que l'autorisation de pourvoi devant notre

*National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 S.C.R. 393, where a corporation that had in one province manufactured goods that were defective was sued in a province where the plaintiff suffered damage as a result. As here, the manufacturer must be taken to have known that the goods would be used outside the province of manufacture in the manner they were. Given the significant connection with the province where the injury took place, it is difficult to see how it could be said to offend the principles of order and fairness for the British Columbia courts to take jurisdiction. A court might, I suppose, also be asked to consider whether it should decline jurisdiction on the basis of the doctrine of *forum non conveniens*. Indeed the court in *Hunt v. T&N, supra*, was asked to decline jurisdiction. But in my view the court was right to refuse to do so. The additional factor that the case involved the British Columbia court in considering the interpretation and constitutional validity of the Quebec statute is not, given the considerations that weigh in favour of the British Columbia court's exercising jurisdiction, sufficient to make a court of that province a *forum non conveniens*.

I do not deny that there are practical inconveniences, but actions dealing with activities having extraprovincial effects must necessarily impose difficulties on one party or the other. Counsel, however, argued that certain systemic inconveniences were involved. There was, he stated, no mandatory provision to advise the Attorneys General, including that of the province whose statute was attacked. Undoubtedly, the representations of the Attorneys General are useful, but I see no reason why this should be fatal. The requirement of such notice is a matter for statutory enactment in each jurisdiction; see B. Strayer, *supra*, at pp. 73-86. It may be a factor to consider but it is just that. The courts and counsel for the parties, who are after all principally affected, must be taken to have competence to deal with the issues. At all events, the courts of other provinces are not bound by the determination, and it is subject to review by this Court when the Attorneys General are required to

Cour a été refusée. Ce n'est guère étonnant. L'affaire semblerait analogue à l'arrêt *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, [1975] 1 R.C.S. 393, dans lequel une société qui avait fabriqué des produits défectueux dans une province était poursuivie dans une autre province où le demandeur avait subi un préjudice du fait de ces produits. Comme en l'espèce, il fallait présumer que le fabricant savait que les produits seraient utilisés de la manière qu'ils l'ont été, à l'extérieur de la province où ils avaient été fabriqués. Vu le lien important avec la province où le préjudice a été causé, il est difficile de voir comment on pouvait dire qu'il était contraire aux principes d'ordre et d'équité que les tribunaux de la Colombie-Britannique se déclarent compétents. Je suppose qu'un tribunal pourrait aussi être appelé à décider s'il devrait se déclarer incompétent selon le principe du *forum non conveniens*. En réalité, on demandait à la cour de se déclarer incompétente dans l'affaire *Hunt c. T&N*, précitée. Mais, à mon avis, la cour a refusé à bon droit de le faire. Le fait additionnel que, dans cette affaire, il était question que le tribunal de la Colombie-Britannique interprète la loi québécoise et en examine la constitutionnalité n'est pas suffisant pour en faire un *forum non conveniens*, étant donné les considérations qui militent en faveur de l'exercice de sa compétence.

Je ne nie pas qu'il existe des inconvénients pratiques, mais les actions portant sur des activités qui ont des effets extraprovinciaux doivent nécessairement causer des difficultés à l'une ou l'autre des parties. Toutefois, l'avocat a soutenu que des inconvénients systémiques étaient en cause. D'après lui, aucune disposition n'obligeait à aviser les procureurs généraux, notamment celui de la province dont la loi était contestée. Les observations des procureurs généraux sont sans doute utiles, mais je ne vois pas pourquoi cela devrait être fatal. Il appartient à chaque ressort de prescrire légalement un tel avis; voir B. Strayer, *op. cit.*, aux pp. 73 à 86. C'est peut-être un facteur à prendre en considération, mais ce n'est que cela. Il faut considérer que les tribunaux et les avocats des parties, qui sont après tout les principaux intéressés, ont compétence pour traiter de ces questions. De toute façon, la décision ne lie pas les tribunaux des autres provinces et elle est susceptible de contrôle

be advised as, of course, they were in the present case.

The respondents also argued that this may lead to differing holdings on the constitutionality of the statute in different provinces. It must be remembered, however, that this is not uncommon in respect of federal statutes or identical statutes in different provinces. And in the rare cases where this could cause a party difficulty, this could be dealt with by this Court. As Black and Swan, “New Rules for the Enforcement of Foreign Judgments: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*” (1991), 12 *Advocates’ Q.* 489, note, commenting on our decision in *Bank of Montreal v. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.*, [1975] 2 S.C.R. 546, it would likely do so in view of the fact that the division of powers status of provincial legislation would be at stake.

I, therefore, conclude that the courts of British Columbia had jurisdiction to deal with the constitutional issue and, consequently, so has this Court. It is thus not strictly necessary to consider the specific powers of this Court to consider constitutional questions, but since this issue was seriously debated, it would seem wise to say a few words about it.

#### The Jurisdiction of the Supreme Court of Canada

There are several factors that suggest that the Supreme Court of Canada is not restricted to the identical powers and procedures of the lower courts from which an appeal is made. An important qualification is that the laws of a province other than that from the courts of which an appeal is taken are not required to be proved as a fact. An early case in support is *John Morrow Screw and Nut Co. v. Hankin* (1918), 58 S.C.R. 74, in which this Court held that it could take judicial notice of the statutory or other laws prevailing in provinces of Canada other than that in which the action originated. Anglin J. quotes from the older case of

par notre Cour lorsque les procureurs généraux doivent être avisés, comme ils l’ont d’ailleurs été en l’espèce.

Les intimées ont également soutenu que cela peut, dans des provinces différentes, conduire à des décisions différentes sur la constitutionnalité de la loi en cause. Il faut cependant se rappeler qu’il n’est pas rare que cela se produise dans le cas de lois fédérales ou de lois identiques dans des provinces différentes. Et dans les rares cas où cela pourrait causer des difficultés à une partie, notre Cour pourrait y remédier. Comme le font observer Black et Swan, dans leur article «New Rules for the Enforcement of Foreign Judgments: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*» (1991), 12 *Advocates’ Q.* 489, note, au sujet de notre arrêt *Banque de Montréal c. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.*, [1975] 2 R.C.S. 546, elle le ferait probablement étant donné que la situation de la loi provinciale au regard du partage des compétences serait en jeu.

Je conclus donc que les tribunaux de la Colombie-Britannique étaient compétents pour statuer sur la question constitutionnelle et que, par conséquent, notre Cour l’est aussi. Il n’est donc pas absolument nécessaire d’examiner les pouvoirs précis, que possède notre Cour, d’examiner des questions constitutionnelles, mais comme cette question a été débattue sérieusement, il me semblerait avisé de dire quelques mots à ce sujet.

#### La compétence de la Cour suprême du Canada

Plusieurs facteurs semblent indiquer que la compétence de la Cour suprême du Canada n’est pas limitée aux pouvoirs et procédures identiques des tribunaux d’instance inférieure dont les décisions sont portées en appel. Une importante réserve veut que les lois d’une province autre que celle des tribunaux dont la décision fait l’objet d’un pourvoi ne sont pas des faits qui doivent être prouvés. À l’appui de cette affirmation, on peut citer l’arrêt antérieur *John Morrow Screw and Nut Co. c. Hankin* (1918), 58 R.C.S. 74, dans lequel notre Cour a décidé qu’elle pouvait prendre connaissance d’office des lois et autres règles de droit des provinces

*Logan v. Lee* (1907), 39 S.C.R. 311, at p. 313, where then Chief Justice Fitzpatrick “announces”:

... after having consulted with my brother judges, that this court, constituted as an appellate tribunal for the whole Dominion of Canada, requires no evidence as to what laws may be in force in any of the provinces or territories of Canada. This court is bound to follow the rule laid down by the House of Lords in the case of *Cooper v. Cooper*, [(1888), 13 App. Cas. 88], and to take judicial notice of the statutory or other laws prevailing in every province and territory in Canada, *suo motu*, even in cases where such statutes or laws may not have been proved in evidence in the courts below, and although it might happen that the views as to what the law might be, as entertained by the members of this court, might be in absolute contradiction of any evidence upon those points adduced in the courts below.

This direct power of the Court to consider the laws of the provinces has continued to be acknowledged. For example, in *Pettikus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, at pp. 853-54, Dickson J. approved of *Cooper v. Cooper* (1888), 13 App. Cas. 88, and stated that this Court would take judicial notice of all laws prevailing in every province, even in cases where such laws may not have been proved in evidence in the courts below, so long as such laws had been pleaded in the first instance.

The Court can thus play a “unifying jurisdiction” over the provincial courts; see *Bank of Montreal v. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.*, *supra*, at p. 556, *per* Laskin C.J. This is consistent with the mandate given it under the *Supreme Court Act* which establishes it as “a General Court of Appeal for Canada” as authorized by s. 101 of the *Constitution Act, 1867*. The remarks of Beetz J. in *Canard*, *supra*, were made in a context involving the respective jurisdictions of the federal and provincial courts, and they can hardly be taken to have been intended to restrict the operation of these cases. This would run against the trend of recent cases which have mandated an expansive reading of other provisions of the *Supreme Court Act* (s. 40(1)) (formerly

canadiennes autres que celle où l’action avait pris naissance. Le juge Anglin cite l’arrêt ancien *Logan c. Lee* (1907), 39 R.C.S. 311, à la p. 313, dans lequel le juge en chef Fitzpatrick [TRADUCTION] «annonce»:

[TRADUCTION] ... après avoir consulté mes collègues, notre Cour, qui est un tribunal d’appel pour l’ensemble du pays, n’exige pas que l’on prouve quelles lois peuvent être en vigueur dans une province ou un territoire du Canada. Notre Cour est tenue de suivre la règle énoncée par la Chambre des lords dans l’arrêt *Cooper c. Cooper* [(1888), 13 App. Cas. 88] et, de sa propre initiative, de prendre connaissance d’office des lois et autres règles de droit de chaque province et territoire du Canada, même dans les cas où celles-ci n’ont pas fait l’objet d’une preuve devant les tribunaux d’instance inférieure, et même s’il pouvait arriver que la perception de ce que la loi peut être, qu’ont les membres de notre Cour, soit en complète contradiction avec la preuve relative à ces points qui a été produite devant les tribunaux d’instance inférieure.

On a continué de reconnaître que notre Cour a ce pouvoir direct d’examiner les lois des provinces. Par exemple, dans l’arrêt *Pettikus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, aux pp. 853 et 854, le juge Dickson approuve l’arrêt *Cooper c. Cooper* (1888), 13 App. Cas. 88, et affirme que notre Cour prendrait connaissance d’office de toutes les lois de chaque province, même dans les cas où ces lois n’ont pas fait l’objet d’une preuve devant les tribunaux d’instance inférieure, pourvu qu’elles aient été invoquées en première instance.

La Cour peut donc exercer une «jurisdiction unificatrice» sur les tribunaux des provinces; voir l’arrêt *Banque de Montréal c. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.*, précité, à la p. 556, motifs du juge en chef Laskin. Cela est compatible avec le mandat confié à la Cour par la *Loi sur la Cour suprême* qui l’établit comme «une cour générale d’appel pour le Canada», conformément à l’art. 101 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les remarques du juge Beetz dans l’arrêt *Canard*, précité, s’inscrivaient dans le contexte des compétences respectives des tribunaux fédéraux et provinciaux, et elles ne sauraient guère être interprétées comme visant à restreindre l’application de cette jurisprudence. Cela irait à l’encontre de la tendance de la jurisprudence récente qui



s. 41(1) “the better to enable this Court to discharge its role at the apex of the Canadian judicial system, as the court of last resort for all Canadians”; see *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, per Dickson J. (later C.J.), at p. 404; see also *Argentina v. Mellino*, [1987] 1 S.C.R. 536, at pp. 545-47.

### The Constitutional Issue

I shall begin by considering the constitutional basis advanced to support the Quebec statute. The respondents and the intervener the Attorney General of Quebec submit that the Act falls within provincial legislative competence by virtue of ss. 92(13), (14) and (16), which empower a province to legislate in relation to the following matters in the province: property and civil rights, the administration of justice, including the creation and organization of provincial courts and the procedure in civil matters, and matters of a merely local or private nature. These provisions, they say, empower a province to legislate respecting the enforcement of judicial and other orders emanating from another province. For this, they cite *Attorney General for Ontario v. Scott*, [1956] S.C.R. 137, upholding the power of a province to enforce judgments of other countries pursuant to reciprocal enforcement arrangements. A necessary inference, they say, is that the province has legislative jurisdiction to prevent the enforcement in its jurisdiction of any order in relation to property located in the province, even if that affects rights recognized outside the province.

This position, of course, raises issues about the extent to which a province may give extraterritorial effect to legislation, issues that have traditionally been considered in the context of the limitation in every head of provincial power to legislation “in the province”. As well, so far as the extraterritorial application of judicial pronouncements in another province is concerned, it raises issues concerning whether the doctrine pro-

donne, à d’autres dispositions de la *Loi sur la Cour suprême* (par. 40(1)) (auparavant par. 41(1)), une interprétation plus libérale «qui permet à cette Cour de remplir son rôle au sommet du système judiciaire canadien en tant que cour de dernier ressort pour tous les Canadiens»; voir l’arrêt *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, le juge Dickson, plus tard Juge en chef, à la p. 404; voir aussi l’arrêt *Argentine c. Mellino*, [1987] 1 R.C.S. 536, aux pp. 545 à 547.

### La question constitutionnelle

Je vais d’abord examiner le fondement constitutionnel invoqué à l’appui de la loi québécoise. Les intimées et l’intervenant le procureur général du Québec soutiennent que la Loi relève de la compétence législative provinciale en vertu des par. 92(13), (14) et (16) qui habilite la province à légiférer relativement aux matières suivantes dans la province: la propriété et les droits civils, l’administration de la justice, y compris la constitution et l’organisation de tribunaux provinciaux, de même que la procédure en matière civile, et les matières d’une nature purement locale ou privée. Selon eux, ces dispositions habilite une province à légiférer relativement à l’exécution d’ordonnances judiciaires et autres, émanant d’une autre province. À ce propos, ils citent l’arrêt *Attorney General for Ontario c. Scott*, [1956] R.C.S. 137, où la Cour a confirmé le pouvoir d’une province d’exécuter des jugements d’autres pays conformément à des ententes de réciprocité en matière d’exécution. Il faut nécessairement en conclure, d’après eux, que la province a la compétence législative pour empêcher l’exécution sur son territoire de toute ordonnance concernant des biens situés dans la province, même si cela touche des droits reconnus à l’extérieur de la province.

Il va sans dire que ce point de vue soulève des questions au sujet de la mesure dans laquelle une province peut donner un effet extraterritorial à une loi, questions qui ont traditionnellement été étudiées dans le contexte de la limitation de chaque chef de compétence provinciale aux lois «dans la province». De même, en ce qui concerne l’application extraterritoriale de décisions judiciaires rendues dans une autre province, il soulève des ques-

pounded in *Morguard* is of a constitutional character and whether that doctrine applies in the circumstances. Before turning to these extraterritorial concerns, however, I should observe that I have considerable reservations about some of the suggested constitutional justifications for the Act. First, it is difficult to view the Act as concerned with the administration of justice in Quebec pursuant to s. 92(14). That section relates to the creation of courts in the province and their procedures. The impugned Act does not, however, relate to the administration of justice or procedure in the courts in Quebec; rather it purports to control property in the province that might be affected by proceedings outside the province. It has nothing to do with the court procedure in Quebec. It is instead concerned with impeding legal processes of courts outside the province by preventing their enforcement in the province.

Similarly, s. 92(16) seems an implausible head of power under which the Act could be authorized because the refusal to allow discovery of documents related to court orders or legislative acts emanating from outside the province is hardly a matter of a "merely local or private Nature in the Province". Rather the Act is specifically concerned with orders and acts from outside the province, and the response of parties in Quebec to them.

The most promising constitutional basis for the Act is s. 92(13), as it relates to the substantive property and civil rights in the province. The documents and information in question may certainly form the subject of legislation as property in the province of Quebec. This indeed was the basis principally relied on by those seeking to uphold the Act. The purpose of the Act, it was said, was to prohibit execution of decisions made outside the province that affected the communication of records of business concerns located in the province.

tions quant à savoir si la théorie proposée dans l'arrêt *Morguard* est de nature constitutionnelle et si elle s'applique dans les circonstances. Avant d'aborder ces questions d'extraterritorialité, je devrais toutefois faire remarquer que j'ai beaucoup de doutes au sujet de certaines justifications constitutionnelles proposées à l'égard de la Loi. Premièrement, il est difficile de considérer la Loi comme relative à l'administration de la justice au Québec, conformément au par. 92(14). Cette disposition se rapporte à la création de tribunaux dans la province et à leur procédure. Cependant, la loi attaquée ne se rapporte pas à l'administration de la justice ou à la procédure des tribunaux du Québec; elle a plutôt pour objet de contrôler les biens dans la province qui pourraient être touchés par des procédures à l'extérieur de la province. Elle n'a rien à voir avec la procédure des tribunaux québécois. Elle vise plutôt à faire obstacle aux actes de procédure de tribunaux hors de la province en empêchant leur exécution dans la province.

De même, il semble peu vraisemblable que le par. 92(16) puisse constituer un chef de compétence en vertu duquel la Loi pourrait être permise, parce que le refus de permettre la communication de documents relatifs à des ordonnances judiciaires ou à des actes législatifs émanant de l'extérieur de la province n'est guère une matière «d'une nature purement locale ou privée dans la province». La Loi porte plutôt sur des ordonnances et des actes de l'extérieur de la province et sur la réponse donnée à ceux-ci par des parties au Québec.

Le fondement constitutionnel le plus prometteur pour cette loi est le par. 92(13) étant donné qu'il touche la propriété et les droits civils substantiels dans la province. Les documents et les renseignements en question peuvent certainement faire l'objet d'une loi relative à la propriété dans la province de Québec. C'est en effet le fondement qu'ont principalement invoqué ceux qui demandent le maintien de la Loi. Selon ces derniers, l'objet de la Loi était d'interdire l'exécution de décisions de l'extérieur de la province qui touchaient la communication de dossiers d'entreprises situées dans la province.

This argument is understandable in terms of traditional approaches to private international law as it operates between foreign states. It is well established that judgments and orders of a state must be recognized and enforced in order to have effect in a foreign jurisdiction. But the traditional conflicts rules, which were designed for an anarchic world that emphasized forum independence, must be assessed in light of the principles of our constitutional law mentioned above. First, the statute must conform to the requirement that it be “in the Province” as required by s. 92, a requirement that involves a balancing under the “pith and substance” approach to determine if it exceeds provincial jurisdiction to enact legislation with extraprovincial effect. Secondly, the courts must consider appropriate policy in relation to recognition and enforcement of judgments issued in other provinces in light of the legal interdependence under the scheme of confederation established in 1867. It is the latter issue I now wish to explore.

### The Morguard Decision

It was the situation of total autonomy over recognition and enforcement, and the consequent disruption it could cause for any litigation involving interprovincial or international elements, that was the concern of this Court’s decision in *Morguard, supra*. *Morguard* was concerned with tempering this source of unfairness and inconvenience to litigants in conformity with the changing nature of the world community and, in particular, in light of the Canadian constitutional structure.

A central idea in that judgment was comity. But as I stated, at p. 1098, “I do not think it much matters whether one calls these rules of comity or simply relies directly on the reasons of justice, necessity and convenience” that underlie them. In my view, the old common law rules relating to recognition and enforcement were rooted in an outmoded conception of the world that emphasized sovereignty and independence, often at the cost of

Cet argument peut s’expliquer par les façons traditionnelles d’aborder le droit international privé qui s’applique entre les États étrangers. Il est bien établi que, pour s’appliquer dans un ressort étranger, les jugements et ordonnances d’un État doivent être reconnus et exécutés. Mais les règles traditionnelles du droit international privé qui ont été conçues pour un monde anarchique qui mettait l’accent sur l’indépendance du tribunal saisi, doivent être évaluées en fonction des principes de notre droit constitutionnel mentionnés plus haut. Premièrement, la loi doit satisfaire à l’exigence de situation «dans la province» imposée par l’art. 92, laquelle comporte une évaluation, selon la méthode du «caractère véritable», visant à déterminer si l’adoption d’une mesure législative ayant un effet extraprovincial excède la compétence de la province. Deuxièmement, les tribunaux doivent réfléchir à la ligne de conduite qu’il convient d’adopter sur le plan de la reconnaissance et de l’exécution des jugements rendus dans d’autres provinces, compte tenu de l’interdépendance juridique qui existe sous le régime de confédération établi en 1867. C’est cette dernière question que je souhaite maintenant examiner.

### L’arrêt Morguard

C’étaient la situation d’autonomie totale en matière de reconnaissance et d’exécution et la perturbation qu’elle pouvait causer dans tout litige comportant des éléments interprovinciaux ou internationaux, qui préoccupaient notre Cour dans l’arrêt *Morguard*, précité. Dans cet arrêt, la Cour était soucieuse de tempérer cette source d’injustice et d’inconvénient pour les parties à un litige conformément au caractère changeant de la communauté internationale et, particulièrement, en fonction de la structure constitutionnelle canadienne.

Au centre de cet arrêt, il y avait la notion de courtoisie. Mais comme je l’ai dit, à la p. 1098, «je ne crois pas qu’il importe qu’on les qualifie de règles de courtoisie ou qu’on ne fasse qu’appel directement aux motifs de justice, de nécessité et de commodité» qui les sous-tendent. À mon avis, les anciennes règles de common law relatives à la reconnaissance et à l’exécution avaient leur origine dans une conception périmée du monde qui mettait

unfairness. Greater comity is required in our modern era when international transactions involve a constant flow of products, wealth and people across the globe.

In any event, I indicated, at p. 1099, that the traditional rules emphasizing sovereignty seem to “fly in the face of the obvious intention of the Constitution to create a single country”. Among the factors I identified that would also support a more cooperative spirit in recognition and enforcement were (1) common citizenship, (2) interprovincial mobility of citizens, (3) the common market created by the union as reflected in ss. 91(2), 91(10), 121 and the peace, order and good government clause, and (4) the essentially unitary structure of our judicial system with the Supreme Court of Canada at its apex to which I have earlier referred. The following passage, at p. 1099 of *Morguard*, sets out these factors:

In any event, the English rules seem to me to fly in the face of the obvious intention of the Constitution to create a single country. This presupposes a basic goal of stability and unity where many aspects of life are not confined to one jurisdiction. A common citizenship ensured the mobility of Canadians across provincial lines, a position reinforced today by s. 6 of the *Charter*; see *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591. In particular, significant steps were taken to foster economic integration. One of the central features of the constitutional arrangements incorporated in the *Constitution Act, 1867* was the creation of a common market. Barriers to interprovincial trade were removed by s. 121. Generally trade and commerce between the provinces was seen to be a matter of concern to the country as a whole; see *Constitution Act, 1867*, s. 91(2). The Peace, Order and Good Government clause gives the federal Parliament powers to deal with interprovincial activities (see *Interprovincial Co-Operatives Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 477; as well as my reasons in *R. v. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 S.C.R. 401 (dissenting but not on this point); see also *Multiple Access Ltd. v. McCutcheon*, [1982] 2 S.C.R. 161). And

l’accent sur la souveraineté et l’indépendance, souvent au détriment de l’équité. Une plus grande courtoisie est nécessaire à l’époque moderne où les opérations internationales impliquent une circulation constante de produits, de richesses et de personnes partout dans le monde.

De toute façon, j’ai indiqué, à la p. 1099, que les règles traditionnelles qui mettent l’accent sur la souveraineté semblent —absolument contraires à l’intention manifeste de la Constitution d’établir un seul et même pays». Parmi les facteurs que j’ai identifiés, qui justifieraient aussi un esprit de coopération plus étroite en matière de reconnaissance et d’exécution figuraient, premièrement, la citoyenneté commune, deuxièmement, la mobilité interprovinciale des citoyens, troisièmement, le marché commun créé par l’union, qui se reflète dans les par. 91(2) et 91(10) et à l’art. 121, ainsi que dans la disposition relative à la paix, à l’ordre et au bon gouvernement, et quatrièmement, la structure essentiellement unitaire de notre système judiciaire dont le sommet est occupé par la Cour suprême du Canada, comme je l’ai déjà mentionné. Ces facteurs sont énoncés dans l’extrait suivant de la p. 1099 de l’arrêt *Morguard*:

De toute façon, les règles anglaises me semblent absolument contraires à l’intention manifeste de la Constitution d’établir un seul et même pays. Cela présume un objectif fondamental de stabilité et d’unité où de nombreux aspects de la vie ne sont pas confinés à un seul ressort. La citoyenneté commune assure aux Canadiens la mobilité d’une province à l’autre, ce qui est aujourd’hui renforcé par l’art. 6 de la *Charte*; voir l’arrêt *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591. Plus précisément, d’importantes mesures ont été prises pour favoriser l’intégration économique. L’un des principaux éléments des arrangements constitutionnels incorporés dans la *Loi constitutionnelle de 1867* était la création d’un marché commun. L’article 121 a écarté les obstacles aux échanges interprovinciaux. Dans l’ensemble, les échanges et le commerce interprovinciaux étaient considérés comme un sujet qui intéressait le pays dans son ensemble; voir le par. 91(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La disposition relative à la paix, à l’ordre et au bon gouvernement confère au Parlement fédéral la compétence sur les activités interprovinciales (voir *Interprovincial Co-Operatives Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 477, et aussi mes motifs de jugement

the combined effect of s. 91(29) and s. 92(10) does the same for interprovincial works and undertakings.

These arrangements themselves speak to the strong need for the enforcement throughout the country of judgments given in one province. But that is not all. [The judgment then goes on, at pp. 1099-1100, with the passage cited *supra* regarding the essentially unitary structure of the Canadian court system, which allays any concerns about differential quality of justice among the provinces.]

The importance of adapting the traditional procedural limits of common law rules in light of the demands of the structural requirements of the Canadian Constitution was not something invented in *Morguard*. For example, I noted then, and repeat now, what was said by Estey J. in *Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman*, [1985] 1 S.C.R. 2, at pp. 34-35, in relation to *Mareva* injunctions designed to prevent the removal of assets from one jurisdiction to another:

All the foregoing considerations, while important to an understanding of the operation of this type of injunction, leave untouched the underlying and basic question: do the principles, as developed in the United Kingdom courts, survive intact a transplantation from that unitary state to the federal state of Canada?

He concluded that the rules intended to deal with the removal of assets and “fend off the depredations of shady mariners operating out of far-away havens, usually on the fringe of legally organized commerce” were not applicable to situations where a corporate defendant was seeking to move assets for legitimate business purposes to another jurisdiction in Canada. Similarly, I do not think litigation engendered against a corporate citizen located in one province by its trading and commercial activities in another province should necessarily be subject to the same rules as those applicable to international commerce. In particular, when a corporate citizen situate in one province chooses to engage in trading and commercial activities in other provinces, the rules governing consequential litigation, specifically rules for the recognition and

dans l'arrêt *R. c. Crown Zellerbach Canada Ltd.*, [1988] 1 R.C.S. 401 (où j'étais dissident, mais sur un autre point); voir aussi *Multiple Access Ltd. c. McCutcheon*, [1982] 2 R.C.S. 161). Et il en est de même pour les entreprises et ouvrages interprovinciaux en raison de l'effet conjugué des par. 91(29) et 92(10).

Ces arrangements mêmes répondent à la nécessité impérieuse de pouvoir faire exécuter partout au pays les jugements obtenus dans une province. Mais ce n'est pas tout. [On trouve ensuite, aux pp. 1099 et 1100, le passage précité concernant la structure essentiellement unitaire du système judiciaire canadien, qui dissipe toute crainte de différence de qualité de justice d'une province à l'autre.]

L'importance d'adapter les limites procédurales traditionnelles des règles de common law en fonction des exigences structurelles de la Constitution canadienne n'a pas été inventée dans l'arrêt *Morguard*. Par exemple, j'y ai souligné, et je reprends ici, ce qu'a dit le juge Estey dans l'arrêt *Aetna Financial Services Ltd. c. Feigelman*, [1985] 1 R.C.S. 2, aux pp. 34 et 35, relativement aux injonctions *Mareva* conçues pour empêcher le transfert de biens d'un ressort à l'autre:

Toutes les considérations qui précèdent, bien qu'importantes pour comprendre le fonctionnement de ce genre d'injonction, laissent sans réponse la question fondamentale sous-jacente: les principes dégagés par les tribunaux anglais restent-ils intacts une fois transplantés de cet État unitaire dans l'État fédéral qu'est le Canada?

Il a conclu que les règles conçues pour empêcher le transfert de biens et pour «parer les déprédations de marins véreux opérant à partir de refuges lointains et habituellement à la limite du commerce légalement organisé» ne s'appliquaient pas aux situations dans lesquelles une société défenderesse cherchait à transférer, à des fins commerciales légitimes, des biens dans un autre ressort canadien. De même, je ne pense pas que l'action intentée contre une société située dans une province en raison des activités d'échanges et de commerce auxquelles elle se livre dans une autre province devrait nécessairement être assujettie aux mêmes règles que celles qui s'appliquent au commerce international. En particulier, si une société située dans une province choisit de se livrer à des activités d'échanges et de commerce dans d'autres pro-

enforcement of judgments, should be adapted to the specific nature of the Canadian federation. And it is difficult to believe that ordinary individuals moving across Canada in the exercise of their common right of citizenship should be treated differently; see *Black v. Law Society of Alberta*, [1989] 1 S.C.R. 591.

*Morguard* was not argued in constitutional terms, so it was sufficient there to infuse the constitutional considerations into the rules that might otherwise have governed issues of enforcement and recognition of judgment. But the issue was very clearly raised in this case and in fact a constitutional question was framed. Now, as perusal of the last cited passage from *Morguard* reveals, the constitutional considerations raised are just that. They are constitutional imperatives, and as such apply to the provincial legislatures as well as to the courts, as the Attorney General for Ontario conceded and as a number of commentators have maintained; see, for example, P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at p. 335; V. Black and J. Swan, "New Rules for the Enforcement of Foreign Judgments: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*", *supra*. In short, to use the expressions employed in *Morguard*, at p. 1100, the "integrating character of our constitutional arrangements as they apply to interprovincial mobility" calls for the courts in each province to give "full faith and credit" to the judgments of the courts of sister provinces. This, as also noted in *Morguard*, is inherent in the structure of the Canadian federation, and, as such, is beyond the power of provincial legislatures to override. This does not mean, however, that a province is debarred from enacting any legislation that may have some effect on litigation in other provinces or indeed from enacting legislation respecting modalities for recognition of judgments of other provinces. But it does mean that it must respect the minimum standards of order and fairness addressed in *Morguard*. I turn briefly then to the relevant principles after

vinces, les règles régissant les litiges qui s'ensuivent, particulièrement les règles relatives à la reconnaissance et à l'exécution des jugements, devraient être adaptées à la nature spécifique de la fédération canadienne. Et il est difficile de croire que les personnes ordinaires qui se déplacent au Canada dans l'exercice de leur citoyenneté commune devraient être traitées différemment; voir *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591.

L'affaire *Morguard* n'ayant pas été plaidée sur le plan constitutionnel, il suffisait d'insuffler les considérations constitutionnelles dans les règles qui auraient pu, par ailleurs, régir les questions de reconnaissance et d'exécution de jugements. Mais la question a été très clairement soulevée en l'espèce et, en fait, une question constitutionnelle a été formulée. Or, comme il ressort d'une lecture attentive du dernier passage cité de l'arrêt *Morguard*, les considérations constitutionnelles soulevées sont précisément cela. Elles sont des impératifs constitutionnels et elles s'appliquent, en tant que telles, autant aux législatures provinciales qu'aux tribunaux, comme l'a concédé le procureur général de l'Ontario et comme l'ont soutenu un certain nombre d'auteurs; voir, par exemple, P. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1992), à la p. 335; V. Black et J. Swan, «New Rules for the Enforcement of Foreign Judgments: *Morguard Investments Ltd. v. De Savoye*», *loc. cit.* Bref, pour reprendre les propos tenus à la p. 1100 de l'arrêt *Morguard*, le «caractère unificateur de nos arrangements constitutionnels, pour autant que ceux-ci visent la mobilité interprovinciale», exige de la part des tribunaux de chaque province la «reconnaissance totale» des jugements des tribunaux des autres provinces. Il s'agit là, comme on l'a aussi fait remarquer dans l'arrêt *Morguard*, d'une caractéristique inhérente de la fédération canadienne et les législatures provinciales ne peuvent y passer outre. Cela ne veut pas dire, toutefois, qu'il est interdit à une province d'adopter une loi qui peut avoir un effet sur les litiges dans d'autres provinces, voire d'adopter une loi concernant les modalités de reconnaissance des jugements d'autres provinces. Mais cela signifie qu'elle doit respecter les normes minimales d'ordre et d'équité abordées dans l'arrêt

which I shall consider whether the statute impugned in this case offends these standards.

The basic thrust of *Morguard* was that in our federation a greater degree of recognition and enforcement of judgments given in other provinces was called for. *Morguard* was careful to indicate, however, that a court must have reasonable grounds for assuming jurisdiction. One must emphasize that the ideas of “comity” are not an end in themselves, but are grounded in notions of order and fairness to participants in litigation with connections to multiple jurisdictions.

In *Morguard*, a more accommodating approach to recognition and enforcement was premised on there being a “real and substantial connection” to the forum that assumed jurisdiction and gave judgment. Contrary to the comments of some commentators and lower court judges, this was not meant to be a rigid test, but was simply intended to capture the idea that there must be some limits on the claims to jurisdiction. Indeed I observed (at p. 1104) that the “real and substantial connection” test was developed in *Indyka v. Indyka*, [1969] 1 A.C. 33, in a case involving matrimonial status (where sound policy demands generosity in recognition), and that in a personal action a nexus may need to be sought between the subject-matter and the territory where the action is brought. I then considered the test developed in *Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.*, *supra*, for products liability cases as an example of where jurisdiction would be properly assumed. The exact limits of what constitutes a reasonable assumption of jurisdiction were not defined, and I add that no test can perhaps ever be rigidly applied; no court has ever been able to anticipate all of these. However, though some of these may well require reconsideration in light of *Morguard*, the connections relied on under the traditional rules are a good place to start. More than this was left to depend on the gradual accumulation of connections defined in accordance with the broad principles of order and fairness; V. Black, “The Other Side of *Morguard*:

*Morguard*. Je vais me pencher brièvement sur les principes pertinents, pour ensuite examiner la question de savoir si la loi contestée en l’espèce enfreint ces normes.

L’idée essentielle de l’arrêt *Morguard* était que, dans notre fédération, il était nécessaire d’avoir une meilleure reconnaissance et exécution des jugements rendus dans d’autres provinces. Dans cet arrêt, on a toutefois pris soin d’indiquer que les tribunaux doivent avoir des motifs raisonnables de se déclarer compétents. Il faut souligner que les idées de «courtoisie» ne sont pas une fin en soi, mais reposent sur des notions d’ordre et d’équité envers les parties à un litige qui a des liens avec plusieurs ressorts.

Selon l’arrêt *Morguard*, une façon plus conciliante d’aborder la reconnaissance et l’exécution reposait sur l’existence d’un «lien réel et substantiel» avec le tribunal qui s’est déclaré compétent et a rendu jugement. Contrairement à ce qu’ont fait remarquer certains auteurs et certains juges de tribunaux d’instance inférieure, cela ne se voulait pas un critère rigide, mais visait simplement à exprimer l’idée que les revendications de compétence doivent être assujetties à certaines limites. En effet, j’ai fait remarquer (à la p. 1104) que le critère du «lien réel et substantiel» a été établi dans l’arrêt *Indyka c. Indyka*, [1969] 1 A.C. 33, qui portait sur l’état matrimonial (en pareil cas, la logique commande une reconnaissance généreuse), et que, dans une action personnelle, il peut être nécessaire de chercher un lien entre l’objet de l’action et le ressort où elle est intentée. J’ai ensuite étudié le critère énoncé dans l’arrêt *Moran c. Pyle National (Canada) Ltd.*, précité, à l’égard d’affaires de responsabilité du fabricant, comme un exemple de situation où un tribunal pourrait à bon droit se déclarer compétent. Les limites de ce qui constitue une déclaration raisonnable de compétence n’ont pas été déterminées et j’ajoute qu’aucun critère ne pourra peut-être jamais être appliqué rigidement; aucun tribunal n’a jamais pu prévoir tous ces cas. Toutefois, même s’il peut bien être nécessaire d’en réexaminer certains à la lumière de l’arrêt *Morguard*, les liens invoqués aux termes des règles traditionnelles constituent un bon point de départ. On

New Limits on Judicial Jurisdiction” (1993), 22 *Can. Bus. L.J.* 4. But I think that the general approach was solidly based.

Since the matter has been the subject of considerable commentary, I should note parenthetically that I need not, for the purposes of this case, consider the relative merits of adopting a broad or narrow basis for assuming jurisdiction and the consequences of this decision for the use of the doctrine of *forum non conveniens*; see the opposing views of V. Black in the article just cited, and P. Finkle and C. Labrecque, “Low-Cost Legal Remedies and Market Efficiency: Looking Beyond *Morguard*” (1993), 22 *Can. Bus. L.J.* 58. Whatever approach is used, the assumption of and the discretion not to exercise jurisdiction must ultimately be guided by the requirements of order and fairness, not a mechanical counting of contacts or connections. Here, the courts below found that there was, on the authorities, jurisdiction, and that there was no reason to apply the doctrine of *forum non conveniens*. In light of commentaries on *Morguard*, I should perhaps also add that I need not consider the implications, if any, of *Morguard* on choice of law and other aspects of conflicts law.

Finally, I noted in *Morguard* (at p. 1100) that a number of commentators had suggested that the federal Parliament had power to legislate respecting the recognition and enforcement of judgments, and in my view that suggestion is well founded. This issue is ultimately related to the rights of the citizen, trade and commerce and other federal legislative powers, including that encompassed in the peace, order and good government clause. But subject to these overriding powers, I see no reason why the provinces should not be able to legislate in the area, subject, however, to the principles in *Morguard* and to the demands of territoriality as

a laissé plus que cela dépendre de l’accumulation progressive de liens définis conformément aux principes généraux d’ordre et d’équité; V. Black, «The Other Side of *Morguard*: New Limits on Judicial Jurisdiction» (1993), 22 *Can. Bus. L.J.* 4. Mais je pense que la solution générale reposait sur une base solide.

Comme la question a fait l’objet de nombreux commentaires, je ferais remarquer, entre parenthèses, que je n’ai pas, aux fins de la présente affaire, à examiner les avantages relatifs de l’adoption d’un motif général ou strict de se déclarer compétent, ni les conséquences de cette décision sur le recours au principe du *forum non conveniens*; voir les points de vue contraires de V. Black dans l’article précité et de P. Finkle et C. Labrecque, «Low-Cost Legal Remedies and Market Efficiency: Looking Beyond *Morguard*» (1993), 22 *Can. Bus. L.J.* 58. Peu importe le point de vue adopté, la déclaration de compétence et le pouvoir discrétionnaire de ne pas l’exercer doivent en fin de compte être subordonnés aux exigences d’ordre et d’équité, et non à un calcul mécanique de rapports ou de liens. En l’espèce, les tribunaux d’instance inférieure ont conclu que, d’après la jurisprudence, il y avait compétence et qu’il n’y avait aucune raison d’appliquer le principe du *forum non conveniens*. Compte tenu des commentaires relatifs à l’arrêt *Morguard*, je devrais peut-être ajouter que je n’ai pas à tenir compte des répercussions, s’il en est, de l’arrêt *Morguard* sur le choix de la loi applicable et d’autres aspects du droit international privé.

Finalement, j’ai fait remarquer dans l’arrêt *Morguard* (à la p. 1100) qu’un certain nombre d’auteurs ont affirmé que le Parlement fédéral avait le pouvoir de légiférer en matière de reconnaissance et d’exécution des jugements et, selon moi, cette affirmation est bien fondée. Cette question a trait, en fin de compte, aux droits des citoyens et à la compétence législative que le Parlement possède notamment en matière d’échange et de commerce, y compris celle comprise dans la disposition relative à la paix, à l’ordre et au bon gouvernement. Mais sous réserve de ces pouvoirs prépondérants, je ne vois pas pourquoi les provinces ne devraient



expounded in the cases, most recently in *Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, *supra*.

#### Application of *Morguard* Principles to the Impugned Statute

I now turn to the issue whether the impugned statute is consistent with the principles I have just set forth. I say at the outset that I do not think it is. A province undoubtedly has an interest in protecting the property of its residents within the province, but it cannot do so by unconstitutional means. Here the means chosen are intended to unconditionally refuse recognition to orders and thereby impede litigation, not only in foreign countries but in other provinces. At least when a court order is sought, if not before, a judicial order in another province will be denied effect. There are no qualifications. No discretion is given so it can scarcely be said that the Act respects the principles of order and fairness which must, under the *Morguard* principle, inform the procedures required for litigation having extraprovincial effects. Apart from the legislative aspect, the situation in *Morguard* differed in that the appellant there sought refusal of recognition after the judgment was rendered. But the constitutional mandate cannot be avoided by a preemptive strike. The whole purpose of a blocking statute is to impede successful litigation or prosecution in other jurisdictions by refusing recognition and compliance with orders issued there. Everybody realizes that the whole point of blocking statutes is not to keep documents in the province, but rather to prevent compliance, and so the success of litigation outside the province that that province finds objectionable. This is no doubt part of sovereign right, but it certainly runs counter to comity. In the political realm it leads to strict retaliatory laws and power struggles. And it discourages international commerce and efficient allocation and conduct of litigation. It has similar effects on the interprovincial level,

pas être en mesure de légiférer en la matière, sous réserve toutefois des principes énoncés dans l'arrêt *Morguard* et des exigences de territorialité exposées dans la jurisprudence et, tout dernièrement, dans le *Renvoi relatif à la Upper Churchill Water Rights Reversion Act*, précité.

#### Application des principes de l'arrêt *Morguard* à la loi contestée

J'aborde maintenant la question de savoir si la loi contestée est compatible avec les principes que je viens d'énoncer. J'affirme, dès maintenant, que je ne le crois pas. Une province a sans doute intérêt à protéger les biens de ses résidents sur son territoire, mais elle ne peut pas le faire par des moyens inconstitutionnels. En l'espèce, les moyens choisis visent à refuser inconditionnellement la reconnaissance d'ordonnances et à faire ainsi obstacle aux litiges non seulement dans des pays étrangers, mais dans d'autres provinces. À tout le moins lorsqu'une ordonnance de la cour est sollicitée, si ce n'est avant, on refusera de mettre à exécution une ordonnance judiciaire rendue dans une autre province. Aucune réserve n'est prévue. Aucun pouvoir discrétionnaire n'est conféré de sorte qu'on ne saurait guère dire que la Loi respecte les principes d'ordre et d'équité qui doivent, suivant le principe de l'arrêt *Morguard*, sous-tendre les procédures requises pour les litiges qui ont des effets extraprovinciaux. Hormis l'aspect législatif, la situation dans l'arrêt *Morguard* était différente du fait que l'appelant, dans cette affaire, avait demandé au tribunal de refuser la reconnaissance après que le jugement eut été rendu. Mais on ne peut pas éviter les prescriptions constitutionnelles par une attaque préventive. Une loi qui prohibe la communication de documents a précisément pour objet d'empêcher qu'il y ait des litiges ou des poursuites couronnés de succès dans d'autres ressorts en refusant de reconnaître et de respecter les ordonnances qui y sont rendues. Chacun se rend compte que, tout bien considéré, de telles lois ont pour objet non pas de garder des documents dans la province, mais plutôt d'empêcher le respect d'ordonnances et ainsi le succès de litiges hors de la province, que cette dernière juge inacceptables. Ces mesures font sans doute partie de la souveraineté, mais elles

effects that offend against the basic structure of the Canadian federation.

As a matter of legislative history, we were told, the Ontario and Quebec statutes were precipitated by the aggressively extraterritorial, "long arm" antitrust statutes of the United States. Unfortunately, these blocking statutes are a blunt response, and themselves have become like long arm statutes that haphazardly end up harming individuals who were not in the jurisdiction and are not pursuing the actions against which the blocking statutes were allegedly originally aimed.

This could, no doubt, be defended on the basis of sovereignty. Indeed the federal Parliament is expressly permitted by our Constitution to legislate with internationally extraterritorial effect. But this appeal is concerned with the provinces within Confederation. *Morguard* requires that the rules of private international law must be adapted to the structure of our federation. In a federation, we assume that there is more commonality as to what is acceptable action; we have many common procedures. We even have similar conflicts rules, related, for example, to jurisdiction and deference, and to procedures regarding the *lex fori*. And courts are required, by constitutional restraints, to assume jurisdiction only where there are real and substantial connections to that place. In terms of policy, the presence of such blocking statutes is an anachronism, not even, so we were told, aimed at interprovincial litigation at its inception in the 1940s, but definitely inimical to such litigation if applied on the interprovincial level.

vont certainement à l'encontre de la courtoisie. Dans le domaine politique, il en résulte des mesures de représailles strictes sur le plan législatif, ainsi que des luttes de pouvoir. Et cela décourage le commerce international ainsi que la répartition et la conduite efficaces des litiges. Les effets, sur le plan interprovincial, sont semblables et portent atteinte à la structure fondamentale de la fédération canadienne.

Au sujet de l'historique de ces lois, on nous a dit que l'adoption des lois ontarienne et québécoise a été précipitée par l'adoption aux États-Unis de lois antitrusts agressives à longue portée extraterritoriale. Malheureusement, ces lois qui prohibent la communication de documents constituent une réponse brutale et sont devenues elles-mêmes des lois à longue portée qui finissent par causer, de manière fortuite, un préjudice à des particuliers qui n'étaient pas dans le ressort et qui ne sont pas engagés dans les actions que ces lois étaient censées viser au départ.

Cela pourrait sans doute se défendre en invoquant la souveraineté. En effet, notre Constitution autorise expressément le Parlement fédéral à adopter des lois qui ont un effet extraterritorial. Mais le présent pourvoi concerne les provinces qui font partie de la Confédération. L'arrêt *Morguard* exige que les règles de droit international privé soient adaptées à la structure de notre fédération. Dans une fédération, nous supposons qu'il y a une plus grande communauté de points de vue quant à ce qui constitue une action acceptable; un bon nombre de nos procédures sont communes. Nous avons même des règles de droit international privé semblables en matière, par exemple, de compétence et de retenue ainsi que de procédures concernant la *lex fori*. Et les tribunaux sont tenus, en vertu de contraintes constitutionnelles, de ne se déclarer compétents que s'il y a des liens réels et substantiels avec cet endroit. En principe, l'existence de telles lois prohibant la communication de documents est un anachronisme; lors de leur avènement dans les années 1940, elles ne visaient même pas, nous a-t-on dit, les litiges interprovinciaux, mais elles sont certainement défavorables à ces litiges si on les applique au niveau interprovincial.

If blocking statutes of the type now in effect in both Ontario and Quebec were possible under the Constitution, they would have the potential of affecting the rights of litigants in all the other provinces, whenever the defendant was a Quebec or Ontario business. Discovery is a very important tool of civil litigation. It is especially important in cases of this type, where there are allegations of some sort of product liability. The ultimate plaintiff must have a tool to access the otherwise internal documents, especially of large corporate monoliths. And given that there are allegations of civil conspiracy in this case, it is all the more necessary. That British Columbia, despite what was stated in the courts below, considers discovery central is evident in that refusal to comply with a demand is one of the few procedural violations that will result in a default judgment in the province. Most other instances of non-compliance with *Rules of Court* are treated as irregularities that can be remedied; see Rule 2. Moreover, the trend of the case law on Rule 26 is to emphasize the importance of the right to discovery, even at the cost of considerable loss of confidentiality. In *Boxer v. Reesor* (1983), 43 B.C.L.R. 352, McEachern C.J.S.C. (as he then was) confirmed the fundamental importance of discovery as emphasized long ago in the English case of *Cie Financière et Commerciale du Pacifique v. Peruvian Guano Co.* (1882), 11 Q.B.D. 55 (C.A.).

It may be that the only reason that these blocking statutes have not caused more problems in the past is that most defendants assumed that they had no basis to claim that they barred the production of documents in situations like the present, and voluntarily produced the documents. But future defendants, once aware of this strategy for avoiding discovery, will only be too happy to avail themselves of the operation of the statute. The

Si des lois qui prohibent la communication de documents, comme celles qui sont aujourd'hui en vigueur en Ontario et au Québec, étaient permises en vertu de la Constitution, elles risqueraient de toucher les droits des parties à un litige dans toutes les autres provinces, chaque fois que le défendeur serait une entreprise québécoise ou ontarienne. La communication de la preuve est un outil très important dans les procès au civil. Elle revêt une importance particulière dans des cas comme la présente affaire, où on allègue un certain genre de responsabilité du fabricant. Le demandeur ultime doit disposer d'un moyen d'accéder à des documents par ailleurs internes, spécialement ceux d'importantes sociétés monolithiques. Et cela s'impose d'autant plus qu'il y a, en l'espèce, des allégations de complot civil. Il est évident que, malgré ce qui a été dit devant les tribunaux d'instance inférieure, la communication de la preuve est considérée comme fondamentale en Colombie-Britannique, car le refus d'obtempérer à une demande de communication est l'une des rares violations procédurales qui entraînent un jugement par défaut dans la province. La plupart des autres cas de non-respect des *Rules of Court* sont considérés comme des irrégularités auxquelles il est possible de remédier; voir l'art. 2. De plus, dans la jurisprudence relative à l'art. 26, on a tendance à souligner l'importance du droit à la communication de la preuve, même au prix d'une perte considérable de confidentialité. Dans l'affaire *Boxer c. Reesor* (1983), 43 B.C.L.R. 352, le juge en chef McEachern de la Cour suprême (maintenant Juge en chef de la Colombie-Britannique) a confirmé l'importance fondamentale de la communication de la preuve qui a été soulignée il y a longtemps dans l'arrêt anglais *Cie Financière et Commerciale du Pacifique c. Peruvian Guano Co.* (1882), 11 Q.B.D. 55 (C.A.).

Il se peut que la seule raison pour laquelle ces lois qui prohibent la communication de documents n'ont pas causé plus de problèmes dans le passé est que la plupart des défendeurs ont présumé qu'ils n'étaient pas fondés à faire valoir qu'elles interdisaient le dépôt de documents dans des situations comme la présente et qu'ils ont produit de plein gré les documents. Mais à l'avenir, les défendeurs qui connaîtront cette stratégie pour éviter la com-

impact of this bad practice can already be seen in the case of 2632-7602 *Québec Inc. v. Pizza Pizza Canada Inc.*, *supra*, where the trial judge in Quebec refused to order discovery with respect to Ontario defendants claiming a prohibition under the equivalent Ontario statute, misguidedly relying on *Morguard*. If constitutionally permissible, this approach would effectively immunize the business concerns located in Quebec and Ontario from ever having to produce documents sought for the purposes of litigation in other provinces. All they, or their shareholders, would need to do to escape discovery would be to simply seek an order as provided in the Act. When one considers that Ontario and Quebec are the headquarters for many of the largest corporations in this country, many of which will properly be subject to tort and other actions in other provinces, the impact would be serious. The essential effect then, and indeed the barely shielded intent, is to impede the substantive rights of litigants elsewhere. It would force parties to conduct litigation in multiple fora and compel more plaintiffs to choose to litigate in the courts of Ontario and Quebec. Other provinces could, of course, follow suit. It is inconceivable that in devising a scheme of union comprising a common market stretching from sea to sea, the Fathers of Confederation would have contemplated a situation where citizens would be effectively deprived of access to the ordinary courts in their jurisdiction in respect of transactions flowing from the existence of that common market. The resultant higher transactional costs for interprovincial transactions constitute an infringement on the unity and efficiency of the Canadian marketplace (see Finkle and Labrecque, *supra*), as well as unfairness to the citizen.

The lack of order and fairness in the present situation is evident in a further incongruity. It is that full rights of discovery are available to parties in the civil procedure of Ontario and Quebec. It is not as if these jurisdictions have a totally different tra-

munication de la preuve ne seront que trop heureux de se prévaloir de l'effet de la loi. L'impact de cette mauvaise pratique peut déjà être constaté dans l'affaire 2632-7602 *Québec Inc. c. Pizza Pizza Canada Inc.*, précitée, où le juge québécois de première instance s'est fondé à mauvais escient sur l'arrêt *Morguard* pour refuser d'ordonner la communication dans le cas de défendeurs ontariens qui invoquaient une prohibition contenue dans la loi ontarienne équivalente. Si cette méthode était permise par la Constitution, les entreprises situées au Québec ou en Ontario n'auraient jamais à produire des documents demandés aux fins de litiges dans d'autres provinces. Pour se soustraire à la communication, il leur suffirait, à elles ou à leurs actionnaires, de demander un ordonnance aux termes de la Loi. Compte tenu du fait que l'on trouve en Ontario et au Québec les sièges sociaux de maintes sociétés canadiennes parmi les plus importantes, dont bon nombre pourront à bon droit être l'objet d'actions en responsabilité délictuelle ou d'autres actions dans les autres provinces, l'impact serait considérable. Ainsi, l'effet essentiel, et en fait l'intention à peine voilée, est de faire obstacle à l'exercice des droits substantiels des parties à des litiges à l'extérieur de la province. Cela forcerait des parties à engager des litiges dans plusieurs ressorts et obligerait plus de demandeurs à opter pour une action devant les tribunaux ontariens et québécois. Il va sans dire que d'autres provinces emboîteraient le pas. Il est inconcevable qu'en établissant un régime d'union comprenant un marché commun qui s'étendrait d'un océan à l'autre, les Pères de la Confédération aient envisagé une situation où les citoyens seraient effectivement privés de l'accès aux tribunaux ordinaires de leur province ou territoire relativement à des opérations découlant de l'existence de ce marché commun. L'augmentation du coût des activités interprovinciales qui en résulte compromet l'unité et l'efficacité du marché canadien (voir Finkle et Labrecque, *loc. cit.*) et est inéquitable pour le citoyen.

Une autre absurdité traduit le manque d'ordre et d'équité de la situation actuelle. Les parties à une instance civile en Ontario ou au Québec ont pleinement droit à la communication de la preuve. Ce n'est pas comme si ces provinces possédaient une

dition of civil procedure. If the litigation was proceeding in either of those provinces there would be full discovery. And if both parties to the action had been from British Columbia there would be discovery. But somehow, because of the fortuitous combination of litigation in British Columbia involving a defendant from Quebec or Ontario, the discovery process is barred.

In light of the foregoing, I conclude that the Quebec *Business Concerns Records Act* is constitutionally inapplicable to other provinces, and consequently in the present case.

#### Other Issues

In view of the fact that I have found the impugned Act constitutionally inapplicable because it offends against the principles enunciated in *Morguard*, it becomes unnecessary for me to consider whether it is wholly unconstitutional because, in pith and substance, it relates to a matter outside the province. Nor is it necessary to consider whether the statute could properly be “read down” to permit its application to jurisdictions outside the country, nor to consider the issue of public policy raised by the appellant.

One subsidiary issue, however, does require attention. It was argued on behalf of Lac d’Amiante that since it was prohibited by an order of the Quebec court in a separate proceeding from responding to a demand for discovery in British Columbia, in a practical effect that order was *res judicata*. I have difficulty with this proposition. The order was not one determining rights past and closed. Rather it purports to direct future action which the court has no jurisdiction to do. This seems to me to be all the more cogent when the order is sought to be applied in another action.

tradition de procédure civile tout à fait différente. Si le litige était entendu dans l’une ou l’autre de ces provinces, il y aurait communication complète de la preuve. Et si les deux parties à l’action avaient été de la Colombie-Britannique, il y aurait communication de la preuve. Mais curieusement, parce que le hasard a voulu que le litige se déroule en Colombie-Britannique et que le défendeur soit du Québec ou de l’Ontario, le processus de communication est entravé.

Compte tenu de ce qui précède, je conclus que la *Loi sur les dossiers d’entreprises* québécoise est constitutionnellement inapplicable aux autres provinces et, en conséquence, inapplicable en l’espèce.

#### d Autres questions en litige

Comme j’ai conclu que la Loi contestée est constitutionnellement inapplicable parce qu’elle est contraire aux principes énoncés dans l’arrêt *Morguard*, je n’ai pas à examiner la question de savoir si elle est entièrement inconstitutionnelle parce que, de par son caractère véritable, elle se rapporte à une matière à l’extérieur de la province. Il n’est pas nécessaire non plus d’examiner si on pourrait à bon droit donner à la loi une interprétation «atténuée» de manière à en permettre l’application à l’étranger, ou encore d’étudier la question de l’ordre public soulevée par l’appelant.

Il est cependant nécessaire d’examiner une question subsidiaire. On a soutenu au nom de la société Lac d’Amiante que, puisqu’une ordonnance du tribunal québécois dans une autre instance lui interdisait d’accéder à une demande de communication de la preuve présentée en Colombie-Britannique, cette ordonnance avait, en pratique, force de chose jugée. Il m’est difficile d’accepter cette proposition. L’ordonnance n’a pas déterminé des droits passés et terminés. Elle a plutôt pour objet d’ordonner une action future, ce que le tribunal est incompétent pour faire. Cela me semble d’autant plus pertinent quand on cherche à faire appliquer l’ordonnance dans une autre action.

Disposition

For these reasons, I would allow the appeal with costs throughout and order the respondents to produce for inspection within 30 days, in British Columbia, copies of all documents in their possession and control relating to the matters in question in this action, regardless of whether those documents are located inside or outside the province of Quebec. I would answer the constitutional question by saying that the Act should be read as not applying to the provinces since such application would be *ultra vires* under the constitutional principle set forth in the *Morguard* case.

*Appeal allowed with costs.*

*Solicitors for the appellant: Camp Church & Associates, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent Lac d'Amiante du Québec Ltée: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Solicitors for the respondents Asbestos Corporation Limited, Atlas Turner Inc. and Bell Asbestos Mines Limited: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent JM Asbestos Inc.: Lindsay Kenney, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent the Quebec Asbestos Mining Association: Lang Michener, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent National Gypsum Co.: Arvay, Finlay, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: George Thomson, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Jean-Yves Bernard and Alain Gingras, Ste-Foy.*

Dispositif

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, avec dépens dans toutes les cours, et d'ordonner aux intimées de produire, pour fins d'examen, dans les 30 jours, en Colombie-Britannique, des copies de tous les documents relatifs aux sujets en cause dans la présente action, qui sont en leur possession et sous leur contrôle, peu importe que ces documents se trouvent à l'intérieur ou à l'extérieur de la province de Québec. Je répondrais à la question constitutionnelle en disant qu'il y a lieu de considérer que la Loi ne s'applique pas aux provinces étant donné que pareille application serait inconstitutionnelle en vertu du principe de droit constitutionnel énoncé dans l'arrêt *Morguard*.

*Pourvoi accueilli avec dépens.*

*Procureurs de l'appelant: Camp Church & Associates, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée Lac d'Amiante du Québec Ltée: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Procureurs des intimées Société Asbestos Limitée, Atlas Turner Inc. et Bell Asbestos Mines Limited: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée JM Asbestos Inc.: Lindsay Kenney, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée l'Association des mines d'amiante du Québec: Lang Michener, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée National Gypsum Co.: Arvay, Finlay, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: George Thomson, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Jean-Yves Bernard et Alain Gingras, Ste-Foy.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Bryant Floyd Litchfield** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LITCHFIELD

File No.: 22896.

1993: June 7; 1993: November 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

*Practice — Collateral attack — Sexual assault by practising male physician on female patients — Counts severed and divided by judge in chambers before indictment preferred before trial judge — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(1)(a), (2), (3)(c), 590(3), 591(3)(a), (4), 645(5), 676(1)(a), 686(4)(a), (b)(i), 693(1)(b).*

*Practice — Non-suit — Sexual assault by practising male physician on female patients — Counts severed and divided by judge in chambers before indictment preferred before trial judge — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted.*

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Bryant Floyd Litchfield** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. LITCHFIELD

N<sup>o</sup> du greffe: 22896.

<sup>b</sup>

1993: 7 juin; 1993: 18 novembre.

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

<sup>c</sup>

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

*Pratique — Attaque indirecte — Agressions sexuelles perpétrées contre des patientes par un médecin de sexe masculin — Chefs d'accusation séparés et divisés par un juge en chambre avant la présentation de l'acte d'accusation devant le juge du procès — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(1)(a), (2), (3)(c), 590(3), 591(3)(a), (4), 645(5), 676(1)(a), 686(4)(a), (b)(i), 693(1)(b).*

*Pratique — Non-lieu — Agressions sexuelles perpétrées contre des patientes par un médecin de sexe masculin — Chefs d'accusation séparés et divisés par un juge en chambre avant la présentation de l'acte d'accusation devant le juge du procès — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé?*

*Jurisdiction — Appellate courts — Pre-trial severance of counts of sexual assault — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted.*

*Evidence — Sexual assault by practising male physician on female patients — Counts severed and divided by judge in chambers before indictment preferred before trial judge — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted.*

*Criminal law — Sexual assault — Sexual assault by practising male physician on female patients — Counts severed and divided by judge in chambers before indictment preferred before trial judge — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted.*

Respondent, a family physician, was charged with 14 counts of sexual assault involving seven female patients who had attended at his office for medical treatment and

*Compétence — Tribunaux d'appel — Séparation avant le procès des chefs d'accusation d'agression sexuelle — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé?*

*Preuve — Agressions sexuelles perpétrées contre des patientes par un médecin de sexe masculin — Chefs d'accusation séparés et divisés par un juge en chambre avant la présentation de l'acte d'accusation devant le juge du procès — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé?*

*Droit criminel — Agressions sexuelles — Agressions sexuelles perpétrées contre des patientes par un médecin de sexe masculin — Chefs d'accusation séparés et divisés par un juge en chambre avant la présentation de l'acte d'accusation devant le juge du procès — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé?*

L'intimé, un médecin de famille, a fait l'objet de 14 chefs d'agression sexuelle impliquant sept patientes qui s'étaient présentées à son cabinet pour recevoir un trai-



diagnosis. Each had consented to being touched for valid medical reasons in intimate areas of her body.

Prior to trial, respondent applied for an order that each count be tried separately or alternatively that the counts be severed by complainant. The judge hearing the motion (not the trial judge) ordered that three different trials be held depending on the part of the complainant's body involved in the assault — genitalia, breasts or other matters. The counts therefore were not only severed but also divided such that separate trials were to be held for events that occurred within one visit to the respondent's office by the same complainant.

In a trial by judge alone, the Crown first proceeded on those counts relating to vaginal examinations. The trial judge refused the Crown's motion to hold a *voir dire* to determine the admissibility of the evidence relating to the severed counts and ruled that the Crown could proceed by calling all of the evidence relating to the severed counts, subject to a subsequent ruling on admissibility. The Crown called all of the evidence relating to the severed counts, as well as the evidence of the complainants in the trial going to the counts before the court and the evidence of two medical experts. The trial judge, on a *voir dire*, refused to admit the evidence of several other women of similar assaults by the respondent. He also refused to admit the testimony of the respondent's ranking medical officer as to counselling the respondent had received from her after complaints were lodged against him while he practised in the military. The trial judge subsequently ruled all the evidence relating to the severed counts inadmissible as irrelevant or, even if relevant, too prejudicial. The respondent successfully brought a motion for a non-suit at the close of the Crown's case and was acquitted. The Court of Appeal dismissed the Crown's appeal. At issue here were: (1) whether this Court had jurisdiction to review a pre-trial severance order, and (2) if so, whether the pre-trial severance order should be set aside; (3) whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted; and (4) whether a non-suit should have been granted.

tement médical ou un diagnostic. Chacune des patientes avait consenti à ce qu'on lui touche les parties intimes à des fins médicales valables.

Avant le procès, l'intimé a sollicité une ordonnance enjoignant d'instruire séparément chacun des chefs d'accusation ou encore de séparer les chefs par plaignante. Le juge qui a entendu la requête (qui n'était pas le juge du procès) a ordonné la tenue de trois procès distincts selon la partie du corps de la plaignante qui était en cause dans l'agression, les deux premiers portant sur les allégations relatives aux organes génitaux et aux seins respectivement, et le troisième sur les autres questions. Par conséquent, les chefs ont été non seulement séparés mais encore divisés de sorte que des procès distincts devraient être tenus pour les événements survenus à l'égard de la même plaignante dans le cadre d'une seule et même consultation dans le cabinet de l'intimé.

Lors d'un procès devant un juge seul, le ministère public a d'abord procédé relativement aux chefs concernant les examens vaginaux. Le juge du procès a rejeté la requête du ministère public visant la tenue d'un *voir-dire* pour déterminer l'admissibilité de la preuve concernant les chefs séparés et a décidé que le ministère public pouvait présenter toute la preuve relative aux chefs séparés, sous réserve d'une décision ultérieure sur son admissibilité. Le ministère public a présenté tous les témoignages relatifs aux chefs séparés, le témoignage des plaignantes au cours du procès touchant les chefs dont la cour était saisie, ainsi que celui de deux experts en médecine. À la suite d'un *voir-dire*, le juge du procès a refusé d'admettre le témoignage de plusieurs autres femmes concernant des agressions de même nature de la part de l'intimé. Il a également refusé d'admettre le témoignage du médecin supérieur hiérarchique de l'intimé quant aux conseils qu'elle lui avait donnés après que des plaintes eurent été déposées contre lui au moment où il exerçait la médecine dans l'armée. Le juge du procès a décidé ensuite que tous les témoignages relatifs aux chefs séparés étaient inadmissibles parce qu'ils n'étaient pas pertinents ou que, même s'ils étaient pertinents, ils étaient trop préjudiciables. À la fin de la présentation de la preuve du ministère public, l'intimé a présenté avec succès une requête en non-lieu et a été acquitté. La Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public. Il s'agit en l'espèce de déterminer (1) si notre Cour avait compétence pour examiner une ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès, (2) si, dans l'affirmative, il y a lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès, (3) s'il y avait lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés par le juge du procès, et (4) si le non-lieu aurait dû être accordé.

*Held:* The appeal should be allowed.

*Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.:* Sexual assault is a crime of general intent. The Crown need not prove a specific intent with respect to the sexual nature of the assault because it forms part of the *actus reus*. The test is therefore an objective one. All the circumstances surrounding the conduct in question will be relevant to the question of whether the touching was of a sexual nature and violated the complainant's sexual integrity. Courts in individual cases should not create unnecessary barriers to considering all the circumstances surrounding conduct alleged to constitute a sexual assault, particularly where the complainant has consented to some touching but not to touching of a sexual nature. The nature of a complainant's relationship to her alleged assaulter, including the patient's lack of power and knowledge and the doctor's duty to perform medical examinations only for the patient's good, must all figure in a determination of whether the patient in fact consented to the conduct in question.

At first blush, the pre-trial severance order could not be appealed as part of the respondent's acquittal without violating the rule against collateral attack: a court order, made by a court having jurisdiction to make it, may not be attacked in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or the judgment. Given a strict application of the rule, the trial judge would not have had the power to review the division and severance order because the specific object of the proceedings was not its reversal, variation or nullification. Consequently, there would have been no error of law committed with respect to proceeding on the division and severance order at the trial upon which an appeal of the verdict reached during the trial could be founded. The result would be that neither the Court of Appeal nor this Court would have jurisdiction to review, much less to set aside, the division and severance order.

The rule against collateral attack should not be strictly applied here. The rule was not intended to immunize court orders from review but to maintain the rule of law and to preserve the repute of the administration of justice. The principles based on certainty and on the need for the orderly and functional administration of

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

*Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Iacobucci:* L'agression sexuelle est un crime qui requiert une intention générale. Le ministère public n'a pas à prouver l'existence d'une intention spécifique relativement à la nature sexuelle de l'agression parce qu'elle fait partie de l'*actus reus*. Le critère applicable est donc objectif. Toutes les circonstances entourant la conduite en question seront pertinentes pour déterminer si l'attouchement était de nature sexuelle et s'il a porté atteinte à l'intégrité sexuelle de la plaignante. Dans chaque cas, le tribunal ne devrait pas créer d'obstacle inutile à la prise en compte de toutes les circonstances entourant la conduite qui, allégué-t-on, constitue une agression sexuelle, particulièrement lorsque la plaignante a consenti à un certain attouchement, mais non à un attouchement de nature sexuelle. La nature de la relation qui existait entre la plaignante et son présumé agresseur, y compris l'absence de position de force chez la patiente et son manque de connaissances, ainsi que l'obligation du médecin de ne faire des examens médicaux que pour le bien de la patiente sont tous des éléments dont il faut tenir compte pour déterminer si la patiente a effectivement consenti à la conduite en cause.

À première vue, l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès ne pouvait faire l'objet d'un appel en tant que partie de l'acquiescement de l'intimé sans violer la règle interdisant les attaques indirectes: une ordonnance rendue par une cour compétente ne peut faire l'objet d'une attaque dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmerie, la modification ou l'annulation de l'ordonnance ou du jugement. Si on applique strictement la règle, le juge du procès n'aurait pas été habilité à examiner l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation parce que les procédures n'avaient pas précisément pour objet d'en obtenir l'infirmerie, la modification ou l'annulation. Par conséquent, si l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation avait été rendue au procès, on n'aurait pas commis d'erreur de droit susceptible de justifier un appel contre le verdict prononcé à l'issue de ce procès. Il en résulterait que ni la Cour d'appel ni notre Cour n'auraient compétence pour examiner, et encore moins pour annuler, l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation.

Il n'y a pas lieu en l'espèce d'appliquer strictement la règle interdisant les attaques indirectes. La règle a été conçue non pas pour soustraire à tout contrôle une ordonnance judiciaire mais pour maintenir la primauté du droit et préserver la considération dont jouit l'administration de la justice. Les principes fondés sur la certi-

justice which lie behind the rule against collateral attack are not applicable in the case of a pre-trial division and severance order. Such an order does not govern the conduct of the parties but rather regulates the judicial process itself. Allowing a collateral attack at trial on such an order would not jeopardize the rule of law or damage the repute of the administration of justice. Indeed the order would have been subject to review by appellate courts along with the verdict if it had been made by a trial judge. Procedure cannot govern substance — an order so erroneous that it results in a fundamentally flawed trial process cannot be allowed to stand.

The pre-trial division and severance order could be reviewed by the trial judge and set aside if in error. The trial judge's failure to refuse to follow the pre-trial division and severance order, if erroneous, would constitute an error of law reviewable on appeal to this Court.

An indictment is preferred only when it is lodged with the trial judge. An accused need not wait until the actual trial date to bring an application to divide or sever counts. The indictment can be preferred once the trial judge has been assigned and a severance application can be brought after the indictment has been preferred but before the court has been constituted to begin hearing evidence. As a matter of practice and policy, the trial judge should hear applications to divide and sever counts. Such orders are not immunized from review and needless duplication is avoided.

The division or severance of a count requires the exercise of a great deal of discretion given the breadth of the criteria governing division and severance — the court must be satisfied that the ends of justice require the order. An appellate court should not interfere with the exercise of this discretion unless it is shown that the issuing judge acted unjudicially or that the ruling resulted in an injustice. The order at issue here worked an injustice towards the Crown, the complainants and the administration of justice in that it placed an artificial barrier to the trial judge's ability to consider the respondent's conduct in all the circumstances. The order had to

tude et sur le besoin d'une administration ordonnée et pratique de la justice qui sous-tendent la règle interdisant les attaques indirectes ne sont pas applicables à une ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès. Une ordonnance de cette nature régit non pas la conduite des parties, mais plutôt le processus judiciaire lui-même. Permettre, au cours du procès, une attaque indirecte contre une telle ordonnance ne compromettrait pas la primauté du droit ou ne déconsidérerait pas l'administration de la justice. En réalité, si l'ordonnance avait été rendue par le juge du procès, elle aurait fait l'objet d'un examen par les tribunaux d'appel en même temps que le verdict. La procédure ne peut l'emporter sur le fond — on ne saurait permettre le maintien d'une ordonnance erronée au point d'entacher le procès d'un vice fondamental.

L'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès pouvait faire l'objet d'un examen par le juge du procès et être annulée si elle était erronée. L'omission erronée du juge du procès de refuser de suivre ladite ordonnance constituerait une erreur de droit pouvant faire l'objet d'un pourvoi devant notre Cour.

L'acte d'accusation est présenté seulement quand il est produit devant le juge du procès. Un accusé n'a pas à attendre à la date du procès pour présenter une requête en division ou séparation des chefs d'accusation. L'acte d'accusation peut être présenté une fois que le juge du procès s'est vu confier l'affaire, et une requête en séparation des chefs d'accusation peut être soumise après que l'acte d'accusation a été présenté mais avant que le tribunal ne soit constitué pour commencer à entendre les témoignages. En pratique et en principe, le juge du procès devrait entendre les requêtes en division et en séparation des chefs d'accusation. Ces ordonnances n'échappent pas à tout contrôle et le dédoublement inutile est évité.

Pour rendre une ordonnance de division ou de séparation des chefs d'accusation, il faut exercer un large pouvoir discrétionnaire étant donné la portée des critères qui régissent la division ou la séparation des chefs d'accusation — le tribunal doit être convaincu que les fins de la justice exigent l'ordonnance en question. Une cour d'appel ne devrait pas s'immiscer dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire, à moins qu'il ne soit démontré que le juge qui a rendu l'ordonnance n'a pas agi judiciairement ou que sa décision a causé une injustice. L'ordonnance visée en l'espèce a causé une injustice au ministre public, aux plaignantes et à l'administration de la justice, du fait qu'elle a entravé artificiellement la capacité du juge du procès d'examiner la conduite de l'in-

be set aside given its jurisdictional and substantive flaws and given the trial judge's errors in applying it.

All the evidence by the complainants going to the severed counts should have been admitted with respect to all the counts before the trial judge. It was relevant to several important issues and its prejudicial effect would not outweigh its probative value. The evidence of other touching, while it might be characterized as similar acts, was not tendered solely to show that the respondent was a person of bad character or of a disposition likely to commit the offences, but rather to provide information highly relevant to understanding the context in which the offences occurred. This evidence was admissible. The trial judge did not weigh the probative value of the evidence or specify its prejudicial effects.

The evidence of the respondent's superior officer from his time of military practice was relevant to the nature and quality of the acts which respondent performed on the complainants and specifically to whether he was carrying out proper medical procedures. The hearsay rule was wrongly applied here to exclude the evidence. This evidence was not hearsay.

The admissibility of other evidence excluded by the trial judge should be left to the discretion of the trial judge in the new trial.

The motion for non-suit should not have been granted because there was admissible evidence which, if believed by a properly charged jury acting reasonably, would justify conviction. Here, the trial judge made the determination on the application for a non-suit in his capacity as trial judge and not as trier of fact because he made no determinations of weight and credibility prior to reaching his decision. Other errors made over the course of the trial judge's ruling also made it impossible for the order to stand. Even with the trial judge's rulings on the admissibility of evidence, there was some evidence, both direct and circumstantial, which, if believed by a properly instructed jury acting reasonably, could have resulted in convictions. Under a correct approach

timé à la lumière de toutes les circonstances qui l'ont entourée. L'ordonnance devait être annulée en raison des vices de compétence et de fond qu'elle comportait, ainsi que des erreurs que le juge du procès a commises en l'appliquant.

Tous les témoignages des plaignants relatifs aux chefs séparés auraient dû être admis à l'égard de tous les chefs soumis au juge du procès. Ils étaient pertinents en ce qui concernait plusieurs questions importantes et leur effet préjudiciable ne l'emporterait pas sur leur valeur probante. Même s'ils pourraient être qualifiés de preuve d'actes similaires, les témoignages relatifs à d'autres attouchements ont été produits non pas seulement pour démontrer que l'intimé était une personne de mauvaise moralité ou qu'il était prédisposé à commettre les infractions alléguées, mais plutôt pour fournir des renseignements très pertinents pour saisir le contexte dans lequel les infractions ont été perpétrées. Cette preuve était admissible. Le juge du procès n'a pas déterminé la valeur probante des témoignages ni précisé leur effet préjudiciable.

Le témoignage du médecin supérieur hiérarchique de l'intimé pendant qu'il exerçait la médecine dans l'armée était pertinent quant à la nature et à la qualité des actes que l'intimé a accomplis sur les plaignantes et, plus précisément, quant à la question de savoir si ses actes médicaux étaient appropriés. La règle du oui-dire a été appliquée de façon erronée en l'espèce pour exclure le témoignage. Ce témoignage n'était pas du oui-dire.

Il y a lieu de laisser à la discrétion du juge qui présidera le nouveau procès le soin de déterminer l'admissibilité d'autres éléments de preuve écartés par le juge du procès.

La requête en non-lieu n'aurait pas dû être accordée parce qu'il y avait des éléments de preuve admissibles qui, s'ils étaient acceptés par un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, justifieraient une déclaration de culpabilité. En l'espèce, le juge du procès a statué sur la requête en non-lieu en sa qualité de juge du procès, et non de juge des faits, car il ne s'est pas prononcé sur le poids de la preuve ni sur la crédibilité des témoins avant de rendre sa décision. L'ordonnance ne peut être maintenue en raison d'autres erreurs que le juge du procès a commises en statuant sur la requête. Même avec les décisions du juge du procès sur l'admissibilité de la preuve, il y avait des éléments de preuve, à la fois directs et circonstanciels, qui, s'ils avaient été acceptés par un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière

to the admissibility of the evidence, there would have been all the more evidence to satisfy the standard.

*Per McLachlin J.:* In Alberta, it appears to be standard practice to arraign an accused before the trial for the purposes of taking pleas and pre-trial orders. This procedure allows severance motions to be heard prior to trial without seizing the chambers judge of the matter. The indictment is preferred and trial proceedings begin upon arraignment even though that may be months before a judge and jury are empanelled. The suggestion in *R. v. Chabot* that the indictment is not preferred until it is presented in the presence of the accused before a trial court constituted to dispose of the case, does not apply to pre-trial arraignments in Alberta. The rule against collateral attack would present no difficulty in cases like this one because the severance order is part of the trial proceedings. As such, it was appealable. In the alternative, if the order were taken to have preceded the preferment of the indictment and not to be part of the trial, there should be an exception to the rule against collateral attack where the Alberta procedure has been followed.

#### Cases Cited

By Iacobucci J.

**Considered:** *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985; **referred to:** *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *B.C. (A.G.) v. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 129; *R. v. Pastro* (1988), 42 C.C.C. (3d) 485; *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892; *R. v. Deol, Gill and Randev* (1979), 20 A.R. 595; *R. v. Martel* (1986), 63 Nfld. & P.E.I.R. 39; *R. v. Barbeau*, [1992] 2 S.C.R. 845; *R. v. Watson* (1979), 12 C.R. (3d) 259; *R. v. Auld* (1957), 26 C.R. 266; *R. v. Kestenberg and McPherson* (1959), 126 C.C.C. 387; *R. v. Christie*, [1914] A.C. 545; *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763; *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *Deyong v. Weeks* (1983), 43 A.R. 342.

raisonnable, auraient entraîné des déclarations de culpabilité. Si la question de l'admissibilité de la preuve avait été abordée correctement, il y aurait eu d'autant plus d'éléments de preuve pour satisfaire à la norme.

a

*Le juge McLachlin:* En Alberta, il paraît qu'il est normal que l'accusé soit interpellé avant le procès aux fins d'enregistrer un plaidoyer et de rendre les ordonnances préalables au procès. Cette procédure permet d'entendre des requêtes en séparation des chefs d'accusation avant le procès sans que le juge en chambre ne soit saisi de l'affaire. L'acte d'accusation est présenté et le procès commence au moment de l'interpellation, même si celle-ci peut être faite des mois avant qu'un juge soit désigné et un jury constitué. La proposition, dans l'arrêt *R. c. Chabot*, selon laquelle l'acte d'accusation n'est pas présenté tant que cela n'est pas fait en présence de l'accusé devant un tribunal de première instance constitué pour connaître de l'accusation, ne s'applique pas aux interpellations préalables au procès en Alberta. La règle interdisant les attaques indirectes ne poserait aucun problème dans des cas comme celui-ci, puisque l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation fait partie du procès. À ce titre, elle pouvait faire l'objet d'un appel. Subsidiairement, si on considérait que l'ordonnance a précédé la présentation de l'acte d'accusation et ne faisait pas partie du procès, il devrait y avoir une exception à la règle interdisant les attaques indirectes lorsque la procédure albertaine a été suivie.

f

#### Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

g

**Arrêts examinés:** *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985; **arrêts mentionnés:** *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *B.C. (A.G.) c. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 129; *R. c. Pastro* (1988), 42 C.C.C. (3d) 485; *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892; *R. c. Deol, Gill and Randev* (1979), 20 A.R. 595; *R. c. Martel* (1986), 63 Nfld. & P.E.I.R. 39; *R. c. Barbeau*, [1992] 2 R.C.S. 845; *R. c. Watson* (1979), 12 C.R. (3d) 259; *R. c. Auld* (1957), 26 C.R. 266; *R. c. Kestenberg and McPherson* (1959), 126 C.C.C. 387; *R. c. Christie*, [1914] A.C. 545; *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763; *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *Deyong c. Weeks* (1983), 43 A.R. 342.

By McLachlin J.

**Considered:** *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985; *R. v. Brackenbury and Pratt* (1981), 61 C.C.C. (2d) 6; **referred to:** *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594; *R. v. Deol, Gill and Randev* (1979), 20 A.R. 595.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(1)(a), (2), (3)(c), 590(3), 591(3)(a) [am. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 119], (4) [am. *idem*], 645(5) [am. *ibid.*, s. 133], 676(1)(a) [am. *ibid.*, s. 139], 686(4)(a), (b)(i), 693(1) [am. *ibid.*, s. 146], (b) [am. R.S.C., 1985, c. 34 (3rd Supp.), s. 12].

#### Authors Cited

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Release No. 10. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).

Salhany, R. E. *Canadian Criminal Procedure*, 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1989.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Toronto: Canada Law Book, 1983.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1992), 120 A.R. 391, dismissing an appeal from acquittal by Hope J. at trial following pre-trial severance of indictment by McDonald J. in chambers. Appeal allowed.

*Goran Tomljanovic*, for the appellant.

*Robert B. White, Q.C.*, and *D. Stam*, for the respondent.

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

IACOBUCCI J. — There are several issues in this appeal. First, does this Court have jurisdiction to review a pre-trial order dividing and severing counts in an indictment? Second, if so, should the order in this case be set aside? The third issue in this appeal concerns the admissibility of the testi-

Citée par le juge McLachlin

**Arrêts examinés:** *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985; *R. c. Brackenbury and Pratt* (1981), 61 C.C.C. (2d) 6; **arrêts mentionnés:** *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594; *R. c. Deol, Gill and Randev* (1979), 20 A.R. 595.

#### Lois et règlements cités

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(1)a), (2), (3)c), 590(3), 591(3)a) [mod. L.R.C. (1985), ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 119], (4) [mod. *idem*], 645(5) [mod. *ibid.*, art. 133], 676(1)a), 686(4)a), b)(i), 693(1) [mod. *ibid.*, art. 146], b) [mod. L.R.C. (1985), ch. 34 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 12].

#### Doctrine citée

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Release No. 10. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).

Salhany, R. E. *Canadian Criminal Procedure*, 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1989.

Sharpe, Robert J. *Injunctions and Specific Performance*. Toronto: Canada Law Book, 1983.

Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1992), 120 A.R. 391, qui a rejeté un appel interjeté contre un acquittement prononcé au procès par le juge Hope à la suite d'une ordonnance de séparation de l'acte d'accusation rendue avant le procès par le juge McDonald en chambre. Pourvoi accueilli.

*Goran Tomljanovic*, pour l'appelante.

*Robert B. White, c.r.*, et *D. Stam*, pour l'intimé.

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

LE JUGE IACOBUCCI — Plusieurs questions se posent dans le présent pourvoi. Premièrement, notre Cour est-elle compétente pour examiner une ordonnance de division et de séparation des chefs d'un acte d'accusation rendue avant le procès? Deuxièmement, dans l'affirmative, y a-t-il lieu

mony of various witnesses. Finally, did the trial judge err in granting the respondent's motion for a non-suit and entering acquittals?

### I. Facts

The respondent was a family physician practising in Edmonton. The respondent was charged with 14 counts of sexual assault involving seven complainants who were his patients at all relevant times. The assaults were alleged to have occurred while the complainants attended at the respondent's office for medical treatment and diagnosis. Each of the complainants consented to being touched in intimate areas of her body but that consent was predicated upon the touching being carried out for valid medical purposes.

Prior to trial, the respondent applied for an order that each of the counts alleged against him be tried separately. He requested in the alternative that the counts be severed by complainant. McDonald J., who was not the trial judge, heard the application. He did not order a separate trial for each count, but instead ordered that three different trials be held depending on the part of the complainant's body that was involved in the assault. McDonald J. ordered one trial for allegations involving the complainants' genitalia, a second trial for allegations concerning the complainants' breasts, and a third trial for any other matters. This resulted in an order that not only severed but also divided counts, such that separate trials were to be held for events that occurred within one visit to the respondent's office by the same complainant.

The respondent elected to be tried by judge alone. The Crown proceeded to trial first on those counts relating to vaginal examinations (nine counts in total), and sought to have the admissibility of the evidence relating to the severed counts

d'annuler l'ordonnance rendue en l'espèce? La troisième question en litige dans le présent pourvoi concerne l'admissibilité du témoignage de diverses personnes. Enfin, le juge du procès a-t-il commis une erreur en faisant droit à la requête en non-lieu de l'intimé et en inscrivant des acquittements?

### I. Les faits

L'intimé était un médecin de famille qui exerçait sa profession à Edmonton. Il a fait l'objet de 14 chefs d'agression sexuelle impliquant sept plaignantes qui étaient ses patientes aux époques pertinentes. Il était allégué que les agressions sexuelles avaient été commises pendant que les plaignantes se trouvaient dans le cabinet de l'intimé pour recevoir un traitement médical ou un diagnostic. Chacune des plaignantes a consenti à ce que l'intimé lui touche les parties intimes, mais ce consentement était assujéti à la condition que l'attouchement soit fait à des fins médicales valables.

Avant le procès, l'intimé a sollicité une ordonnance enjoignant d'instruire séparément chacun des chefs d'accusation portés contre lui. Il a demandé subsidiairement la séparation des chefs par plaignante. Le juge McDonald, qui n'était pas le juge du procès, a entendu la requête. Il a ordonné non pas la tenue d'un procès distinct pour chaque chef, mais plutôt la tenue de trois procès distincts selon la partie du corps de la plaignante qui était en cause dans l'agression. Le juge McDonald a ordonné que trois procès soient tenus: les deux premiers portant sur les allégations relatives aux organes génitaux et aux seins respectivement, et le troisième sur toutes les autres questions. Il en est résulté une ordonnance non seulement de séparation mais encore de division des chefs d'accusation, de sorte que des procès distincts devraient être tenus pour les événements survenus à l'égard de la même plaignante dans le cadre d'une seule et même consultation dans le cabinet de l'intimé.

L'intimé a choisi d'être jugé par un juge seul. Le ministère public a commencé par le procès sur les chefs relatifs aux examens vaginaux (neuf chefs en tout) et a demandé qu'un voir-dire soit tenu au début du procès afin de déterminer l'admissibilité

determined at a *voir dire* at the outset of the trial. Hope J., the trial judge, refused to hold a *voir dire* and ruled that the Crown could proceed by calling all of the evidence relating to the severed counts, subject to a subsequent ruling on admissibility. The Crown called all of the evidence relating to the severed counts, as well as the evidence of the complainants in the trial going to the counts before the court and the evidence of two medical experts. After a *voir dire* during the trial, the trial judge admitted the evidence of the police officer who testified to the respondent's statement to the police. After another *voir dire*, the trial judge refused to admit the evidence of several other women who stated on the *voir dire* that they had experienced similar assaults by the respondent. He also refused to admit the testimony of the respondent's ranking medical officer as to counselling the respondent had received from her after complaints were lodged against the respondent while he practised in the military. The trial judge subsequently ruled all the evidence relating to the severed counts inadmissible as irrelevant or, even if relevant, too prejudicial.

At the close of the Crown's case, the respondent brought a motion for a non-suit. The trial judge granted the application and the respondent was acquitted. The Crown's appeal was dismissed by the Court of Appeal (1992), 120 A.R. 391, and this Court granted leave to appeal.

## II. Relevant Legislation

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, as amended:

**265.** (1) A person commits an assault when

(a) without the consent of another person, he applies force intentionally to that other person, directly or indirectly;

. . . .

(2) This section applies to all forms of assault, including sexual assault . . . .

de la preuve concernant les chefs séparés. Le juge Hope, qui était le juge du procès, a refusé de tenir un voir-dire et a décidé que le ministère public pouvait présenter toute la preuve relative aux chefs séparés, sous réserve d'une décision ultérieure sur son admissibilité. Le ministère public a présenté tous les témoignages relatifs aux chefs séparés, le témoignage des plaignantes au cours du procès touchant les chefs dont la cour était saisie, ainsi que celui de deux experts en médecine. Après avoir tenu un voir-dire durant le procès, le juge du procès a admis le témoignage qu'un policier a donné au sujet de la déclaration de l'intimé à la police. À la suite d'un autre voir-dire, le juge du procès a refusé d'admettre le témoignage de plusieurs autres femmes qui ont déclaré, lors du voir-dire, avoir été victimes d'agressions de même nature de la part de l'intimé. Il a également refusé d'admettre le témoignage du médecin supérieur hiérarchique de l'intimé quant aux conseils qu'elle lui avait donnés après que des plaintes eurent été déposées contre lui au moment où il exerçait la médecine dans l'armée. Le juge du procès a décidé ensuite que tous les témoignages relatifs aux chefs séparés étaient inadmissibles parce qu'ils n'étaient pas pertinents ou que, même s'ils étaient pertinents, ils étaient trop préjudiciables.

À la fin de la présentation de la preuve du ministère public, l'intimé a présenté une requête en non-lieu. Le juge du procès a fait droit à la requête et l'intimé a été acquitté. La Cour d'appel a rejeté l'appel du ministère public (1992), 120 A.R. 391, et notre Cour a accordé l'autorisation de pourvoi.

## II. Les dispositions législatives pertinentes

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 et ses modifications:

**265.** (1) Commet des voies de fait, ou se livre à une attaque ou une agression, quiconque, selon le cas:

a) d'une manière intentionnelle, emploie la force, directement ou indirectement, contre une autre personne sans son consentement;

. . . .

(2) Le présent article s'applique à toutes les espèces de voies de fait, y compris les agressions sexuelles . . . .



(3) For the purposes of this section, no consent is obtained where the complainant submits or does not resist by reason of

(c) fraud . . . .

590. . . .

(3) The court may, where it is satisfied that the ends of justice require it, order that a count be amended or divided into two or more counts, and thereupon a formal commencement may be inserted before each of the counts into which it is divided.

591. . . .

(3) The court may, where it is satisfied that the interests of justice so require, order

(a) that the accused or defendant be tried separately on one or more of the counts; . . .

(4) An order under subsection (3) may be made before or during the trial . . . .

645. . . .

(5) In any case to be tried with a jury, the judge before whom an accused is or is to be tried has jurisdiction, before any juror on a panel of jurors is called pursuant to subsection 631(3) and in the absence of any such juror, to deal with any matter that would ordinarily or necessarily be dealt with in the absence of the jury after it has been sworn.

676. (1) The Attorney General or counsel instructed by him for the purpose may appeal to the court of appeal

(a) against a judgment or verdict of acquittal of a trial court in proceedings by indictment on any ground of appeal that involves a question of law alone;

686. . . .

(4) Where an appeal is from an acquittal, the court of appeal may

(a) dismiss the appeal; or

(b) allow the appeal, set aside the verdict and

(i) order a new trial. . . .

693. (1) Where a judgment of a court of appeal . . . dismisses an appeal taken pursuant to para-

(3) Pour l'application du présent article, ne constitue pas un consentement le fait pour le plaignant de se soumettre ou de ne pas résister en raison:

c) . . . de la fraude;

590. . . .

(3) Lorsqu'il est convaincu que les fins de la justice l'exigent, le tribunal peut ordonner qu'un chef d'accusation soit modifié ou divisé en deux ou plusieurs chefs et, dès lors, un préambule formel peut être inséré avant chacun des chefs en lesquels il est divisé.

591. . . .

(3) Lorsqu'il est convaincu que les intérêts de la justice l'exigent, le tribunal peut ordonner:

a) que l'accusé ou le défendeur subisse son procès séparément sur un ou plusieurs chefs d'accusation;

(4) Une ordonnance visée au paragraphe (3) peut être rendue avant ou pendant le procès. . .

645. . . .

(5) Dans le cas d'un procès par jury, le juge peut, avant que les candidats-jurés ne soient appelés en vertu du paragraphe 631(3) et en l'absence de ceux-ci, décider des questions qui normalement ou nécessairement feraient l'objet d'une décision en l'absence du jury, une fois celui-ci constitué.

676. (1) Le procureur général ou un avocat ayant reçu de lui des instructions à cette fin peut introduire un recours devant la cour d'appel:

a) contre un jugement ou verdict d'acquiescement d'un tribunal de première instance à l'égard de procédures sur acte d'accusation pour tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement;

686. . . .

(4) Lorsqu'un appel est interjeté d'un acquiescement, la cour d'appel peut:

a) rejeter l'appel;

b) admettre l'appel, écarter le verdict et, selon le cas:

(i) ordonner un nouveau procès,

693. (1) Lorsqu'un jugement d'une cour d'appel [. . .] rejette un appel interjeté aux termes de l'alinéa

graph 676(1)(a), . . . the Attorney General may appeal to the Supreme Court of Canada

676(1)a), [. . .] le procureur général peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada:

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada.

### III. Issues

1. Does this Court have jurisdiction to review a pre-trial severance order?

1. Notre Cour est-elle compétente pour examiner une ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès?

2. If so, should the pre-trial severance order be set aside?

2. Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès?

3. Should any of the evidence excluded by the trial judge have been admitted?

3. Y aurait-t-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés par le juge du procès?

4. Did the trial judge err in granting a non-suit?

4. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en accordant un non-lieu?

### IV. Analysis

Before directly discussing the issues raised in this appeal, I think it is important to keep in mind the nature of the offence of sexual assault as well as the specific manifestation of the alleged sexual assaults in a doctor-patient relationship.

Avant d'analyser directement les questions en litige dans le présent pourvoi, je pense qu'il importe de ne pas oublier la nature de l'infraction d'agression sexuelle, ainsi que la forme particulière que revêtent les agressions sexuelles alléguées dans le cadre d'une relation médecin-patient.

The sexual aspect of a sexual assault forms part of the *actus reus*; there is no requirement that a person accused of sexual assault have any *mens rea* with respect to the sexual nature of a sexual assault. This was the holding of this Court in *R. v. Chase*, [1987] 2 S.C.R. 293, which decided that sexual assault is a crime of general intent and that the Crown did not have to prove a specific intent with respect to the sexual nature of the assault. As McIntyre J. wrote for the Court at p. 302:

L'aspect sexuel d'une agression sexuelle fait partie de l'*actus reus*; il n'est pas nécessaire qu'il y ait *mens rea* chez la personne accusée d'agression sexuelle relativement à la nature sexuelle de l'infraction. C'est ce qui a été décidé dans l'arrêt *R. c. Chase*, [1987] 2 R.C.S. 293, où notre Cour a conclu que l'agression sexuelle est un crime qui requiert une intention générale et que le ministère public n'avait pas à prouver l'existence d'une intention spécifique relativement à la nature sexuelle de l'agression. Comme le juge McIntyre l'affirme, au nom de la Cour, à la p. 302:

The intent or purpose of the person committing the act, to the extent that this may appear from the evidence, may also be a factor in considering whether the conduct is sexual . . . It must be emphasized, however, that the existence of such a motive is simply one of many factors to be considered, the importance of which will vary depending on the circumstances.

L'intention ou le dessein de la personne qui commet l'acte, dans la mesure où cela peut ressortir des éléments de preuve, peut également être un facteur à considérer pour déterminer si la conduite est sexuelle. [. . .] Toutefois, il faut souligner que l'existence d'un tel mobile constitue simplement un des nombreux facteurs dont on doit tenir compte et dont l'importance variera selon les circonstances.

The test to be applied in determining whether an accused's conduct had the requisite nature to constitute a sexual assault is therefore an objective one. As this Court indicated in *Chase*, all the circumstances surrounding the conduct in question will be relevant to the question of whether the touching was of a sexual nature and violated the complainant's sexual integrity. It is therefore important in individual cases that courts not create unnecessary barriers to considering all the circumstances surrounding conduct which is alleged to constitute a sexual assault. This is particularly true where the complainant has consented to some touching but not to touching of a sexual nature: in such a case, the court must have at its disposal as much relevant information as possible in order to determine whether the conduct was of a nature to which the complainant did not consent.

The importance of looking to all the circumstances surrounding an accused's impugned conduct is thrown into relief by a case such as that under consideration in this appeal, where a doctor-patient relationship is concerned. Certainly, medical evidence will be important to assessing the nature of an accused physician's conduct. However, when determining whether a complainant in fact consented to that which occurred, courts must also ensure that they neither ignore the testimony of a patient who complains of sexual assault nor underestimate the position of vulnerability in which a patient often finds herself when she is in the care of a professional medical doctor. All of the opinions in the judgment of this Court in *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226, recognized the imbalance of power that may occur between a doctor and a patient where an alleged sexual assault is concerned.

La Forest J. (Gonthier and Cory JJ. concurring) stated at p. 258: "An unequal distribution of power is frequently a part of the doctor-patient relationship". McLachlin J., who also wrote for L'Heureux-Dubé J., focused on the fiduciary

Le critère qu'il faut appliquer pour déterminer si la conduite d'un accusé était de la nature requise pour constituer une agression sexuelle est donc un critère objectif. Comme l'a indiqué notre Cour dans l'arrêt *Chase*, toutes les circonstances entourant la conduite en question seront pertinentes pour déterminer si l'attouchement était de nature sexuelle et s'il a porté atteinte à l'intégrité sexuelle de la plaignante. Il est donc important dans chaque cas que le tribunal ne crée pas d'obstacle inutile à la prise en compte de toutes les circonstances entourant la conduite qui, allègue-t-on, constitue une agression sexuelle. Cela est particulièrement vrai lorsque la plaignante a consenti à un certain attouchement, mais non à un attouchement de nature sexuelle: en pareil cas, le tribunal doit disposer du plus grand nombre possible de renseignements pertinents pour pouvoir déterminer si la conduite était de la nature de celle à laquelle la plaignante n'avait pas consenti.

Une affaire comme celle dont nous sommes saisis en l'espèce, où il est question d'une relation médecin-patient, fait ressortir l'importance de prendre en considération toutes les circonstances de la conduite reprochée à un accusé. Il est certain que la preuve médicale sera importante pour apprécier la nature de la conduite du médecin accusé. Toutefois, pour déterminer si une plaignante a effectivement consenti à ce qui s'est produit, le tribunal doit également s'assurer de ne pas écarter le témoignage d'une patiente qui se plaint d'une agression sexuelle et de ne pas sous-estimer la situation de vulnérabilité dans laquelle se trouve souvent la patiente qui se fait traiter par un médecin. Toutes les opinions rédigées dans l'arrêt de notre Cour *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, reconnaissent l'inégalité du rapport de force qui peut exister entre un médecin et sa patiente dans le cas d'une allégation d'agression sexuelle.

Le juge La Forest (aux motifs duquel ont souscrit les juges Gonthier et Cory) affirme, à la p. 258: «L'inégalité du rapport de force caractérise fréquemment la relation médecin-patient». Le juge McLachlin, qui s'est exprimée également au nom

nature of the doctor-patient relationship and wrote at p. 272:

I think it is readily apparent that the doctor-patient relationship shares the peculiar hallmark of the fiduciary relationship — trust, the trust of a person with inferior power that another person who has assumed superior power and responsibility will exercise that power for his or her good and only for his or her good and in his or her best interests.

Thus the nature of a complainant's relationship to her alleged assaulter, including the patient's lack of power and knowledge as well as the doctor's duty to perform medical examinations only for the good of the patient and in the patient's best interest, must be kept in mind when determining whether the patient in fact consented to the conduct in question. As Sopinka J. wrote in *Norberg* at p. 304 in the context of tortious sexual battery:

In assessing the reality of consent and the existence and impact of any of the factors that tend to negate true consent, it is important to take a contextually sensitive approach. In relation to medical procedures, several courts have emphasized the need to consider all relevant surrounding circumstances in assessing whether there was valid consent . . . .

Certain relationships, especially those in which there is a significant imbalance in power or those involving a high degree of trust and confidence may require the trier of fact to be particularly careful in assessing the reality of consent.

With these considerations in mind, I now turn to the issues in this case.

1. *Does this Court have jurisdiction to review a pre-trial division and severance order?*

As an introductory matter, McDonald J. should have noted that he was not only severing the existing counts in the indictment but was also

du juge L'Heureux-Dubé, s'est concentrée sur la nature fiduciaire de la relation médecin-patient, écrivant à la p. 272:

Il me semble évident que la relation médecin-patient comporte la caractéristique propre au lien fiduciaire, soit la confiance, la confiance d'une personne, ayant des pouvoirs restreints, qu'une autre personne, investie de pouvoirs et de responsabilités plus grands, exercera ce pouvoir pour son bien et uniquement pour son bien et agira au mieux de ses intérêts.

Donc, quand il s'agit de déterminer si la patiente a effectivement consenti à la conduite en cause, il faut tenir compte de la nature de la relation qui existait entre la plaignante et son présumé agresseur, y compris l'absence de position de force chez la patiente et son manque de connaissances, ainsi que de l'obligation du médecin de ne faire des examens médicaux que pour le bien de la patiente et dans l'intérêt de celle-ci. Comme l'affirme le juge Sopinka, à la p. 304 de l'arrêt *Norberg*, dans le contexte du délit de voies de fait de nature sexuelle:

Pour évaluer le caractère réel du consentement ainsi que l'existence et l'effet des facteurs qui tendent à vicier le consentement véritable, il est important d'adopter une approche qui tienne compte du contexte. En ce qui a trait aux procédures médicales, plusieurs tribunaux ont souligné qu'il était nécessaire d'examiner toutes les circonstances les entourant pour évaluer la validité du consentement. . .

Certaines relations, particulièrement celles dans lesquelles il existe une inégalité importante du rapport de force ou celles qui comportent un haut degré de confiance, peuvent obliger le juge des faits à prendre un soin particulier pour évaluer le caractère réel du consentement.

Tout en gardant à l'esprit ces considérations, je passe maintenant à l'examen des questions en litige dans la présente affaire.

1. *Notre Cour est-elle compétente pour examiner une ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès?*

À titre préliminaire, le juge McDonald aurait dû constater qu'il se trouvait non seulement à séparer les chefs d'accusation existants mais encore à les

dividing the counts. The indictment against the respondent contained 14 counts, each of which related to one entire visit by the relevant complainant to the respondent's office. For example, count 13 alleged that the respondent committed a sexual assault on one complainant on July 28, 1989. The complainant's testimony about that visit referred to both a breast examination and a vaginal examination. McDonald J. ordered that count 13 should be tried in one trial as far as the breast examination was concerned, and that count 13 should be tried in another trial as far as the internal examination was concerned. In proceeding as he did, McDonald J. divided some of the counts and then severed the divided counts. However, he made no reference in his ruling to dividing the counts, which a court is enabled to do under s. 590(3) of the *Code*, and the indictment was never amended to reflect the division. As I mentioned above, the respondent did not request this particular order, but rather brought an application seeking separate trials for each count or, alternatively, for each complainant.

When it appealed the respondent's acquittals, the Crown sought to have the division and severance order set aside. The respondent submitted before this Court that the division and severance order was the result of an interlocutory motion from which no appeal lies. Appeals in the criminal context are entirely statutory and the *Code* contains no provision for immediate appeal from an interlocutory order. See, e.g., *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 959, where McIntyre J. stated for the majority:

It has long been a settled principle that all criminal appeals are statutory and that there should be no interlocutory appeals in criminal matters . . . It will be observed that interlocutory appeals are not authorized in the *Code*.

It is not disputed that the Crown could not have appealed the division and severance order prior to the trial. However, the question in this appeal is whether the Crown can appeal the division and

diviser. L'acte d'accusation dont l'intimé a fait l'objet contenait 14 chefs, dont chacun avait trait à une seule consultation par la plaignante concernée dans le cabinet de l'intimé. Par exemple, il était allégué, dans le treizième chef, que l'intimé avait commis une agression sexuelle sur une plaignante le 28 juillet 1989. Dans son témoignage relatif à cette consultation, la plaignante a parlé d'un examen des seins et du vagin. Le juge McDonald a ordonné que le treizième chef d'accusation fasse l'objet d'un procès quant à l'examen des seins et d'un autre procès quant à l'examen interne. En procédant ainsi, le juge McDonald a divisé certains chefs, puis séparé les chefs divisés. Toutefois, il n'a pas parlé de diviser les chefs d'accusation dans sa décision, comme un tribunal peut le faire en vertu du par. 590(3) du *Code*, et l'acte d'accusation n'a jamais été modifié de manière à refléter cette division. Comme je l'ai déjà dit, l'intimé n'a pas sollicité cette ordonnance particulière, mais il a plutôt déposé une requête visant à obtenir des procès distincts pour chaque chef ou encore pour chaque plaignante.

Quand il en a appelé des acquittements de l'intimé, le ministère public a demandé l'annulation de l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation. L'intimé a affirmé devant notre Cour que cette ordonnance résultait d'une requête interlocutoire non susceptible d'appel. En matière criminelle, les seuls appels permis sont prévus par la loi et le *Code* ne contient aucune disposition permettant d'en appeler immédiatement d'une ordonnance interlocutoire. Voir, par exemple, l'arrêt *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, à la p. 959, où le juge McIntyre affirme au nom de la Cour à la majorité:

Selon un principe bien établi, les seuls appels permis en matière criminelle sont prévus par la loi et il ne devrait pas y avoir d'appels interlocutoires dans les affaires criminelles. [. . .] Soulignons que [le *Code criminel*] ne prévoit pas d'appels interlocutoires.

Nul ne conteste que le ministère public n'aurait pas pu en appeler de l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation avant le procès. Toutefois, il s'agit, en l'espèce, de déterminer s'il

severance order as part of its appeal of the respondent's acquittal.

The answer to this question is not straightforward. The division and severance order in this case was not made by the trial judge. It was made by a superior court judge on a motion brought prior to the trial. At first blush, the order cannot be appealed as part of the respondent's acquittal without violating the rule against collateral attack. This rule holds that "a court order, made by a court having jurisdiction to make it," may not be attacked "in proceedings other than those whose specific object is the reversal, variation, or nullification of the order or judgment" (*Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594, *per* McIntyre J., at p. 599). The lack of jurisdiction which would oust the rule against collateral attack would be a lack of capacity in the court to make the type of order in question, such as a provincial court without the power to issue injunctions. However, where a judge, sitting as a member of a court having the capacity to make the relevant type of order, erroneously exercises that jurisdiction, the rule against collateral attack applies. See, e.g., *B.C. (A.G.) v. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 129 (S.C.), at p. 141, and *R. v. Pastro* (1988), 42 C.C.C. (3d) 485 (Sask. C.A.), at pp. 498-99, *per* Bayda C.J.S. Such an order is binding and conclusive until set aside on appeal.

The rule against collateral attack has been reaffirmed by this Court on numerous occasions, such as in *R. v. Meltzer*, [1989] 1 S.C.R. 1764, *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, and *Canada (Human Rights Commission) v. Taylor*, [1990] 3 S.C.R. 892, *per* McLachlin J. at p. 973, citing R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (1983).

The respondent's trial would not have been a proceeding in which the specific object was the reversal, variation or nullification of the division

peut en appeler de cette ordonnance dans le cadre de l'appel qu'il a interjeté contre l'acquittal de l'intimé.

a La réponse à cette question n'est pas simple. En l'espèce, l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation n'a pas été rendue par le juge du procès. Elle l'a été par un juge de cour supérieure à la suite d'une requête antérieure au procès. À première vue, il ne peut être interjeté appel de l'ordonnance en tant que partie de l'acquittal de l'intimé sans violer la règle interdisant les attaques indirectes. D'après cette règle, «une ordonnance rendue par une cour compétente» ne peut faire l'objet d'une attaque «dans le cadre de procédures autres que celles visant précisément à obtenir l'infirmité, la modification ou l'annulation de l'ordonnance ou du jugement» (*Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594, le juge McIntyre, à la p. 599). L'absence de compétence qui permettrait de passer outre à la règle interdisant les attaques indirectes serait l'absence de capacité du tribunal de rendre le type d'ordonnance en cause, comme ce serait le cas, par exemple, d'une cour provinciale qui n'est pas habilitée à décerner des injonctions. Toutefois, la règle interdisant les attaques indirectes s'applique si un juge, qui siège en qualité de membre d'un tribunal habilité à rendre le type pertinent d'ordonnance, exerce cette compétence de manière erronée. Voir notamment les affaires *B.C. (A.G.) c. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 129 (C.S.), à la p. 141, et *R. c. Pastro* (1988), 42 C.C.C. (3d) 485 (C.A. Sask.), le juge en chef Bayda, aux pp. 498 et 499. Une telle ordonnance est définitive et a force exécutoire tant qu'elle n'est pas annulée en appel.

b La règle interdisant les attaques indirectes a été confirmée de nouveau à maintes reprises par notre Cour, notamment dans les arrêts *R. c. Meltzer*, [1989] 1 R.C.S. 1764, *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, et *Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor*, [1990] 3 R.C.S. 892, le juge McLachlin, à la p. 973, citant R. J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (1983).

c Le procès de l'intimé n'aurait pas été une procédure visant précisément à obtenir l'infirmité, la modification ou l'annulation de l'ordonnance de

and severance order. Therefore, under a strict application of the rule against collateral attack, the trial judge would have had no power to review the division and severance order. Consequently, there would have been no error of law committed with respect to proceeding on the division and severance order at the trial upon which an appeal of the verdict reached during the trial could be founded. The result would be that neither the Court of Appeal nor this Court would have jurisdiction to review, much less to set aside, the division and severance order.

In my opinion, however, this is not the case for a strict application of the rule against collateral attack which was not intended to immunize court orders from review. The rationale behind the rule is powerful: the rule seeks to maintain the rule of law and to preserve the repute of the administration of justice. To allow parties to govern their affairs according to their perception of matters such as the jurisdiction of the court issuing the order would result in uncertainty. Further, “the orderly and functional administration of justice” requires that court orders be considered final and binding unless they are reversed on appeal (*R. v. Pastro, supra*, at p. 497). However, these principles behind the rule against collateral attack are not applicable in the case of a pre-trial division and severance order.

A pre-trial division and severance order does not govern the conduct of the parties but rather regulates the judicial process itself. Such an order is purely related to the procedure of an accused’s trial. Another way of stating the matter is that a pre-trial division and severance order is only concerned with a court’s controlling its own process within the confines of the same litigation. Therefore, to allow a collateral attack at trial before a superior court on a pre-trial division and severance order made by a superior court would not jeopardize the rule of law or damage the repute of the administration of justice. Further, if the order had

division et de séparation des chefs d’accusation. C’est pourquoi, si on applique strictement la règle interdisant les attaques indirectes, le juge du procès n’aurait pas été habilité à examiner cette ordonnance. Par conséquent, si l’ordonnance de division et de séparation des chefs d’accusation avait été rendue au procès, on n’aurait pas commis d’erreur de droit susceptible de justifier un appel contre le verdict prononcé à l’issue de ce procès. Il en résulterait que ni la Cour d’appel ni notre Cour n’auraient compétence pour examiner, et encore moins pour annuler, l’ordonnance de division et de séparation des chefs d’accusation.

À mon avis, cependant, il ne convient pas en l’espèce d’appliquer strictement la règle interdisant les attaques indirectes qui n’a pas été conçue pour soustraire à tout contrôle les ordonnances judiciaires. La règle repose sur un solide raisonnement: elle vise à maintenir la primauté du droit et à préserver la considération dont jouit l’administration de la justice. L’incertitude résulterait si on permettait aux parties de gérer leurs affaires suivant la perception qu’ils ont de questions comme la compétence du tribunal qui rend l’ordonnance. De plus, [TRADUCTION] «l’administration ordonnée et pratique de la justice» exige que les ordonnances judiciaires soient considérées comme définitives et ayant force exécutoire à moins d’être annulées en appel (*R. c. Pastro*, précité, à la p. 497). Toutefois, ces principes qui sous-tendent la règle interdisant les attaques indirectes ne sont pas applicables à une ordonnance de division et de séparation des chefs d’accusation rendue avant le procès.

Une ordonnance de division et de séparation des chefs d’accusation rendue avant le procès régit non pas la conduite des parties, mais plutôt le processus judiciaire lui-même. Une telle ordonnance ne se rapporte qu’à la procédure suivie au procès d’un accusé. Autrement dit, une ordonnance de division et de séparation des chefs d’accusation rendue avant le procès ne concerne que le contrôle, par un tribunal, de sa propre procédure dans le cadre d’un même litige. Par conséquent, permettre, au cours du procès devant une cour supérieure, une attaque indirecte contre une ordonnance de division et de séparation des chefs d’accusation rendue par une

been made by a trial judge, it would have been subject to review by appellate courts along with the verdict. To permit an order to stand which is so erroneous that it results in a trial process that is fundamentally flawed would result in procedure governing substance; a result that cannot be accepted.

Accordingly, in the narrow circumstances of this case, I would recognize some flexibility in the rule against collateral attack and hold that the pre-trial division and severance order was liable to be reviewed and, if made erroneously, set aside by the trial judge. The failure of the trial judge to refuse to follow the pre-trial division and severance order, if erroneous, would constitute an error of law reviewable on appeal to this Court.

As the next portion of my reasons will show, there should be little occasion for this exception to the rule against collateral attack to be applied in the future since I am of the opinion that only the trial judge ever has jurisdiction to issue a division and severance order.

2. *Should the division and severance order be set aside?*

The division and severance order is anomalous in that severance orders are usually made by the trial judge, in which case the order would be appealable as part of the verdict. Indeed, for the reasons that follow, I am of the opinion that no one but the trial judge has jurisdiction to issue a severance order.

Logically, an accused cannot bring a motion to quash an indictment, or to divide or sever counts in an indictment, until the indictment has been preferred. Until the indictment has been preferred, it does not exist as against the accused, is not legally

cour supérieure avant le procès, ne compromettrait pas la primauté du droit ou ne déconsidérerait pas l'administration de la justice. De surcroît, si l'ordonnance avait été rendue par le juge du procès, elle aurait fait l'objet d'un examen par les tribunaux d'appel en même temps que le verdict. Permettre le maintien d'une ordonnance erronée au point d'entacher le procès d'un vice fondamental revient à faire prévaloir la procédure sur le fond, un résultat qui ne saurait être accepté.

En conséquence, dans les circonstances particulières du présent pourvoi, je reconnais une certaine souplesse dans la règle interdisant les attaques indirectes et conclurais que l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès pouvait faire l'objet d'un examen par le juge du procès et être annulée par ce dernier si elle était erronée. L'omission erronée du juge du procès de refuser de suivre ladite ordonnance constituerait une erreur de droit pouvant faire l'objet d'un pourvoi devant notre Cour.

Comme le montrera la prochaine partie de mes motifs, il devrait y avoir, à l'avenir, peu d'occasion d'appliquer cette exception à la règle interdisant les attaques indirectes puisque je suis d'avis que seul le juge du procès est compétent pour rendre une ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation.

2. *Y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation?*

L'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation constitue une anomalie puisque c'est habituellement le juge du procès qui rend les ordonnances de séparation qui, le cas échéant, peuvent faire l'objet d'un appel en tant que partie du verdict. En effet, pour les raisons qui suivent, je suis d'avis que seul le juge du procès est compétent pour rendre une ordonnance de séparation des chefs d'accusation.

Logiquement, l'accusé ne peut pas présenter de requête en annulation d'un acte d'accusation ni en division ou séparation des chefs d'accusation, avant la présentation de l'acte d'accusation. Jusqu'à ce qu'il ait été présenté, l'acte d'accusation ne



effectual, and therefore is not subject to being altered or quashed.

That motions respecting the indictment can only be brought once the indictment is preferred was recognized by the Alberta Court of Queen's Bench in *R. v. Deol, Gill and Randev* (1979), 20 A.R. 595. The same conclusion was reached by the Prince Edward Island Supreme Court in *R. v. Martel* (1986), 63 Nfld. & P.E.I.R. 39. See also Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (5th ed. 1989), at p. 189:

Once an indictment is preferred, the defence is entitled to bring an application to quash that indictment for a defect of substance or form. Similar applications may be brought for particulars of the indictment, to sever the counts in the indictment or to sever the trial of accused who are jointly charged. [Emphasis added.]

Statements to the same effect have been made by this Court. For example, in *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985, Dickson J., as he then was, stated for the Court at p. 990: "After presentment of the indictment, the accused is free to move to quash the indictment by motion made in the trial court . . ." Similarly, in *R. v. Barbeau*, [1992] 2 S.C.R. 845, Cory J. wrote for the Court at p. 856: "After the preferment of the indictment for sexual assault, defence counsel could have challenged . . . this indictment".

The next question to ask is when is an indictment preferred against an accused. In *Chabot*, this Court held that an indictment is preferred only when it is lodged with the trial court properly constituted and ready to proceed, at the opening of the accused's trial. Dickson J. held for the Court as follows at p. 999:

. . . I would hold that an indictment based upon a committal for trial without the intervention of a grand jury is not "preferred" against an accused until it is lodged with the trial court at the opening of the accused's trial, with a court ready to proceed with the trial.

pèse pas contre l'accusé, il n'a pas d'effet juridique et il ne peut donc pas être modifié ou annulé.

Dans la décision *R. c. Deol, Gill and Randev* (1979), 20 A.R. 595, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a reconnu que les requêtes relatives à l'acte d'accusation ne peuvent être déposées qu'une fois l'acte d'accusation présenté. La Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard est arrivée à la même conclusion dans l'affaire *R. c. Martel* (1986), 63 Nfld. & P.E.I.R. 39. Voir également Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (5<sup>e</sup> éd. 1989), à la p. 189:

[TRADUCTION] Une fois l'acte d'accusation présenté, la défense a le droit de demander qu'il soit annulé pour vice de fond ou de forme. Des requêtes semblables peuvent être présentées pour obtenir des précisions sur l'accusation, diviser les chefs d'accusation ou obtenir des procès séparés pour des coaccusés. [Je souligne.]

Notre Cour a fait des affirmations dans le même sens. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985, le juge Dickson, plus tard Juge en chef, affirme au nom de la Cour, à la p. 990: «Après le dépôt de l'acte d'accusation, l'accusé peut, par requête présentée devant la cour de première instance, demander l'annulation de l'acte d'accusation. . .» De même, dans l'arrêt *R. c. Barbeau*, [1992] 2 R.C.S. 845, le juge Cory écrit au nom de la Cour, à la p. 856: «Après la présentation de l'acte d'accusation d'agression sexuelle, l'avocat de la défense aurait pu contester [. . .] cet acte d'accusation».

Il faut ensuite se demander à quel moment un acte d'accusation est présenté contre un accusé. Dans l'arrêt *Chabot*, notre Cour a décidé que l'acte d'accusation est présenté seulement quand il est produit devant la cour de première instance constituée régulièrement et prête à procéder, à l'ouverture du procès de l'accusé. Le juge Dickson conclut ceci au nom de la Cour, à la p. 999:

. . . je suis d'avis qu'un acte d'accusation fondé sur un renvoi à procès sans l'intervention d'un grand jury n'est pas «présenté» contre un prévenu tant qu'il n'est pas produit devant la cour de première instance à l'ouverture du procès du prévenu, et que la cour n'est pas prête à commencer le procès.

According to the *Chabot* test, the indictment against the respondent was not preferred until it was lodged with Hope J. at the opening of the respondent's trial. Therefore, McDonald J. had no jurisdiction to divide or sever the counts since the indictment had not been preferred against the respondent at the time of the application. A further conclusion is that no one except the trial judge ever has jurisdiction to divide or sever counts since an indictment is only preferred at the opening of an accused's trial.

This does not mean that an accused must wait until the actual trial date to bring an application to divide or sever counts. Once a trial judge has been assigned to the matter, the indictment can be preferred against the accused by lodging it with the trial judge. Since *Chabot*, the *Code* has been amended such that in jury trials the trial judge need not be ready to proceed with the trial to deal with matters such as the validity of the indictment. Subsection 645(5) of the *Code* provides:

645. . . .

(5) In any case to be tried with a jury, the judge before whom an accused is or is to be tried has jurisdiction, before any juror on a panel of jurors is called pursuant to subsection 631(3) and in the absence of any such juror, to deal with any matter that would ordinarily or necessarily be dealt with in the absence of the jury after it has been sworn.

Thus, under s. 645(5), the trial judge can deal with matters concerning the indictment prior to the selection and calling of a jury, in the case of a jury trial. It was always open to a trial judge in the case of a trial by judge alone to hear pre-trial motions before preparing to hear evidence. The judge hearing the application for severance of counts in an indictment would either have to have been assigned as the trial judge or else would be seized of the trial upon the preferring of the indictment and the subsequent hearing of the severance application.

Selon le critère de l'arrêt *Chabot*, l'acte d'accusation n'a été présenté contre l'intimé que lorsqu'il a été produit devant le juge Hope à l'ouverture du procès de l'intimé. Par conséquent, le juge McDonald n'était pas compétent pour diviser ou séparer les chefs d'accusation puisqu'au moment de la requête l'acte d'accusation n'avait pas été présenté contre l'intimé. Je conclus de plus que nul, à l'exception du juge du procès, n'est compétent pour diviser ou séparer les chefs d'accusation puisque l'acte d'accusation n'est présenté qu'à l'ouverture du procès de l'accusé.

Cela ne signifie pas qu'un accusé doit attendre à la date du procès pour présenter une requête en division ou séparation des chefs d'accusation. Une fois qu'un juge du procès s'est vu confier l'affaire, l'acte d'accusation peut être présenté contre l'accusé en le produisant devant le juge du procès. Depuis l'arrêt *Chabot*, le *Code* a été modifié de sorte que, dans les procès devant jury, le juge du procès n'a pas besoin d'être prêt à instruire le procès pour statuer sur des questions comme la validité de l'acte d'accusation. Le paragraphe 645(5) du *Code* est ainsi conçu:

645. . . .

(5) Dans le cas d'un procès par jury, le juge peut, avant que les candidats-jurés ne soient appelés en vertu du paragraphe 631(3) et en l'absence de ceux-ci, décider des questions qui normalement ou nécessairement feraient l'objet d'une décision en l'absence du jury, une fois celui-ci constitué.

Donc, selon le par. 645(5), le juge du procès peut, dans le cas d'un procès devant jury, statuer sur des questions concernant l'acte d'accusation avant que les jurés ne soient sélectionnés et appelés. Dans le cas d'un procès devant un juge seul, il est toujours loisible au juge du procès d'entendre des requêtes préalables au procès avant de se préparer à entendre les témoignages. Le juge qui entend la requête en séparation des chefs contenus dans un acte d'accusation devrait soit avoir été désigné juge du procès, soit être saisi du procès à la suite de la présentation de l'acte d'accusation et de l'audition subséquente de la requête en séparation des chefs d'accusation.

The statement in s. 591(4) of the *Code* that a severance order may be made “before or during the trial” (emphasis added) is not deprived of its meaning under this approach to jurisdiction. A severance application brought after the indictment is preferred but before the court is constituted to begin hearing evidence would be brought before the trial.

Moreover, as a matter of practice and policy, it is obviously preferable that the trial judge hear applications to divide and sever counts so that such orders are not immunized from review. Otherwise, procedure begins to govern substance. Indeed, it makes sense that the trial judge consider applications to divide and sever counts since an order for division or severance of counts will dictate the course of the trial itself. Courts have recognized that it is preferable that trial judges make division and severance orders (see, e.g., *R. v. Watson* (1979), 12 C.R. (3d) 259 (B.C.S.C.), and *R. v. Auld* (1957), 26 C.R. 266 (B.C.C.A.)). Not only are trial judges better situated to assess the impact of the requested severance on the conduct of the trial, but limiting severance orders to trial judges avoids the duplication of efforts to become familiar enough with the case to determine whether or not a severance order is in the interests of justice. It seems desirable, therefore, that in the future only trial judges can make orders for division or severance of counts in order to avoid injustices such as occurred in this case.

Even had McDonald J.’s order been solid on jurisdictional grounds, I would be inclined to set it aside. The criteria for when a count should be divided or a severance granted are contained in ss. 590(3) and 591(3) of the *Code*. These criteria are very broad: the court must be satisfied that the ends or interests of justice require the order in

Cette façon d’aborder la compétence ne dépouille pas de tout son sens l’affirmation que l’on trouve au par. 591(4) du *Code*, selon laquelle une ordonnance de séparation des chefs d’accusation peut être rendue «avant ou pendant le procès» (je souligne). Une requête en séparation des chefs d’accusation soumise après que l’acte d’accusation a été présenté mais avant que le tribunal ne soit constitué pour commencer à entendre les témoignages serait présentée avant le procès.

De plus, en pratique et en principe, il est de toute évidence préférable que ce soit le juge du procès qui entende les requêtes en division et en séparation des chefs d’accusation de sorte que les ordonnances en la matière n’échappent pas à tout contrôle. Dans le cas contraire, la procédure l’emporterait sur le fond. En fait, il est logique que le juge du procès examine les requêtes en division et en séparation des chefs d’accusation étant donné qu’une ordonnance à cet égard déterminera le déroulement du procès lui-même. Les tribunaux ont reconnu qu’il est préférable que ce soit le juge du procès qui rende les ordonnances de division et de séparation des chefs d’accusation (voir, par exemple, les affaires *R. c. Watson* (1979), 12 C.R. (3d) 259 (C.S.C.-B.), et *R. c. Auld* (1957), 26 C.R. 266 (C.A.C.-B.)). Non seulement le juge du procès est-il mieux placé pour évaluer l’effet de la séparation demandée sur la conduite du procès, mais limiter au juge du procès les ordonnances de séparation des chefs d’accusation permet d’éviter le dédoublement des efforts déployés pour acquérir une connaissance du dossier suffisante pour déterminer si les intérêts de la justice exigent une telle ordonnance. Il semble souhaitable, par conséquent, qu’à l’avenir seuls les juges du procès puissent rendre des ordonnances de division ou de séparation des chefs d’accusation afin d’éviter des injustices comme celles qui ont été causées en l’espèce.

Même si le juge McDonald avait été compétent pour rendre l’ordonnance, je serais porté à l’annuler. Les critères applicables pour déterminer quand il y a lieu de diviser des chefs d’accusation ou de les séparer sont énoncés aux par. 590(3) et 591(3) du *Code*. Ces critères sont très larges: le tribunal doit être convaincu que les fins ou les intérêts de la

question. Therefore, in the absence of stricter guidelines, making an order for the division or severance of counts requires the exercise of a great deal of discretion on the part of the issuing judge. The decisions of provincial appellate courts have held, and I agree, that an appellate court should not interfere with the issuing judge's exercise of discretion unless it is shown that the issuing judge acted unjudicially or that the ruling resulted in an injustice. See, for example, *R. v. Kestenberg and McPherson* (1959), 126 C.C.C. 387 (Ont. C.A.), in which Porter C.J.O. stated, at p. 392, with regard to the trial judge's refusal to order a severance:

Unless it is shown that he acted unjudicially in the exercise of his discretion or that an injustice might have resulted from the joint trial, his decision should not be disturbed . . . .

McDonald J.'s order for division and severance resulted in an injustice in this case when it divided and severed the counts based on the body parts of the complainants. This arbitrary distinction greatly amplified the difficulties in assessing the alleged sexual assaults in the context of all of the circumstances surrounding the conduct by creating an evidentiary problem which would not have existed but for the order. With respect, the order reveals a misapprehension about the nature of the offence of sexual assault and the considerations that go into assessing if a particular procedure alleged to be medically proper and necessary constitutes a sexual assault.

McDonald J. held that proof that the respondent had performed one act (such as a breast examination) on the complainant which was not for the purposes of treatment or diagnosis would have no probative value with regard to whether or not another act (such as a vaginal examination) performed by the respondent on the complainant was for the purposes of treatment or diagnosis. In so holding, McDonald J. was in error. As stated above, this Court emphasized in *Chase* that the

justice exigent l'ordonnance en question. Par conséquent, à défaut de lignes directrices plus rigoureuses, le juge doit, pour rendre une ordonnance de division ou de séparation des chefs d'accusation, exercer un large pouvoir discrétionnaire. Les cours d'appel provinciales ont décidé, ce à quoi je souscris, qu'une cour d'appel ne devrait pas s'immiscer dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge qui a rendu l'ordonnance, à moins qu'il ne soit démontré que ce juge n'a pas agi judiciairement ou que sa décision a causé une injustice. Voir, par exemple, l'arrêt *R. c. Kestenberg and McPherson* (1959), 126 C.C.C. 387 (C.A. Ont.), dans lequel le juge en chef Porter affirme, à la p. 392, au sujet du refus du juge du procès d'ordonner la séparation des chefs d'accusation:

[TRADUCTION] Sauf s'il est démontré qu'il n'a pas agi judiciairement en exerçant son pouvoir discrétionnaire ou qu'une injustice pourrait avoir résulté du procès conjoint, il n'y a pas lieu de modifier sa décision . . .

L'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation qu'a rendue le juge McDonald a causé une injustice en l'espèce lorsqu'elle a divisé et séparé les chefs en fonction des parties du corps des plaignantes. Cette distinction arbitraire a augmenté considérablement la difficulté d'évaluer les agressions sexuelles alléguées en fonction de l'ensemble des circonstances entourant la conduite en question en créant un problème de preuve qui ne se serait pas posé sans l'ordonnance. En toute déférence, l'ordonnance révèle une mauvaise compréhension de la nature de l'infraction d'agression sexuelle et des éléments qu'il faut prendre en considération pour déterminer si un acte qu'on prétend approprié et nécessaire sur le plan médical constitue une agression sexuelle.

Le juge McDonald a décidé que la preuve que l'intimé avait accompli sur la plaignante un acte (tel qu'un examen des seins) qui n'avait pas pour but de traiter ou de poser un diagnostic n'aurait aucune valeur probante pour ce qui est de déterminer si l'intimé avait accompli sur la plaignante un autre acte (tel qu'un examen vaginal) dans le but de la traiter ou de poser un diagnostic. Le juge McDonald a commis une erreur en tirant cette conclusion. Comme je l'ai déjà dit, notre Cour a, dans

court must look to all the circumstances surrounding the conduct in determining the nature and quality of the act. For example, if the respondent acted improperly towards a complainant during one part of a physical examination, evidence of that improper conduct would be relevant to assessing the respondent's conduct at other times during the examination.

The practical effect of McDonald J.'s order for division and severance was to create an unnecessary evidentiary problem by rendering evidence about one part of one visit to the respondent potentially inadmissible as regards another part of the same visit to the respondent's office since different parts of the same visit to the respondent would be contained in separate counts. McDonald J.'s discussion of the irrelevance and lack of probative value of the evidence of one type of act (breast examinations) to another type of act (internal examinations) was referred to directly by Hope J. in his decision to declare the evidence going to the severed counts inadmissible. As I will discuss below, the decision to exclude the evidence going to the severed counts was in error and prejudiced the Crown in its ability to make out its case. The division and severance order worked an injustice towards the Crown, the complainants and the administration of justice in that it placed an artificial barrier to the trial judge's ability to consider the respondent's conduct in all the circumstances.

I do not wish to leave this matter without making one final comment on McDonald J.'s severance order. The order denies the reality of how the complainants experienced the conduct which they have alleged constituted sexual assaults. Each aspect of one complainant's contact with the respondent interlocks with all the other aspects to form the larger context within which that complainant felt that the respondent's actions were inappropriate. Further, the message that a division and severance order in a sexual assault case based on the complainant's body parts sends to women is

l'arrêt *Chase*, souligné que le tribunal doit tenir compte de l'ensemble des circonstances entourant la conduite pour déterminer la nature et la qualité de l'acte accompli. Par exemple, si l'intimé a mal agi envers la plaignante au cours d'une partie d'un examen physique, la preuve de cette inconduite serait pertinente pour évaluer sa conduite à d'autres stades de l'examen.

L'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue par le juge McDonald a eu pour effet pratique de créer un problème de preuve inutile en rendant la preuve relative à une partie d'une consultation de l'intimé potentiellement inadmissible à l'égard d'une autre partie de la même consultation dans le cabinet de l'intimé, étant donné que des parties différentes de la même consultation de l'intimé seraient visées par des chefs distincts. En décidant de déclarer inadmissibles les témoignages relatifs aux chefs séparés, le juge Hope a mentionné directement l'analyse par le juge McDonald du caractère non pertinent et de l'absence de valeur probante de la preuve d'un type d'acte (examen des seins) par rapport à un autre type d'acte (examen interne). Comme je vais l'expliquer plus loin, la décision d'écarter les témoignages relatifs aux chefs séparés était erronée et a diminué la capacité du ministère public d'établir sa preuve. L'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation a causé une injustice au ministère public, aux plaignantes et à l'administration de la justice, du fait qu'elle a entravé artificiellement la capacité du juge du procès d'examiner la conduite de l'intimé à la lumière de toutes les circonstances qui l'ont entourée.

Je ne veux pas laisser cette question sans formuler une dernière observation sur l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue par le juge McDonald. L'ordonnance nie la réalité de la façon dont les plaignantes ont subi la conduite qui, ont-elles allégué, a constitué les agressions sexuelles. Chaque aspect du contact d'une plaignante avec l'intimé s'entrecroise avec tous les autres aspects pour former le contexte plus large dans lequel la plaignante a senti que les actions de l'intimé étaient déplacées. De plus, le message que transmet aux femmes une ordonnance de division

that the complainant's physical attributes are more important than her experience as a whole person. The order severed the complainants as well as the counts. In my opinion, the message sent by the order, although not intended to have this effect and although not amounting to an error of law, is inappropriate.

Given these jurisdictional and substantive flaws in McDonald J.'s order for division and severance of the counts, and that it was an error for Hope J. to apply the order, it must be set aside.

3. *Should any of the evidence excluded by the trial judge have been admitted?*

(a) Evidence going to the severed counts

As I stated above, Hope J. was in error to exclude the evidence going to the severed counts. Hope J. declared that the evidence of the complainants going to the severed counts was generally inadmissible as irrelevant or, in the alternative, too prejudicial. He ruled as follows:

Having regard to the severance order of Justice McDonald, which in effect has said there is to be for trial purposes at least two trials, based upon the sections of the body, I am unable to say that I can find relevancy of evidence which I would expect to come from complainants in the second trial to the counts in this trial. In the event that I am in error, I would not admit that evidence since, in my opinion, the prejudicial effect of admission of such evidence would be greater than its probative value.

With respect, I disagree.

The counts should not have been divided so as to separate a breast examination from a vaginal examination or any other type of touching that occurred during a single visit to the respondent. However, even with the counts divided as they

et de séparation des chefs d'accusation, dans une affaire d'agression sexuelle fondée sur les parties du corps de la plaignante, c'est que ses attributs physiques sont plus importants que ce qu'elle a éprouvé dans tout son être. L'ordonnance a séparé les plaignantes ainsi que les chefs. À mon avis, bien qu'on n'ait pas voulu qu'il ait cet effet et même s'il ne constitue pas une erreur de droit, le message transmis par l'ordonnance est inapproprié.

Compte tenu de ces vices de compétence et de fond qui entachent l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue par le juge McDonald, et étant donné que le juge Hope a commis une erreur en l'appliquant, cette ordonnance doit être annulée.

3. *Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés par le juge du procès?*

a) Les témoignages relatifs aux chefs séparés

Comme je l'ai déjà affirmé, le juge Hope a commis une erreur en écartant les témoignages relatifs aux chefs séparés. Le juge Hope a déclaré que les témoignages des plaignantes relatifs aux chefs séparés étaient généralement inadmissibles parce qu'ils n'étaient pas pertinents ou encore parce qu'ils étaient trop préjudiciables. Il a décidé ce qui suit:

[TRADUCTION] En ce qui concerne l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue par le juge McDonald qui, en fait, a précisé qu'il fallait tenir au moins deux procès, en fonction des parties du corps en cause, je ne puis dire que les témoignages auxquels je m'attendrais de la part des plaignantes dans le second procès seraient pertinents en ce qui concerne les chefs en question dans le présent procès. Au cas où je me tromperais, je n'admettrais pas ces témoignages puisque, selon moi, l'effet préjudiciable de leur admission l'emporterait sur leur valeur probante.

En toute déférence, je ne partage pas cet avis.

Il n'y avait pas lieu de diviser les chefs de façon à séparer un examen des seins d'un examen vaginal ou de tout autre attouchement qui s'est produit durant une seule et même consultation de l'intimé. Toutefois, même une fois les chefs divisés comme

were, there should have been no question as to the admissibility of the evidence of other touching that occurred during the same appointment with the respondent as the vaginal examination being considered by the trial judge, or of evidence given by one complainant about other visits she had with the respondent.

The evidence of one complainant about one visit to the respondent is simply evidence of the events surrounding the alleged sexual assault. This evidence raises no similar fact or similar act evidence considerations and was clearly relevant. The trial judge did not determine the probative value of the evidence, specify its prejudicial effect, or weigh one against the other. I am of the opinion that the evidence regarding acts other than vaginal examinations was not prejudicial at all where the evidence of one complainant with respect to her experience with the respondent is concerned since it is simply evidence about the nature of the complainant's professional relationship with the respondent. On the other hand, that evidence if accepted by a trier of fact would be probative of the circumstances in which the internal examinations occurred which in turn would be probative of the nature of the respondent's conduct. In my opinion, the prejudicial effect of the evidence would not outweigh its probative value. Accordingly, evidence given by one complainant about events that occurred during the same visit to the respondent's office as the vaginal examination forming the subject of the count before the trial judge would be admissible as against that count. The trial judge erred in excluding this evidence.

For the same reasons, evidence given by one complainant about other appointments she had with the respondent was also properly admissible as against the counts before the trial judge in which the complainant was named.

I am also of the opinion that the evidence of one complainant as regards the severed counts should have been admitted with respect to the counts relating to each of the other complainants. While

ils l'ont été, il n'y aurait pas dû y avoir de doute quant à l'admissibilité de la preuve d'autres attouchements qui ont eu lieu à l'occasion du même rendez-vous avec l'intimé, comme l'examen vaginal pris en considération par le juge du procès, ou quant à l'admissibilité du témoignage d'une plaignante au sujet de ses autres consultations de l'intimé.

<sup>b</sup> Le témoignage d'une plaignante au sujet d'une consultation de l'intimé porte simplement sur les événements qui ont entouré l'agression sexuelle alléguée. Ce témoignage ne soulève aucune considération de preuve de faits ou d'actes similaires et il était nettement pertinent. Le juge du procès n'a pas statué sur la valeur probante des témoignages, ni précisé leur effet préjudiciable, ni soupesé l'un par rapport à l'autre. Je suis d'avis que les témoignages relatifs à d'autres actes que les examens vaginaux n'étaient absolument pas préjudiciables s'il s'agissait du témoignage d'une plaignante concernant l'expérience qu'elle a vécue avec l'intimé, puisqu'ils concernaient simplement la nature de la relation professionnelle de l'intimé avec la plaignante. En revanche, si un juge des faits les acceptait, ces témoignages constitueraient une preuve des circonstances dans lesquelles les examens internes ont eu lieu, laquelle constituerait, à son tour, une preuve de la nature de la conduite de l'intimé. À mon avis, l'effet préjudiciable de la preuve ne l'emporterait pas sur sa valeur probante. Par conséquent, le témoignage d'une plaignante au sujet des événements qui se sont produits durant la même consultation dans le cabinet de l'intimé, tels que l'examen vaginal visé par le chef d'accusation dont le juge du procès était saisi, serait admissible à l'égard de ce chef. Le juge du procès a commis une erreur en écartant cet élément de preuve.

Pour les mêmes raisons, le témoignage d'une plaignante au sujet d'autres rendez-vous qu'elle a eu avec l'intimé était aussi admissible à bon droit à l'égard des chefs soumis au juge du procès dans lesquels la plaignante était nommée.

Je suis également d'avis que le témoignage d'une plaignante au sujet des chefs séparés aurait dû être admis quant aux chefs concernant chacune des autres plaignantes. Même s'il pourrait être qua-

this evidence could be characterized as evidence of similar acts or events, the evidence was not tendered solely to show that the respondent was a person of bad character or of a disposition likely to commit the alleged offences. Rather, the evidence provided information highly relevant to understanding the context in which the alleged offences occurred and shed light on the nature of the respondent's relationship with his patients, particularly the standard of medical treatment he provided. The evidence provided a different perspective on the alleged assaults from that afforded by the medical evidence. The evidence going to the severed counts, if accepted by a jury, would also tend to show a distinct pattern of behaviour engaged in by the respondent. While the probative value of one complainant's evidence with respect to other complainants' allegations is somewhat less than that described above, and the prejudicial effect higher, I would nonetheless find that the probative value outweighs the prejudicial effect.

In summary, all the evidence going to the severed counts should have been admitted with respect to all the counts before the trial judge. This evidence was relevant to several important issues in the case, and its prejudicial effect would not outweigh its probative value.

(b) Evidence of the respondent's ranking medical officer

Hope J. ruled that the evidence of the respondent's ranking medical officer, Colonel MacKenzie, who was qualified as an expert in the field of the general practice of medicine, was inadmissible on the basis that it is irrelevant since it "only tells us what she advised the accused do to improve his practice at an army station some seven years ago".

I disagree with Hope J. that this evidence was irrelevant. The substance of the Colonel's evidence was that, in response to complaints made against the respondent by female patients while he was practising medicine in the military, she counselled

lifié de preuve d'actes ou de faits similaires, ce témoignage n'a pas été produit seulement pour démontrer que l'intimé était une personne de mauvaise moralité ou qu'il était prédisposé à commettre le genre d'infraction reprochée. Au contraire, le témoignage a fourni des renseignements très pertinents pour saisir le contexte dans lequel les infractions alléguées ont été perpétrées et a fait la lumière sur la nature de la relation de l'intimé avec ses patientes, en particulier sur le type de traitement médical qu'il fournissait. Le témoignage a présenté les agressions alléguées sous un jour différent de celui offert par la preuve médicale. La preuve relative aux chefs séparés, si elle était acceptée par un jury, tendrait aussi à démontrer que l'intimé a adopté un autre type de comportement. Bien que la valeur probante du témoignage d'une plaignante relativement aux allégations d'autres plaignantes soit un peu moindre que celle décrite plus haut, et que l'effet préjudiciable soit plus grand, je conclurais néanmoins que la valeur probante l'emporte sur l'effet préjudiciable.

En résumé, tous les témoignages relatifs aux chefs séparés auraient dû être admis à l'égard de tous les chefs soumis au juge du procès. Ces témoignages étaient pertinents en ce qui concernait plusieurs questions importantes en l'espèce et leur effet préjudiciable ne l'emporterait pas sur leur valeur probante.

b) Le témoignage du médecin supérieur hiérarchique de l'intimé

Le juge Hope a décidé que le témoignage du médecin supérieur hiérarchique de l'intimé, le colonel MacKenzie, qui a été reconnue comme une experte en médecine générale, était inadmissible pour le motif qu'il n'était pas pertinent étant donné qu'[TRADUCTION] «il nous apprend seulement qu'elle a conseillé l'accusé sur la façon d'améliorer ses méthodes dans un poste militaire il y a environ sept ans».

Je ne suis pas d'accord avec le juge Hope pour dire que ce témoignage n'était pas pertinent. Essentiellement, le colonel a témoigné qu'en réponse à des plaintes déposées contre l'intimé par des patientes pendant qu'il exerçait la médecine



the respondent on the proper way to conduct a medical practice. Among the suggestions she gave the respondent were that he should have a female medical personnel present in the office when he did any intimate examinations and that he should be careful about how he touched patients. He was also counselled to stop spending unduly long amounts of time with his patients, and not to invade patients' privacy by watching them undress and dress. In my opinion, this evidence was very relevant to the nature and quality of the acts which the respondent performed on the complainants and specifically to whether or not he was carrying out proper medical procedures. Further, one of the respondent's defences was that of good faith even if his practices were unorthodox. The Colonel's evidence would go to rebutting this defence since an inference could be drawn that the respondent had been made aware of problems with his practice in this respect. Hope J. was therefore in error to reject this evidence on the basis of irrelevance. The Colonel's testimony should have been admitted.

Hope J. also rejected the Colonel's evidence on the basis of a rule which he described as follows:

[Her evidence] may well be inadmissible under the rule that in the absence of any assent by the accused, either by word or conduct, to the correctness of the statements made in his presence, has no evidentiary value and should be disregarded.

Whether or not the respondent accepted or rejected the advice has no bearing on the admissibility of what the Colonel told the respondent. The rule on which Hope J. relied actually relates to the admissibility of hearsay statements, made in the presence of an accused and adopted by the accused as an admission. For example, the leading case in the area concerned the admissibility of a mother's testimony about accusations made against the accused, and in the presence of the accused, by her young son (*R. v. Christie*, [1914] A.C. 545 (H.L.)). The Colonel's testimony was not hearsay since it was not evidence, presented for the truth of the matter stated, of what someone else told her.

dans l'armée, elle l'avait conseillé sur la bonne façon de pratiquer la médecine. Elle lui avait notamment suggéré d'effectuer les examens intimes en présence d'une femme membre du personnel médical et de faire attention à la façon dont il touchait les patientes. Elle lui a conseillé également de cesser de passer trop de temps avec ses patientes et d'éviter de porter atteinte à la vie privée des patientes en les regardant se déshabiller et se rhabiller. À mon avis, cette preuve était très pertinente quant à la nature et à la qualité des actes que l'intimé a accomplis sur les plaignantes et, plus précisément, quant à la question de savoir si ses actes médicaux étaient appropriés. De plus, l'intimé a notamment invoqué sa bonne foi comme moyen de défense même si ses méthodes étaient peu orthodoxes. Le témoignage du colonel tendrait à réfuter cette défense car on pouvait en inférer que l'intimé avait été informé des problèmes que posaient ses méthodes sous ce rapport. Le juge Hope a donc commis une erreur en écartant cette preuve pour le motif qu'elle n'était pas pertinente. Le témoignage du colonel aurait dû être admis.

Le juge Hope a également rejeté le témoignage du colonel en s'appuyant sur une règle qu'il a décrite ainsi:

[TRADUCTION] [Son témoignage] peut bien être inadmissible suivant la règle qui veut que, si l'accusé n'a pas reconnu, par ses propos ou par sa conduite, que les déclarations faites en sa présence étaient justes, celles-ci n'ont aucune valeur probante et devraient être ignorées.

Le fait que l'intimé ait accepté ou non les conseils donnés n'a aucune incidence sur l'admissibilité de ce que le colonel lui a dit. La règle invoquée par le juge Hope se rapporte en réalité à l'admissibilité des déclarations relatées, c'est-à-dire les déclarations faites en présence de l'accusé et que celui-ci a adoptées à titre d'aveux. Par exemple, l'arrêt de principe en la matière concernait l'admissibilité du témoignage d'une mère au sujet des accusations que son jeune fils avaient portées contre l'accusé et en présence de celui-ci (*R. c. Christie*, [1914] A.C. 545 (H.L.)). Le témoignage du colonel n'était pas du oui-dire puisqu'il ne constituait pas une preuve de ce que quelqu'un d'autre lui avait dit, présentée

Therefore, the rule to which Hope J. referred has no application in this case.

(c) Evidence of non-complainants

On a *voir dire*, the Crown called five women who had been patients of the respondent in the army as well as three women, also past patients, who had come forward with complaints about the accused after the preliminary inquiry as a result of media reports regarding the charges against the respondent. These women all testified that they felt the respondent had acted inappropriately towards them during medical examinations, including breast and vaginal examinations. Hope J. ruled that all of this evidence was inadmissible.

Given the errors already committed in the severance order, in the exclusion of other evidence, and in the motion for a directed verdict (which I will discuss below), I do not think it is necessary to discuss the admissibility of this evidence and will leave it to the discretion of the trial judge in the respondent's new trial. Recognizing that this evidence can correctly be characterized as similar fact evidence, it will be for the trial judge to consider whether or not the evidence falls within the decision of this Court in *R. v. C. (M.H.)*, [1991] 1 S.C.R. 763.

Another factor for the trial judge to consider will be the availability of medical records regarding the witnesses from the army. The trial judge may decide that the lack of medical records for these witnesses' visits with the respondent renders the prejudicial effect of the evidence too high for it to be admissible.

Before leaving this evidence, I would note that Hope J. approached the decision regarding the admissibility of this evidence improperly when he assessed the witnesses' credibility and made determinations as to the weight he would give their evidence. The credibility of witnesses and weight to

pour établir la véracité de la déclaration faite. En conséquence, la règle mentionnée par le juge Hope ne s'applique pas en l'espèce.

a c) Le témoignage de personnes qui ne sont pas des plaignantes

Au cours d'un voir-dire, le ministère public a fait témoigner cinq femmes qui avaient été des patientes de l'intimé dans l'armée ainsi que trois femmes, également ex-patientes, qui s'étaient présentées pour porter plainte contre l'accusé après l'enquête préliminaire, à la suite des reportages qui avaient paru dans les médias relativement aux accusations portées contre l'intimé. Ces femmes ont toutes témoigné qu'elles croyaient que l'intimé avait mal agi envers elles durant des examens médicaux, dont des examens des seins et des examens vaginaux. Le juge Hope a décidé que tous ces témoignages étaient inadmissibles.

Étant donné les erreurs que comportaient déjà l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation, la décision d'écarter d'autres éléments de preuve et la requête en verdict imposé (sur laquelle je reviendrai), je ne pense pas qu'il soit nécessaire d'examiner l'admissibilité de cette preuve et je vais laisser cela à la discrétion du juge qui présidera le nouveau procès de l'intimé. Reconnaissant que cette preuve peut être qualifiée à juste titre de preuve de faits similaires, il appartiendra au juge du procès de décider notamment si la preuve est visée par l'arrêt de notre Cour *R. c. C. (M.H.)*, [1991] 1 R.C.S. 763.

Un autre facteur dont le juge du procès devra tenir compte est la disponibilité de dossiers médicaux relatifs aux témoins de l'armée. Le juge du procès pourrait décider que l'absence de dossiers médicaux relatifs aux consultations de l'intimé par ces témoins rend les témoignages trop préjudiciables pour qu'ils soient admissibles.

Avant de passer à un autre sujet, je ferais observer que le juge Hope a mal abordé la question de l'admissibilité de cette preuve quand il a évalué la crédibilité des témoins et déterminé le poids qu'il accorderait à leur témoignage. La crédibilité des témoins et le poids qui doit être accordé à leur

be given evidence are matters to be considered by the trier of fact when making a determination as to a verdict after the Crown and the defence have presented their cases and are not factors properly before a trial judge when ruling on the admissibility of evidence.

4. *Did the trial judge err in granting the respondent's motion for a non-suit?*

I am of the opinion that Hope J. erred in granting the respondent's motion for a non-suit at the close of the Crown's case. An application for a directed verdict or a non-suit is a matter of common law since there is no provision in the *Code* for such an application. This Court reviewed the test to be applied on such an application in *R. v. Monteleone*, [1987] 2 S.C.R. 154. In that case, McIntyre J. wrote for the Court that the test to be applied is derived from the decision in *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067. That test (at p. 161) is whether there is "any admissible evidence, whether direct or circumstantial, which, if believed by a properly charged jury acting reasonably, would justify a conviction". McIntyre J. stated at p. 161:

It is not the function of the trial judge to weigh the evidence, to test its quality or reliability once a determination of its admissibility has been made. It is not for the trial judge to draw inferences of fact from the evidence before him. These functions are for the trier of fact, the jury.

The respondent elected to be tried without a jury, and therefore Hope J. was to fulfil the roles of both trial judge and trier of fact. It was in his role as trial judge, rather than as trier of fact, that he was to make a determination on the application for a non-suit. Hope J. was not to make determinations of weight and credibility prior to reaching a decision on the application for a non-suit.

The trial judge opened his ruling on the application by stating the correct test. He held:

témoignage sont des questions que le juge des faits doit considérer au moment de déterminer le verdict à rendre après que le ministère public et la défense ont présenté leurs thèses respectives, et ne sont pas des facteurs qu'il appartient au juge du procès d'examiner lorsqu'il statue sur l'admissibilité de la preuve.

4. *Le juge du procès a-t-il commis une erreur en faisant droit à la requête en non-lieu de l'intimé?*

Je suis d'avis que le juge Hope a commis une erreur en faisant droit à la requête en non-lieu de l'intimé à la fin de la présentation de la preuve du ministère public. Une requête en verdict imposé ou en non-lieu est une question de common law puisqu'on ne trouve aucune disposition à ce sujet dans le *Code*. Dans l'arrêt *R. c. Monteleone*, [1987] 2 R.C.S. 154, notre Cour a analysé le critère qui doit être appliqué à une telle requête. Dans cette affaire, le juge McIntyre a écrit au nom de la Cour que le critère à appliquer était tiré de l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067. Ce critère (à la p. 161) consiste à se demander si on a présenté «un élément de preuve admissible, direct ou circonstanciel qui, s'il était accepté par un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, justifierait une déclaration de culpabilité». Le juge McIntyre affirme, à la p. 161:

Le juge du procès n'a pas pour fonction d'évaluer la preuve en vérifiant sa force probante ou sa fiabilité lorsqu'on a décidé qu'elle était admissible. Il n'incombe pas au juge du procès de faire des inférences de fait d'après les éléments de preuve qui lui sont présentés. Ces fonctions incombent au juge des faits, le jury.

L'intimé a choisi d'être jugé sans jury et, par conséquent, le juge Hope devait assumer les fonctions de juge du procès et de juge des faits. C'est en sa qualité de juge du procès, et non de juge des faits, qu'il devait statuer sur la requête en non-lieu. Le juge Hope ne devait pas se prononcer sur le poids de la preuve ni sur la crédibilité des témoins avant d'avoir statué sur la requête en non-lieu.

En statuant sur la requête, le juge du procès a d'abord énoncé le bon critère, affirmant:

... counsel for the accused applied for a directed verdict. That is, there is no case to answer on the basis that there has been no evidence to prove an essential ingredient or element of the offence, or, put another way, there is no evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably might convict the accused. In deciding this application, I do not weigh the evidence.

Despite articulating the correct standard at the outset, Hope J. began to commit errors over the course of his ruling on the motion. First, he stated that in relation to consent, the Crown had “to prove beyond a reasonable doubt the procedures carried out were not appropriate or necessary for diagnostic or treatment purposes”. There are two errors in this statement. First, proof beyond a reasonable doubt is not an element of the test for a directed verdict; the proper test is some evidence. Second, the Crown did not have to submit evidence proving that the procedures were not appropriate or necessary for diagnostic or treatment purposes. What the Crown had to lead was evidence that the conduct of the respondent had a sexual character in addition to whatever medical character that conduct might have had.

Hope J. next erred when he stated that the only evidence going to show whether or not there was a lack of consent was that of the two medical experts. The evidence of the medical experts produced opinions on the necessity of and the proper procedures for the types of medical examinations in question. However, the testimony of the complainants as to their feelings of specific distress and discomfort, as well as their testimony that they had never had similar experiences with other doctors, was evidence going to lack of consent. The complainants’ testimony also afforded evidence that the respondent’s practices varied from visit to visit, or from complainant to complainant, which might tend to throw doubt on the nature of the touching. Further, the investigating officer testified that the respondent had stated that he was “probably” sexually aroused by one of the complainants. The police officer also testified that when he was

[TRANSDUCTION] . . . l’avocat de l’accusé a demandé un verdict imposé. C’est-à-dire qu’il n’y a aucune preuve à réfuter puisqu’on n’a présenté aucun élément de preuve établissant l’existence d’un élément essentiel de l’infraction ou, autrement dit, on n’a présenté aucun élément de preuve qui permettrait à un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, de déclarer l’accusé coupable. Pour statuer sur cette requête, je n’évalue pas la preuve.

Bien qu’il ait énoncé le bon critère au départ, le juge Hope a commencé à commettre des erreurs en statuant sur la requête. Il a d’abord dit qu’en ce qui concerne le consentement, le ministère public devait [TRANSDUCTION] «prouver hors de tout doute raisonnable que les actes accomplis n’étaient pas appropriés ni nécessaires pour poser un diagnostic ou à des fins de traitement». Cette affirmation contient deux erreurs. Premièrement, la preuve hors de tout doute raisonnable n’est pas un élément du critère applicable à un verdict imposé; le critère approprié est l’existence d’une preuve quelconque. Deuxièmement, le ministère public n’avait pas à présenter de preuve établissant que les actes accomplis n’étaient pas appropriés ni nécessaires pour poser un diagnostic ou à des fins de traitement. Ce qu’il devait prouver c’est que la conduite de l’intimé avait un caractère sexuel en plus de tout caractère médical qu’elle aurait pu revêtir.

Le juge Hope s’est ensuite trompé quand il a dit que la seule preuve tendant à établir s’il y avait ou non absence de consentement était le témoignage des deux experts en médecine. Au cours de leur témoignage, ils ont émis des opinions sur la nécessité et l’opportunité des méthodes employées pour effectuer les types d’examen médicaux en question. Toutefois, le témoignage des plaignantes au sujet de l’angoisse et du malaise qu’elles ont éprouvés, ainsi que le témoignage selon lequel elles n’avaient jamais connu d’expérience semblable avec d’autres médecins, tendait à établir l’absence de consentement. Le témoignage des plaignantes a également montré que les méthodes de l’intimé variaient d’une consultation à l’autre et d’une plaignante à l’autre, ce qui serait propre à jeter un doute sur la nature de l’attouchement. De plus, le policier enquêteur a témoigné que l’intimé avait dit avoir été «probablement» excité sexuelle-

read part of one of the complainant's statement to police, the respondent stated something like, "I'm human, I need to stop here. . . . That is going to happen every so often". This supported that complainant's testimony that the respondent apologized to her after the alleged sexual assault, saying something like, ". . . I'm sorry. I got carried away [involved]," and ". . . at least I know I'm human". Therefore, there was admissible evidence aside from that of the medical experts going to the issue of lack of consent.

Next, in my opinion, Hope J. broadly overstated the matter when he stated that both medical experts approved the respondent's procedures. The doctors' testimony was long and complex, and contained many statements from which a jury could have concluded that the respondent's conduct was inappropriate in terms of accepted medical practice. It was for the trier of fact to weigh the experts' evidence and reach a conclusion about the inferences to be drawn from that evidence. It was not the function of the trial judge on a motion for a non-suit to do so.

I note also that it was no barrier to the reception of the evidence that the experts testified on occasion to their own practices. There is no rule of evidence that experts may not testify as to their own practices (see, for example, the sections on expert opinion evidence in Sopinka, Lederman and Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), at pp. 533-74, and McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. 1993), at pp. 9-9 to 9-45). *Deyong v. Weeks* (1983), 43 A.R. 342 (C.A.), on which Hope J. relied for his ruling, was a civil case concerning expert opinion evidence regarding the proper standard of care to be expected of the profession in a suit for professional negligence and was therefore inapplicable. Finally, at the point when Hope J. was considering the motion for the non-suit, the expert evidence has already been admitted. It was improper for Hope J. to make

ment par l'une des plaignantes. Le policier a aussi témoigné que, lorsqu'on lui a lu une partie de la déclaration de l'une des plaignantes, l'intimé a dit quelque chose comme [TRADUCTION] «C'est humain, j'ai besoin de m'arrêter ici. . . . Ça va se produire de temps en temps». Cela corroborait le témoignage de cette plaignante selon lequel l'intimé s'était excusé après l'agression sexuelle alléguée en disant quelque chose comme [TRADUCTION] «. . . je suis désolé. Je me suis laissé emporter [entraîner]» et «. . . au moins, je sais que c'est humain». Par conséquent, il y avait, outre les témoignages des experts en médecine, une preuve admissible qui se rapportait à la question de l'absence de consentement.

J'estime ensuite que le juge Hope a grandement exagéré quand il a dit que les deux experts en médecine avaient approuvé les méthodes de l'intimé. Le témoignage des médecins a été long et complexe et il renfermait bien des déclarations qui auraient pu permettre à un jury de conclure que la conduite de l'intimé dérogeait à la pratique médicale admise. Il appartenait au juge des faits d'apprécier les témoignages des experts et de décider quelles conclusions pouvaient en être tirées. Il n'appartenait pas au juge du procès de le faire à la suite d'une requête en non-lieu.

Je souligne également que le fait que les experts aient, à l'occasion, témoigné sur leurs propres méthodes ne constitue pas un obstacle à la réception de la preuve. Aucune règle de preuve n'interdit à des experts de témoigner relativement à leurs propres méthodes (voir, par exemple, les sections portant sur le témoignage d'expert dans Sopinka, Lederman et Bryant, *The Law of Evidence in Canada* (1992), aux pp. 533 à 574, et McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3<sup>e</sup> éd. 1993), aux pp. 9-9 à 9-45). L'arrêt *Deyong c. Weeks* (1983), 43 A.R. 342 (C.A.), sur lequel s'est appuyé le juge Hope pour rendre sa décision, était une affaire civile portant sur le témoignage d'expert relatif à la norme appropriée de diligence à laquelle on peut s'attendre de la part des membres de la profession, dans une action pour faute professionnelle, et ne s'appliquait donc pas. Enfin, quand le juge Hope a

statements on the admissibility of the expert evidence after the close of the Crown's case.

As I have stated, along with weighing the evidence and drawing inferences from some witnesses' testimony, Hope J. erroneously applied a "proof beyond a reasonable doubt" as opposed to a "some evidence" standard, an error which he made explicit by concluding, "the Crown has failed to prove beyond a reasonable doubt an essential ingredient in each of the counts". His errors were not cured by the statement at the end of his judgment that there was "no evidence upon which a properly instructed jury acting reasonably might convict the accused". Indeed, the fact that Hope J. left out a key part of the test, i.e., no evidence which if believed could form the basis for a conviction, indicates that he directed a verdict based on his disbelief of the evidence rather than on a neutral assessment.

Given these errors, the order for the non-suit cannot stand. Even under the trial judge's rulings on the admissibility of evidence, there was some evidence, both direct and circumstantial, which if believed by a properly instructed jury acting reasonably could have resulted in convictions. Under a correct approach to the admissibility of the evidence, there would have been all the more evidence to satisfy the standard.

#### V. Conclusion and Disposition

The pre-trial order for division and severance of the counts contained apparent flaws in jurisdiction and in substance, and in the circumstances should not have been applied by the trial judge. Further, the trial judge erred in his rulings on the admissibility of the evidence going to the severed counts,

examiné la requête en non-lieu, les témoignages d'experts avaient déjà été admis. Il ne convenait pas que le juge Hope affirme quoi que ce soit sur l'admissibilité des témoignages d'experts après la fin de la présentation de la preuve du ministère public.

Comme je l'ai dit, en plus d'évaluer la preuve et de tirer des conclusions à partir du témoignage de certaines personnes, le juge Hope a commis une erreur en appliquant une norme de «preuve hors de tout doute raisonnable» au lieu de celle d'une «preuve quelconque», une erreur qu'il a rendue explicite en concluant que [TRADUCTION] «le ministère public n'a pas prouvé hors de tout doute raisonnable l'existence d'un élément essentiel dans chacun des chefs». Il n'a pas remédié à ses erreurs en disant à la fin de son jugement qu'on n'avait présenté [TRADUCTION] «aucun élément de preuve qui permettrait à un jury, ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, de déclarer l'accusé coupable». En réalité, le fait que le juge Hope ait oublié un élément essentiel du critère, savoir aucun élément de preuve qui, s'il était accepté, pourrait justifier une déclaration de culpabilité, indique qu'il a imposé un verdict fondé sur le fait qu'il n'ajoutait pas foi à la preuve présentée plutôt que sur une appréciation objective.

Vu ces erreurs, l'ordonnance de non-lieu ne saurait être maintenue. Même avec les décisions du juge du procès sur l'admissibilité de la preuve, il y avait des éléments de preuve, à la fois directs et circonstanciels, qui, s'ils avaient été acceptés par un jury ayant reçu des directives appropriées et agissant de manière raisonnable, auraient entraîné des déclarations de culpabilité. Si la question de l'admissibilité de la preuve avait été abordée correctement, il y aurait eu d'autant plus d'éléments de preuve pour satisfaire à la norme.

#### V. Conclusion et dispositif

L'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation, rendue avant le procès, comportait des vices de compétence et de fond apparents et, dans les circonstances, le juge du procès n'aurait pas dû l'appliquer. De plus, le juge du procès a commis une erreur dans ses décisions sur

as well as the testimony of the respondent's ranking medical officer. Finally, the trial judge erred in granting the non-suit. Accordingly, the matter must go back for a new trial.

For the foregoing reasons, I would allow the appeal, set aside the order dividing and severing the counts, set aside the acquittals, and order a new trial.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. — I have had the advantage of reading the reasons of Justice Iacobucci and agree with them. I wish only to add a comment on the question of whether this Court has jurisdiction to review the order for severance made by McDonald J. in chambers.

The problem, it is said, is that the order in question was not made by the trial judge as part of the trial. It was made prior to the trial by McDonald J. This Court, in *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985, commented in *obiter dicta* at p. 1000 that the preferral of the indictment occurs and the trial begins when the accused is called upon to plead "before a trial court constituted to dispose of the case". In the case at bar, that occurred only sometime after McDonald J. had made his severance order. Had the judge who presided over the trial proper, Hope J., made the severance order, as happens elsewhere in some parts of Canada, it would have been appealable as part of the proceedings in the trial. The difficulty is that the order was made before trial by another judge before, it is argued, the indictment was preferred. Since no appeal was (or could be) taken from that order, it stands, by virtue of the rule against collateral attack: See *Wilson v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 594. My colleague concludes that to meet this argument, it is necessary to entertain an exception to the rule

l'admissibilité des témoignages relatifs aux chefs séparés et sur l'admissibilité du témoignage du médecin supérieur hiérarchique de l'intimé. Enfin, le juge du procès a eu tort de faire droit à la requête en non-lieu. Par conséquent, un nouveau procès doit être tenu relativement à l'affaire.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation, d'annuler les acquittements et d'ordonner un nouveau procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MCLACHLIN — J'ai pris connaissance des motifs du juge Iacobucci et j'y souscris. Je veux simplement ajouter un commentaire sur la question de savoir si notre Cour est compétente pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue par le juge McDonald en chambre.

Le problème, dit-on, est que l'ordonnance en question n'a pas été rendue par le juge du procès dans le cadre de l'instance. Elle a été rendue avant le procès par le juge McDonald. Dans l'arrêt *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985, notre Cour a fait remarquer, dans une opinion incidente, à la p. 1000, que la présentation de l'acte d'accusation a lieu et le procès commence lorsque l'accusé doit plaider devant «un tribunal de première instance constitué pour connaître de l'accusation». En l'espèce, cela ne s'est produit qu'après que le juge McDonald eut rendu son ordonnance de séparation des chefs d'accusation. Si c'était le juge qui a présidé le procès comme tel, savoir le juge Hope, qui avait rendu l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation, comme cela se fait ailleurs dans certaines parties du Canada, elle aurait pu faire l'objet d'un appel en tant que partie du procès. Le problème c'est que l'ordonnance a été rendue avant le procès par un autre juge, antérieurement, soutient-on, à la présentation de l'acte d'accusation. Puisqu'aucun appel n'a été (ou ne pouvait être) interjeté contre cette ordonnance, elle demeure en vigueur en vertu de la règle qui interdit les attaques indirectes: voir *Wilson c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 594. Mon collègue en arrive à la conclusion

against collateral attack so that substance may triumph over form.

It has been questioned, however, whether *Chabot*, which says the indictment is preferred and the trial begins when the court is ready to hear the case, applies in Alberta. It appears that in that province, it is standard practice to arraign an accused before the trial for purposes of taking pleas and pre-trial orders. It has been held that under this Alberta procedure, the indictment must be regarded as having been preferred before the trial begins. In *R. v. Brackenbury and Pratt* (1981), 61 C.C.C. (2d) 6 (Alta. Q.B.), Cavanagh J. considered the effect of *Chabot* on Alberta criminal procedure. He determined that *Chabot* is inapplicable in Alberta as it is based, first, upon practice in provinces which had previously used a system of grand juries and, second, primarily upon Ontario practice which is considerably different than that in Alberta.

After discussing the historical basis for the decision in *Chabot*, Cavanagh J. briefly outlines at p. 11 the practice in Ontario upon which the decision was based:

The Ontario practice seems to be that some time shortly after the preliminary hearing, an agent of the Attorney-General signs and files an indictment with the Clerk of the Superior Court. That is step No. 1. It appears that the cause then goes to an Assignment Court at which time a trial date is fixed. It appears that there is no reading of the indictment and indeed it is not clear that the accused must be present. That is step No. 2. Step No. 3 in Ontario appears to be the trial, which is commenced by a presentation of the indictment to the Court, acceptance of it, reading of it to the accused, and upon his pleading not guilty commencement of the trial itself with a Judge and jury.

He then discusses the practice in Alberta at pp. 11-12.

The Alberta practice is as follows: step No. 1 — some time shortly after the completion of the preliminary

que, pour contrer cet argument, il est nécessaire de se prévaloir d'une exception à la règle qui interdit les attaques indirectes, de manière que le fond puisse l'emporter sur la forme.

On s'est toutefois demandé si l'arrêt *Chabot*, qui précise que l'acte d'accusation est présenté et le procès commence lorsque la cour est prête à entendre l'affaire, s'applique en Alberta. Il paraît que, dans cette province, il est normal que l'accusé soit interpellé avant le procès aux fins d'enregistrer un plaidoyer et de rendre les ordonnances préalables au procès. Il a été conclu que, selon cette procédure albertaine, l'acte d'accusation doit être considéré comme ayant été présenté avant le début du procès. Dans la décision *R. c. Brackenbury and Pratt* (1981), 61 C.C.C. (2d) 6 (B.R. Alb.), le juge Cavanagh a examiné l'effet de l'arrêt *Chabot* sur la procédure criminelle en Alberta. Il a déterminé que l'arrêt *Chabot* ne s'applique pas en Alberta étant donné qu'il est d'abord fondé sur la pratique dans les provinces qui avaient déjà utilisé un système de grand jury, et ensuite principalement sur la pratique ontarienne qui est sensiblement différente de la pratique albertaine.

Après avoir analysé le fondement historique de l'arrêt *Chabot*, le juge Cavanagh décrit brièvement, à la p. 11, la pratique ontarienne sur laquelle l'arrêt se fonde:

[TRADUCTION] La pratique en Ontario semble être la suivante: peu après l'enquête préliminaire, un représentant du Procureur général signe et dépose un acte d'accusation auprès du greffier de la Cour supérieure. C'est la première étape. Il appert qu'il y a ensuite une audience de fixation du rôle au cours de laquelle la date du procès est fixée. Il ne semble pas y avoir de lecture de l'acte d'accusation et, en fait, il n'est pas clair que le prévenu doive être présent. Il s'agit de la deuxième étape. La troisième étape en Ontario paraît être le procès qui commence par la présentation de l'acte d'accusation à la cour, son acceptation, sa lecture au prévenu, et lorsque ce dernier plaide non coupable, le procès comme tel commence devant un juge et un jury.

Il traite ensuite de la pratique albertaine, aux pp. 11 et 12.

[TRADUCTION] La pratique en Alberta est la suivante: première étape — peu après la fin de l'enquête prélimi-



inquiry, an agent of the Attorney-General signs and files an indictment with the Clerk of the Queen's Bench. Step No. 2 — arraignment. At or after committal the accused is notified of the date he is to be arraigned in Court [sic] of Queen's Bench. . . . All accused to be arraigned appear on that day before a Judge of the Court of Queen's Bench. There is no jury. The indictment is presented to the presiding Judge who causes it to be read to the accused, and if the accused pleads not guilty, a trial date usually four to six months later is fixed. If the accused objects to the indictment then no plea is taken, the matter is adjourned to the next arraignment date on the understanding that the objection will be heard by a Judge and ruled upon before the next arraignments. If at arraignments the accused pleads guilty, the presiding Judge will sentence him.

It should be noted that if it is said that the indictment is not preferred against the accused at arraignments, then those who plead guilty and are sentenced would have to be convicted without an indictment ever having been preferred against them. [Emphasis added.]

Procedure in Alberta allows severance motions to be heard by judges in chambers prior to trial without seizing the judge of the matter: *R. v. Deol, Gill and Randev* (1979), 20 A.R. 595. This procedure, as well as others such as the taking of guilty pleas on arraignment, appears to be premised on the assumption that the indictment is preferred against the accused and trial proceedings begin upon arraignment, even though that may be months before a judge and jury are empanelled. If one applies *Chabot* literally to the Alberta practice, many problems arise, including the one we face in this appeal.

One way to meet the problem is to state, as Cavanagh J. did in *Brackenbury and Pratt*, *supra*, at p. 10, that the suggestion in *Chabot* that the indictment is not preferred until it is presented in the presence of the accused "before a court constituted to dispose of the case", does not apply to pre-trial arraignments in Alberta. On this view, the trial begins for purposes of plea and appeal at arraign-

naire, un représentant du Procureur général signe et dépose un acte d'accusation auprès du greffier de la Cour du Banc de la Reine. Deuxième étape — l'interpellation. Au moment du renvoi à procès ou après celui-ci, le prévenu est avisé de la date de son interpellation devant la Cour du Banc de la Reine. . . . Tous les prévenus qui doivent être interpellés comparaissent à cette date devant un juge de la Cour du Banc de la Reine. Il n'y a pas de jury. L'acte d'accusation est présenté au juge qui préside qui le fait lire à l'accusé, et si ce dernier plaide non coupable, la date du procès est habituellement fixée à quatre à six mois plus tard. Si le prévenu s'oppose à l'acte d'accusation, alors aucun plaidoyer n'est enregistré, l'affaire est ajournée jusqu'à la prochaine date d'interpellation à la condition que l'objection soit entendue par un juge et tranchée avant les prochaines interpellations. Lorsque le prévenu plaide coupable lors des interpellations, le juge qui préside lui impose une peine.

Il y a lieu de souligner que si on dit que l'acte d'accusation n'est pas présenté contre le prévenu lors de l'interpellation, alors ceux qui plaident coupable et à qui on impose une peine devraient être déclarés coupables sans qu'un acte d'accusation n'ait jamais été présenté contre eux. [Je souligne.]

La procédure albertaine permet aux juges en chambre d'entendre des requêtes en séparation des chefs d'accusation avant le procès sans que le juge soit saisi de l'affaire: *R. c. Deol, Gill and Randev* (1979), 20 A.R. 595. Cette procédure, ainsi que d'autres comme l'enregistrement des plaidoyers de culpabilité lors de l'interpellation, paraît être fondée sur l'hypothèse selon laquelle l'acte d'accusation est présenté contre le prévenu et le procès commence au moment de l'interpellation, même si celle-ci peut être faite des mois avant qu'un juge soit désigné et un jury constitué. L'application littérale de l'arrêt *Chabot* à la pratique en vigueur en Alberta soulève un grand nombre de problèmes, y compris celui dont nous sommes saisis en l'espèce.

Une façon de résoudre ce problème consiste à affirmer, comme le juge Cavanagh l'a fait à la p. 10 de la décision *Brackenbury and Pratt*, précitée, que la proposition, dans l'arrêt *Chabot*, selon laquelle l'acte d'accusation n'est pas présenté tant que cela n'est pas fait en présence de l'accusé devant «un tribunal de première instance constitué pour connaître de l'accusation», ne s'applique pas

ment, even though a judge and jury ready to hear the case are not in place. The rule against collateral attack would present no difficulty in cases like this one, since the severance order is part of the trial proceedings. In my view, this makes sense. *Chabot* was predicated on the procedure in Ontario. It should not be applied literally to different procedures in different provinces when to do so results in anomaly and injustice.

Historically and linguistically, there is no reason why an indictment could not be preferred prior to the time when the court is fully constituted to dispose of the matter. As Cavanagh J. points out in *Brackenbury and Pratt*, at p. 10:

The English word "To prefer" is defined in the Oxford English Dictionary as follows: "To lay (a matter) before anyone formally for consideration, approval, or sanction; to bring forward, present, submit (a statement, bill, indictment, information, prayer, etc.)". In the French version the verb used is "présenter". This word incorporates a similar idea of placing something before a Court for consideration and action . . . [T]he indictment is presented to the Court, the Court accepts or rejects it; if it is accepted, as is usually the case, it is read to the accused and he is called upon to plead to it. That, in my view, completes preferment.

The preferment was historically effected when a bill of indictment was presented to and returned by a grand jury. This typically occurred at the point when the judge and jury were in place, ready to hear the case, as described in *Chabot*. In provinces such as Alberta, where there have never been grand juries, it is done by the Attorney General or his or her agent: see Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (1989), at p. 182. This has often occurred prior to the time when a judge and jury ready to hear the evidence were in place. In short, the time when the indictment is preferred and the

aux interpellations préalables au procès en Alberta. Selon cette opinion, le procès commence, aux fins du plaider et de l'appel, lors de l'interpellation, même s'il n'y a pas de juge et de jury prêts à entendre l'affaire. La règle interdisant les attaques indirectes ne poserait aucun problème dans des cas comme celui-ci, puisque l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation fait partie du procès. À mon avis, cela est logique. L'arrêt *Chabot* était fondé sur la procédure en vigueur en Ontario. Il ne devrait pas être appliqué littéralement à différentes procédures dans différentes provinces lorsqu'il en résulte une anomalie et une injustice.

Historiquement et linguistiquement, il n'y a aucune raison de ne pouvoir présenter un acte d'accusation avant le moment où la cour est entièrement constituée pour connaître de l'affaire. Comme le juge Cavanagh le souligne dans la décision *Brackenbury and Pratt*, à la p. 10:

[TRADUCTION] Le terme anglais «*To prefer*» est défini dans l'Oxford English Dictionary de la manière suivante: «Soumettre (une affaire) formellement à une personne pour qu'elle l'examine, l'approuve ou l'entérine; produire, présenter, soumettre (une déclaration, un projet d'acte d'accusation, un acte d'accusation, une dénonciation, une supplication, etc.)». Dans la version française, le verbe utilisé est «présenter». Ce terme comporte une idée semblable de soumettre quelque chose à une cour pour qu'elle l'examine ou prenne des mesures. [. . . L]'acte d'accusation est présenté à la cour, celle-ci l'accepte ou le rejette; s'il est accepté, comme c'est généralement le cas, on en fait la lecture au prévenu et on lui demande d'enregistrer un plaider. À mon avis, cela complète la présentation.

Historiquement, la présentation avait lieu lorsqu'un projet d'acte d'accusation était présenté à un grand jury et rapporté par celui-ci. Typiquement, cela se produisait au moment où il y avait un juge et un jury prêts à entendre l'affaire, tel que décrit dans l'arrêt *Chabot*. Dans des provinces comme l'Alberta où il n'y a jamais eu de grand jury, c'est le Procureur général ou son représentant qui s'en charge: voir Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (1989), à la p. 182. Cela s'est souvent produit avant qu'un juge et un jury ne soient prêts à entendre la preuve. Bref, le moment où est présenté

trial proceedings begin is a matter of historical incident and practice, rather than one of principle.

Viewing the matter thus, I incline to the view that the order of McDonald J. occurred after preferment of the indictment and commencement of the trial proceedings and should be regarded as part of the trial. As such, it is appealable. In the alternative, if I were to proceed from the premise that the order of McDonald J. preceded the preferment of the indictment and was not part of the trial, I agree with my colleague that there should be an exception to the rule against collateral attack where the Alberta procedure outlined above has been followed. To do otherwise would be to insulate severance orders by Alberta courts against appeals which could be brought in other parts of the country where the judge who actually presides at the trial makes the order. That would be manifestly unjust.

Whatever approach is adopted, I agree that this Court has jurisdiction to entertain an appeal from the severance order of McDonald J.

I would dispose of the appeal as proposed by Iacobucci J.

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: The Attorney General for Alberta, Edmonton.*

*Solicitor for the respondent: Robert B. White, Edmonton.*

l'acte d'accusation et où débute le procès est une question d'événement historique et de pratique plutôt que de principe.

a Vu sous cet angle, je suis portée à estimer que le juge McDonald a rendu son ordonnance après la présentation de l'acte d'accusation et le début du procès et qu'elle devrait être considérée comme faisant partie du procès. À ce titre, elle peut faire b l'objet d'un appel. Subsidiairement, si je devais partir de l'hypothèse selon laquelle l'ordonnance du juge McDonald a précédé la présentation de l'acte d'accusation et ne faisait pas partie du procès, je suis d'accord avec mon collègue pour dire c qu'il devrait y avoir une exception à la règle interdisant les attaques indirectes lorsque la procédure albertaine exposée précédemment a été suivie. Toute autre solution reviendrait à soustraire les d ordonnances de séparation des chefs d'accusation rendues par les tribunaux de l'Alberta aux appels qui pourraient être interjetés dans d'autres parties du pays où c'est le juge qui préside réellement le procès qui rend l'ordonnance. Une telle situation e serait manifestement injuste.

f Quel que soit le point de vue adopté, je suis d'accord pour dire que notre Cour est compétente pour entendre un pourvoi contre l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue par le juge McDonald.

g Je statuerai sur le pourvoi de la manière proposée par le juge Iacobucci.

*Pourvoi accueilli.*

h *Procureur de l'appelante: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

*Procureur de l'intimé: Robert B. White, Edmonton.*



*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, 1993 Vol. 4**

**3<sup>e</sup> cahier, 1993 Vol. 4**

Cited as [1993] 4 S.C.R. 371-533

Renvoi [1993] 4 R.C.S. 371-533

---

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 of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

*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, 1994.

## CONTENTS

- Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District)..... 371**  
Constitutional law — Statutes — Validity — Municipal Act purporting to authorize variable fees for soil removal permits — Whether provision *ultra vires* province as authorizing levy in nature of indirect taxation — Whether volumetric permit fees ancillary to genuine licensing scheme — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 930(2) — Constitution Act, 1867, s. 92(9).
- Municipal law — Municipal by-laws — Validity — Municipalities adopting soil removal by-laws incorporating volumetric permit fees — By-laws distinguishing between commercial and non-commercial use — Whether by-laws discriminatory — Whether volumetric permit fees authorized by Municipal Act — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 930(2) — Coquitlam By-law No. 1841, 1988 — Maple Ridge By-law No. 3957-1987.
- R. v. I. (L.R.) and T. (E.) ..... 504**  
Criminal law — Young offenders — Evidence — Statements — Admissibility — Statement made without counsel but in

*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 des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

*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, 1994.

## SOMMAIRE

- Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)..... 371**  
Droit constitutionnel — Lois — Validité — Loi sur les municipalités autorisant l'imposition de droits variables pour les permis d'enlèvement de terre — La disposition en cause outrepassait-elle la compétence de la province du fait qu'elle autorise une charge de la nature d'une taxation indirecte? — L'imposition de droits de permis volumétriques est-elle accessible à un véritable régime de délivrance de permis? — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 930(2) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(9).
- Droit municipal — Règlements municipaux — Validité — Adoption par des municipalités de règlements sur l'enlèvement de terre prévoyant l'imposition de droits de permis volumétriques — Distinction dans les règlements entre l'utilisation commerciale et l'utilisation non commerciale — Les règlements sont-ils discriminatoires? — Les droits de permis volumétriques sont-ils autorisés par la loi sur les municipalités? — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 930(2) — Coquitlam By-law No. 1841, 1988 — Maple Ridge By-law No. 3957-1987.

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Continued)

presence of adult — Second statement made explaining aspects of first statement — Lawyer consulted after first and before second statement made — First statement found to be inadmissible — Second statement admissible — Conviction based on inculpatory exchange in second statement — Whether or not second statement admissible — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 3(e), (g), 11, 56(1), (2)(a), (b)(i), (ii) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

Evidence — Criminal law — Young offenders — Statements — Admissibility — Statement made without counsel but in presence of adult — Second statement made explaining aspects of first statement — Lawyer consulted after first and before second statement made — First statement found to be inadmissible — Second statement admissible — Conviction based on inculpatory exchange in second statement — Whether or not second statement admissible.

### **R. v. L. (D.O.)** ..... 419

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Fair trial — Videotaped statement of young complainant in sexual assault case admitted into evidence pursuant to s. 715.1 of Criminal Code — Whether s. 715.1 infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 715.1 offends evidentiary rules against admission of hearsay evidence and prior consistent statements — Whether accused's right to cross-examine complainant violated — Whether judicial discretion in s. 715.1 consistent with principles of fundamental justice — Whether age limit contained in s. 715.1 arbitrary — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1.

Constitutional law — Charter of Rights — Fair trial — Public hearing — Presumption of innocence — Videotaped statement of young complainant in sexual assault case admitted into evidence pursuant to s. 715.1 of Criminal Code — Whether s. 715.1 infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1.

Criminal law — Videotaped evidence — Accused charged with sexual assault — Videotaped statement of young complainant made five months after alleged offence admitted into evidence pursuant to s. 715.1 of Criminal Code — Whether videotape made within reasonable time — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1.

Criminal law — Trial — Reasonable doubt — Whether trial judge applied proper test for weighing evidence.

Criminal law — Trial — Function of judge — Apprehension of bias — Examination of witnesses — Whether trial judge's interventions during trial raised reasonable apprehension of bias.

### **R. v. Levogiannis** ..... 475

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Fair trial — Right to cross-examine witness — Right of accused to be within witness's sight — Accused charged with

## SOMMAIRE (Suite)

### **États-Unis d'Amérique c. Doyer**..... 497

Extradition — Crimes donnant lieu à l'extradition — Fugitif accusé aux États-Unis de l'infraction de «*continuing criminal enterprise*» — S'agit-il d'un crime donnant lieu à l'extradition?

### **R. c. I. (L.R.) et T. (E.)**..... 504

Droit criminel — Jeunes contrevenants — Preuve — Déclarations — Admissibilité — Déclaration faite en l'absence d'un avocat mais en présence d'un adulte — Seconde déclaration expliquant des aspects de la première déclaration — Avocat consulté après la première déclaration mais avant la seconde — Première déclaration jugée inadmissible — Seconde déclaration admissible — Déclaration de culpabilité fondée sur un échange incriminant survenu au cours de la seconde déclaration — La seconde déclaration est-elle admissible? — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 3e), g), 11, 56(1), (2)a), b(i), (ii) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

Preuve — Droit criminel — Jeunes contrevenants — Déclarations — Admissibilité — Déclaration faite en l'absence d'un avocat mais en présence d'un adulte — Seconde déclaration expliquant des aspects de la première déclaration — Avocat consulté après la première déclaration mais avant la seconde — Première déclaration jugée inadmissible — Seconde déclaration admissible — Déclaration de culpabilité fondée sur un échange incriminant survenu au cours de la seconde déclaration — La seconde déclaration est-elle admissible?

### **R. c. L. (D.O.)** ..... 419

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Procès équitable — Enregistrement magnétoscopique de la déclaration d'une jeune plaignante dans une affaire d'agression sexuelle admis en preuve conformément à l'art. 715.1 du Code criminel — L'article 715.1 viole-t-il l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'article 715.1 porte-t-il atteinte aux règles de preuve qui interdisent l'utilisation de la preuve par ouï-dire et des déclarations antérieures compatibles? — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé de contre-interroger la plaignante? — Le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal en vertu de l'art. 715.1 est-il compatible avec les principes de justice fondamentale? — La limite d'âge fixée à l'art. 715.1 est-elle arbitraire? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Procès public — Présomption d'innocence — Enregistrement magnétoscopique de la déclaration d'une jeune plaignante dans une affaire d'agression sexuelle admis en preuve conformément à l'art. 715.1 du Code criminel — L'article 715.1 viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1.

Droit criminel — Témoignage enregistré sur bande vidéo — Prévenu accusé d'agression sexuelle — Enregistrement

*Continued on next page*

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

touching young boy for sexual purposes — Young complainant testifying behind screen pursuant to s. 486(2.1) of Criminal Code — Whether s. 486(2.1) infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 486(2.1).

Constitutional law — Charter of Rights — Fair trial — Presumption of innocence — Right to cross-examine witness — Accused charged with touching young boy for sexual purposes — Young complainant testifying behind screen pursuant to s. 486(2.1) of Criminal Code — Whether s. 486(2.1) infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 486(2.1).

### **R. v. McAnespie** ..... 501

Criminal law — Procedure — Evidence — Non-disclosure — Due diligence — Statement disclosed after conviction but before sentencing — Counsel for defence not bringing matter at earliest opportunity to attention of trial judge and not having information disclosed during sentencing proceedings — Trial judge still seized of trial and had discretion to reopen trial or order mistrial.

Criminal law — Procedure — Evidence — Fresh evidence — Due diligence — Respondent failing to satisfy criterion of due diligence — Due diligence to be considered with other factors — Due diligence requirement not overborne by other factors — New evidence ought not to have been admitted.

### **R. v. Moran** ..... 499

Criminal law — Evidence — Rule against oath-helping — Cross-examination of complainant's mother not impermissible oath-helping — Accused's conviction upheld.

### **United States of America v. Doyer** ..... 497

Extradition — Extraditable offences — Fugitive charged in United States with offence of continuing criminal enterprise — Whether offence extraditable offence.

## SOMMAIRE (Fin)

magnétoscopique de la déclaration de la jeune plaignante réalisée cinq mois après l'infraction reprochée admis en preuve conformément à l'art. 715.1 du Code criminel — L'enregistrement a-t-il été réalisé dans un délai raisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1.

Droit criminel — Procès — Doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il appliqué le bon critère pour apprécier la preuve?

Droit criminel — Procès — Rôle du juge — Crainte de partialité — Interrogatoire des témoins — Les interventions du juge du procès ont-elles fait naître une crainte raisonnable de partialité?

### **R. c. Levogiannis** ..... 475

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Procès équitable — Droit de contre-interroger le témoin — Droit de l'accusé d'être vu par le témoin — Accusé inculpé d'avoir touché un jeune garçon à des fins d'ordre sexuel — Jeune plaignant témoignant derrière un écran conformément à l'art. 486(2.1) du Code criminel — L'article 486(2.1) enfreint-il l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486(2.1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Présomption d'innocence — Droit de contre-interroger le témoin — Accusé inculpé d'avoir touché un jeune garçon à des fins d'ordre sexuel — Jeune plaignant témoignant derrière un écran conformément à l'art. 486(2.1) du Code criminel — L'article 486(2.1) enfreint-il l'art. 11d de la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486(2.1).

### **R. v. McAnespie** ..... 501

Droit criminel — Procédure — Preuve — Non-divulgateion — Diligence raisonnable — Déclaration divulguée après la déclaration de culpabilité mais avant le prononcé de la peine — Avocat de la défense n'ayant pas signalé la question au juge du procès dès que possible et n'ayant pas divulgué l'information au cours des procédures de détermination de la peine — Le juge du procès était toujours saisi du procès et avait le pouvoir discrétionnaire de le rouvrir ou de le déclarer nul.

Droit criminel — Procédure — Preuve — Nouvelle preuve — Diligence raisonnable — Intimé n'ayant pas satisfait au critère de la diligence raisonnable — Diligence raisonnable à être examinée avec d'autres facteurs — Critère de la diligence raisonnable ne l'emportant pas sur d'autres facteurs — La nouvelle preuve n'aurait pas dû être admise.

### **R. c. Moran** ..... 499

Droit criminel — Preuve — Règle interdisant les témoignages justificatifs — Contre-interrogatoire de la mère de la plaignante ne constituant pas une preuve justificative inacceptable — Maintien de la déclaration de culpabilité de l'accusé.





**Allard Contractors Ltd.** *Appellant*

v.

**The Corporation of the District of Coquitlam** *Respondent*

and between

**Thornhill Aggregates Ltd.** *Appellant*

v.

**The Corporation of the District of Maple Ridge** *Respondent*

and between

**Kirkpatrick Sand & Gravel Co. Ltd.** *Appellant*

v.

**The Corporation of the District of Maple Ridge** *Respondent*

and between

**Allard Contractors Ltd.** *Appellant*

v.

**The Corporation of the District of Coquitlam** *Respondent*

and between

**Kirkpatrick Sand & Gravel Co. Ltd.** *Appellant*

v.

**The Corporation of the District of Maple Ridge** *Respondent*

**Allard Contractors Ltd.** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **La Corporation du district de Coquitlam** *Intimée*

et entre

<sup>b</sup>

**Thornhill Aggregates Ltd.** *Appelante*

c.

<sup>c</sup>

**La Corporation du district de Maple Ridge** *Intimée*

<sup>d</sup> et entre

**Kirkpatrick Sand & Gravel Co. Ltd.** *Appelante*

<sup>e</sup>

c.

**La Corporation du district de Maple Ridge** *Intimée*

<sup>f</sup>

et entre

**Allard Contractors Ltd.** *Appelante*

<sup>g</sup>

c.

<sup>h</sup> **La Corporation du district de Coquitlam** *Intimée*

et entre

<sup>i</sup> **Kirkpatrick Sand & Gravel Co. Ltd.** *Appelante*

c.

<sup>j</sup> **La Corporation du district de Maple Ridge** *Intimée*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of British Columbia and the Attorney General for Alberta *Intervenors*

Indexed as: Allard Contractors Ltd. v. COQUITLAM (DISTRICT)

File No.: 22829.

1993: May 26; 1993: November 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Statutes — Validity — Municipal Act purporting to authorize variable fees for soil removal permits — Whether provision ultra vires province as authorizing levy in nature of indirect taxation — Whether volumetric permit fees ancillary to genuine licensing scheme — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 930(2) — Constitution Act, 1867, s. 92(9).*

*Municipal law — Municipal by-laws — Validity — Municipalities adopting soil removal by-laws incorporating volumetric permit fees — By-laws distinguishing between commercial and non-commercial use — Whether by-laws discriminatory — Whether volumetric permit fees authorized by Municipal Act — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 930(2) — Coquitlam By-law No. 1841, 1988 — Maple Ridge By-law No. 3957-1987.*

Coquitlam passed a by-law prohibiting the removal of soil and other substances from land within the municipality except as authorized by permit and establishing a flat rate permit fee. It later changed the permit fee from a flat rate to one dependent on the volume of material removed. The natural consequence of this change to a volumetric fee was a great increase in fees paid by commercial extractors. Maple Ridge also passed a by-law incorporating a volumetric permit fee. Both by-laws

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général de l'Alberta *Intervenants*

Répertorié: Allard Contractors Ltd. c. COQUITLAM (DISTRICT)

N° du greffe: 22829.

1993: 26 mai; 1993: 18 novembre.

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 — Lois — Validité — Loi sur les municipalités autorisant l'imposition de droits variables pour les permis d'enlèvement de terre — La disposition en cause outrepassé-t-elle la compétence de la province du fait qu'elle autorise une charge de la nature d'une taxation indirecte? — L'imposition de droits de permis volumétriques est-elle accessoire à un véritable régime de délivrance de permis? — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 930(2) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(9).*

*Droit municipal — Règlements municipaux — Validité — Adoption par des municipalités de règlements sur l'enlèvement de terre prévoyant l'imposition de droits de permis volumétriques — Distinction dans les règlements entre l'utilisation commerciale et l'utilisation non commerciale — Les règlements sont-ils discriminatoires? — Les droits de permis volumétriques sont-ils autorisés par la loi sur les municipalités? — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 930(2) — Coquitlam By-law No. 1841, 1988 — Maple Ridge By-law No. 3957-1987.*

Coquitlam a adopté un règlement interdisant l'enlèvement de terre et d'autres substances dans tout endroit de la municipalité, sauf en conformité avec un permis, et établissant un droit de permis fixe. La municipalité a, par la suite, remplacé le droit de permis fixe par un droit calculé en fonction du volume des substances enlevées. L'établissement d'un droit volumétrique a tout naturellement eu pour conséquence d'accroître sensiblement les droits payés par les entreprises commerciales d'ex-

made exceptions for certain persons and usages, including an exception for those removing less than specified volumes of soil. Constitutional challenges were mounted, and the provincial Supreme Court quashed the by-laws, but these judgments were reversed by the Court of Appeal. On appeal in the Maple Ridge case, the Supreme Court of Canada found that s. 930(d) of the *Municipal Act* did not authorize the imposition of volumetric fees. In response to that decision, the provincial legislature added s. 930(2), which authorized removal fees which impose "a charge for each volumetric unit . . . removed". Section 930(d) was renumbered s. 930(1)(d). In light of this amendment to the *Municipal Act*, the two municipalities re-enacted their by-laws. The provincial Supreme Court allowed the petitions brought by the appellant gravel pit operators seeking to have the by-laws quashed. It found that s. 930 authorizes both a flat rate permit fee and a variable rate volumetric removal charge, but that it does not authorize a variable rate volumetric permit fee for removal. The municipalities amended their by-laws to create separate flat rate permit fees and volumetric removal charges. The provincial Supreme Court upheld the amended by-laws. On appeal, the Court of Appeal held that these various by-laws were *intra vires* the respondent municipalities.

**Held:** The appeal should be dismissed.

The volumetric fees at issue are indirect in their general tendency, since they can be related to a unit of the gravel commodity or its price. Section 92(9) of the *Constitution Act, 1867*, in combination with ss. 92(13) and (16), comprehends a power of regulation through licences which is not confined to the requirement of direct taxation in s. 92(2). In so far as it comprehends indirect taxation, however, the power has been limited such that it can only be used to defray the costs of regulation. The question to be asked is whether the variable fees can be supported as ancillary or adhesive to a valid provincial regulatory scheme.

The permit and removal fees at issue in this case were only intended to offset the costs of the regulatory scheme, including road repair. Section 930(2) of the *Municipal Act* is related to a system of road and gravel regulation, notwithstanding its statutory location and its

traction. Maple Ridge a également adopté un règlement prévoyant l'imposition d'un droit de permis volumétrique. Les deux règlements prévoyaient des exceptions pour certaines personnes et certains usages, y compris une exception pour les personnes qui enlevaient moins qu'un certain volume donné de terre. La constitutionnalité de ces règlements a été contestée et la Cour suprême de la province les a annulés. Toutefois, la Cour d'appel a infirmé ces décisions. Dans le pourvoi relatif à l'affaire Maple Ridge, la Cour suprême du Canada a statué que l'al. 930d) de la *Municipal Act* ne permettait pas d'exiger des droits volumétriques. La législature provinciale a réagi à cet arrêt en ajoutant le par. 930(2) qui permettait d'exiger des droits pour l'enlèvement, comportant «des frais [ . . . ] par unité volumétrique [ . . . ] enlevée.» L'alinéa 930d) est devenu l'al. 930(1)d). À la suite de cette modification de la *Municipal Act*, les deux municipalités ont de nouveau adopté leur règlement. La Cour suprême de la province a accueilli les requêtes déposées par les exploitants de gravière appelants en vue de faire annuler les règlements en question. Elle a statué que l'art. 930 autorise à la fois l'imposition d'un droit de permis fixe et de frais volumétriques variables pour l'enlèvement de substances, mais qu'il n'autorise pas l'imposition d'un droit de permis volumétrique variable. Les municipalités ont modifié leur règlement respectif pour établir des droits de permis fixes ainsi que des droits volumétriques distincts pour l'enlèvement de substances. La Cour suprême de la province a confirmé la validité des règlements modifiés. En appel, la Cour d'appel a statué que ces divers règlements étaient conformes à la compétence des municipalités intimées.

**Arrêt:** Le pourvoi est rejeté.

Les droits volumétriques en cause ont un effet général indirect puisqu'ils peuvent se rapporter à une unité du gravier ou à son prix. Le paragraphe 92(9) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, conjugué aux par. 92(13) et (16), englobe un pouvoir de réglementation par permis qui n'est pas restreint par l'exigence en matière de taxation directe visée au par. 92(2). Toutefois, dans la mesure où il porte sur la taxation indirecte, ce pouvoir a été limité à la seule fin du financement d'un régime de réglementation. Il s'agit de savoir si les frais variables peuvent être justifiés parce qu'ils sont accessoires ou rattachés à un régime de réglementation provincial valide.

Les droits de permis et d'enlèvement ici en cause visaient seulement à compenser les coûts du régime de réglementation, y compris ceux de la réparation des routes. Le paragraphe 930(2) de la *Municipal Act* se rapporte à un régime de réglementation des routes et d'en-

lack of express reference to roads. This relationship is also evident in the by-laws themselves, which constitute a complete and detailed code for the regulation of the gravel and soil extraction and removal trade. The fee provisions are related to these regulatory by-laws. The purpose of the volumetric fees can be inferred from their statutory and by-law context, and the extrinsic affidavit evidence presented in this case is merely additional proof that there was an intention to raise sufficient revenue to cover the costs of the regulatory scheme and the building and maintenance of roads over which gravel trucks would pass. While there was some evidence that considerably more moneys would be received from this volumetric levy than the amount actually required, it is not for this Court to undertake a rigorous analysis of a municipality's accounts. A surplus itself is not a problem so long as the municipalities made reasonable attempts to match the fee revenues with the administrative costs of the regulatory scheme, which is what occurred in this case. In so far as the volumetric fee can be considered a form of indirect taxation, it is supportable as ancillary or adhesive to a valid regulatory scheme. Since the volumetric fees are supportable under the licensing power of s. 92(9) viewed in conjunction with other heads of regulatory power in s. 92, particularly ss. 92(13) and (16), it is not necessary to consider arguments relating to s. 92A(4) of the *Constitution Act, 1867*, dealing with the taxation of natural resources by the provinces.

The by-laws are discriminatory in that they distinguish between commercial and non-commercial use, but the discrimination is authorized by the *Municipal Act*. While s. 930(2) makes no explicit reference to discrimination based upon the commercial character of removal, authorization may be either express or implied as a necessary incident of powers delegated. Here s. 930(2) clearly authorizes discrimination based on volume, and it is implicit in this authorization that commercial and non-commercial users will be treated differently. Licensing schemes of this kind generally make two kinds of exceptions as a matter of administration: there are *de minimis* exceptions implicit in the regulation, and exceptions are made for non-profitable, incidental, or personal use. The concept of volumetric discrimination

lèvement du gravier, nonobstant l'endroit où il est placé dans la Loi et le fait qu'il ne fasse pas explicitement référence aux routes. Ce rapport ressort également des règlements eux-mêmes qui constituent un code complet et détaillé de réglementation du commerce d'extraction et d'enlèvement de gravier et de terre. Les dispositions sur l'imposition de droits se rapportent à ces règlements. L'objet des droits volumétriques peut se dégager de leur contexte législatif et réglementaire, et la preuve extrinsèque par affidavit présentée en l'espèce est simplement une preuve additionnelle qu'on avait l'intention de percevoir suffisamment de recettes pour couvrir les coûts du régime de réglementation ainsi que de la construction et de l'entretien des routes utilisées par les camions de transport de gravier. Même s'il y avait des éléments de preuve indiquant que les droits volumétriques généraient beaucoup plus de fonds que le montant réellement nécessaire, il n'appartient pas à notre Cour de procéder à une analyse rigoureuse des finances d'une municipalité. Un excédent en soi n'est pas un problème tant que les municipalités ont raisonnablement tenté de faire en sorte que les recettes provenant des droits correspondent aux frais administratifs du régime de réglementation, comme cela s'est produit en l'espèce. Dans la mesure où les droits volumétriques peuvent être considérés comme une forme de taxation indirecte, ils peuvent être justifiés parce qu'accessoires ou rattachés à un régime de réglementation valide. Puisque les droits volumétriques sont justifiables en vertu du pouvoir de délivrance de permis visé au par. 92(9), pris conjointement avec d'autres pouvoirs de réglementation visés à l'art. 92, plus particulièrement les par. 92(13) et (16), il n'est pas nécessaire d'examiner les arguments se rapportant au par. 92A(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui porte sur la taxation des ressources naturelles par les provinces.

Les règlements sont discriminatoires en ce qu'ils établissent une distinction entre l'utilisation commerciale et l'utilisation non commerciale, mais cette discrimination est autorisée par la *Municipal Act*. Bien que le par. 930(2) ne mentionne pas explicitement la discrimination fondée sur la nature commerciale de l'enlèvement, l'autorisation peut être explicite ou implicite à titre d'accessoire nécessaire d'une délégation de pouvoirs. En l'espèce, le par. 930(2) autorise clairement la discrimination fondée sur le volume et il ressort implicitement de cette autorisation que les utilisateurs commerciaux seront traités différemment des utilisateurs non commerciaux. De tels régimes de délivrance de permis établissent généralement deux types d'exception à des fins administratives: il y a les exceptions *de minimis* implicites dans le règlement et les exceptions établies pour les usages à des fins accessoires, personnelles ou non lucra-

is a surrogate for discrimination based upon these considerations.

Finally, s. 930(2), together with s. 930(1)(d), is sufficient to authorize a volumetric permit fee.

### Cases Cited

**Distinguished:** *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1133; **disapproved:** *Colpitts Ranches v. Attorney-General of Alberta*, [1954] 3 D.L.R. 121; **considered:** *Coquitlam v. LaFarge Concrete Ltd.*, [1973] 1 W.W.R. 681 (B.C.C.A.), rev'g [1972] 3 W.W.R. 539 (B.C.S.C.); **referred to:** *Kirkpatrick v. Maple Ridge (Corporation of the District)*, [1986] 2 S.C.R. 124, rev'g (1983), 49 B.C.L.R. 134 (C.A.), rev'g (1980), 119 D.L.R. (3d) 598 (B.C.S.C.); *Lees v. West Vancouver* (1979), 15 B.C.L.R. 233; *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368; *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 A.C. 575; *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161; *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1927] A.C. 934; *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 S.C.R. 231; *Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87; *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198; *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004; *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357; *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708; *Reference re Farm Products Marketing Act*, [1957] S.C.R. 198; *Nelson v. City of Dartmouth* (1964), 45 D.L.R. (2d) 183; *Re Falardeau and Town of Hinton* (1985), 21 D.L.R. (4th) 477; *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674; *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650.

### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1867*, ss. 92(2), (8), (9), (13), (16), 92A(4), (5), Sixth Schedule.  
 District of Coquitlam By-law No. 2041, 1971.  
*District of Coquitlam Soil Removal Regulation Bylaw No. 1841, 1988*, ss. 4, 5, 11.  
*District of Coquitlam Soil Removal Regulation Bylaw No. 1914, 1988*, ss. 3, 4, 5(e), (f), 13(a), 14 to 18, 20, 23.

tives. Le concept de la discrimination fondée sur le volume est un substitut de la discrimination fondée sur ces considérations.

Enfin, le par. 930(2), conjugué à l'al. 930(1)(d), est suffisant pour autoriser l'imposition d'un droit de permis volumétrique.

### Jurisprudence

**Distinction d'avec l'arrêt:** *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1133; **arrêt critiqué:** *Colpitts Ranches c. Attorney-General of Alberta*, [1954] 3 D.L.R. 121; **arrêt examiné:** *Coquitlam c. LaFarge Concrete Ltd.*, [1973] 1 W.W.R. 681 (C.A.C.-B.), inf. [1972] 3 W.W.R. 539 (C.S.C.-B.); **arrêts mentionnés:** *Kirkpatrick c. Maple Ridge (Corporation du District)*, [1986] 2 R.C.S. 124, inf. (1983), 49 B.C.L.R. 134 (C.A.), inf. (1980), 119 D.L.R. (3d) 598 (C.S.C.-B.); *Lees c. West Vancouver* (1979), 15 B.C.L.R. 233; *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368; *Bank of Toronto c. Lambe* (1887), 12 A.C. 575; *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161; *Attorney-General for British Columbia c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1927] A.C. 934; *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 R.C.S. 231; *Attorney-General for British Columbia c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87; *Renvoi relatif à la Loi sur l'organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198; *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004; *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357; *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708; *Reference re Farm Products Marketing Act*, [1957] R.C.S. 198; *Nelson c. City of Dartmouth* (1964), 45 D.L.R. (2d) 183; *Re Falardeau and Town of Hinton* (1985), 21 D.L.R. (4th) 477; *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674; *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650.

### Lois et règlements cités

District of Coquitlam By-law No. 2041, 1971.  
*District of Coquitlam Soil Removal Regulation Bylaw No. 1841, 1988*, art. 4, 5, 11.  
*District of Coquitlam Soil Removal Regulation Bylaw No. 1914, 1988*, art. 3, 4, 5(e), (f), 13(a), 14 à 18, 20, 23.  
*District of Coquitlam Soil, Sand, Gravel, Rock or Other Substances of Which Land is Composed Removal Bylaw No. 1489, 1967.*

- District of Coquitlam Soil, Sand, Gravel, Rock or Other Substances of Which Land is Composed Removal Bylaw No. 1489, 1967.*
- Maple Ridge Soil Removal By-law No. 2681-1979.*
- Maple Ridge Soil Removal By-law No. 3957-1987*, ss. 3, 4, 8, 16, Schedule D. <sup>a</sup>
- Maple Ridge Soil Removal By-law No. 4109-1988*, ss. 2, 3, 4, 6, 7, 8, 15, 17, 18 to 23, 24, 25, 29, 31, 33, 34, Schedule "D", s. 1.
- Mines Act*, S.B.C. 1980, c. 28.
- Municipal Act*, S.B.C. 1957, c. 42, s. 873.
- Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, c. 255, s. 868(d) [am. 1962, c. 41, s. 48; am. 1964, c. 33, s. 70].
- Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, ss. 528(b), 578(2)(a), 581, 651, 668(1), 669, 930 [am. 1987, c. 38, s. 27; am. 1989, c. 33, s. 9], 930.1 [ad. 1989, c. 33, s. 10]. <sup>c</sup>
- Municipal Amendment Act (No. 2), 1987*, S.B.C. 1987, c. 38, s. 27.
- Municipal Amendment Act (No. 2), 1989*, S.B.C. 1989, c. 33, ss. 9, 10. <sup>d</sup>
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92(2), (8), (9), (13), (16), 92A(4), (5), sixième annexe.
- Maple Ridge Soil Removal By-law No. 2681-1979.*
- Maple Ridge Soil Removal By-law No. 3957-1987*, art. 3, 4, 8, 16, annexe D.
- Maple Ridge Soil Removal By-law No. 4109-1988*, art. 2, 3, 4, 6, 7, 8, 15, 17, 18 à 23, 24, 25, 29, 31, 33, 34, annexe «D», art. 1.
- Mines Act*, S.B.C. 1980, ch. 28.
- Municipal Act*, S.B.C. 1957, ch. 42, art. 873. <sup>b</sup>
- Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, ch. 255, art. 868(d) [mod. 1962, ch. 41, art. 48; mod. 1964, ch. 33, art. 70].
- Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 528(b), 578(2)a), 581, 651, 668(1), 669, 930 [mod. 1987, ch. 38, art. 27; mod. 1989, ch. 33, art. 9], 930.1 [aj. 1989, ch. 33, art. 10].
- Municipal Amendment Act (No. 2), 1987*, S.B.C. 1987, ch. 38, art. 27.
- Municipal Amendment Act (No. 2), 1989*, S.B.C. 1989, ch. 33, art. 9, 10.

#### Authors Cited

- La Forest, G. V. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981. <sup>e</sup>
- Magnet, Joseph Eliot. "The Constitutional Distribution of Taxation Powers in Canada" (1978), 10 *Ottawa L. Rev.* 473. <sup>f</sup>
- La Forest, G. V. *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution*, 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981.
- Magnet, Joseph Eliot. «The Constitutional Distribution of Taxation Powers in Canada» (1978), 10 *Ottawa L. Rev.* 473.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 61 B.C.L.R. (2d) 299, 5 B.C.A.C. 241, 11 W.A.C. 241, 8 M.P.L.R. (2d) 313, 85 D.L.R. (4th) 729, reversing a decision of Trainor J. (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 309, 40 M.P.L.R. 96, additional reasons (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 319 quashing certain municipal by-laws, and affirming decisions of Paris J. (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 386, 43 M.P.L.R. 201, and Callaghan J. upholding amended municipal by-laws. Appeal dismissed. <sup>g</sup>

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 61 B.C.L.R. (2d) 299, 5 B.C.A.C. 241, 11 W.A.C. 241, 8 M.P.L.R. (2d) 313, 85 D.L.R. (4th) 729, qui a infirmé un jugement du juge Trainor (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 309, 40 M.P.L.R. 96, motifs supplémentaires (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 319, qui avait annulé certains règlements municipaux et confirmé les décisions du juge Paris (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 386, 43 M.P.L.R. 201, et du juge Callaghan de confirmer la validité des règlements municipaux modifiés. Pourvoi rejeté. <sup>h</sup>

*William S. Berardino, Q.C., Charles F. Willms and Helen H. Low*, for the appellants. <sup>i</sup>

*William S. Berardino, c.r., Charles F. Willms et Helen H. Low*, pour les appelantes.

*Paul T. McGivern, James M. Lepp and Loreen M. Williams*, for the respondent the Corporation of the District of Coquitlam. <sup>j</sup>

*Paul T. McGivern, James M. Lepp et Loreen M. Williams*, pour l'intimée la Corporation du district de Coquitlam.

*E. C. Chiasson, Q.C.*, and *S. S. Antle*, for the respondent the Corporation of the District of Maple Ridge.

*Linda J. Wall*, for the intervener the Attorney General of Canada. <sup>a</sup>

*Michel Yves Hélie*, for the intervener the Attorney General for Ontario. <sup>b</sup>

*Monique Rousseau*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*George H. Copley*, for the intervener the Attorney General of British Columbia. <sup>c</sup>

*Nolan D. Steed*, for the intervener the Attorney General for Alberta. <sup>d</sup>

The judgment of the Court was delivered by

IACOBUCCI J. — This appeal is another chapter in the apparently ongoing saga of constitutional litigation concerning sand and gravel excavation. More specifically, this appeal concerns the constitutionality of s. 930(2) of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290. The principal issue to be addressed is whether s. 930(2), in so far as it purports to authorize variable fees, is *ultra vires* British Columbia as authorizing a levy in the nature of indirect taxation. Derivatively, the constitutionality of by-laws enacted by the respondent municipalities under the authority of the *Municipal Act* is at issue. In addition, two other issues relating to the by-laws arise. The first issue is whether the by-laws are discriminatory in the municipal law sense. The second is whether the by-laws, upon a true construction of the *Municipal Act*, are authorized by that statute. <sup>e</sup>

## I. Background

At first glance, the historical development of the statute and by-laws relevant to this appeal appears complex. However, this apparent complexity can be simplified if one realizes that the statute and by-

*E. C. Chiasson, c.r.*, et *S. S. Antle*, pour l'intimée la Corporation du district de Maple Ridge.

*Linda J. Wall*, pour l'intervenant le procureur général du Canada. <sup>a</sup>

*Michel Yves Hélie*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario. <sup>b</sup>

*Monique Rousseau*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*George H. Copley*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique. <sup>c</sup>

*Nolan D. Steed*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta. <sup>d</sup>

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi est un autre chapitre de la saga apparemment sans fin du litige de nature constitutionnelle ayant trait à l'extraction de terre et de gravier. Plus particulièrement, il porte sur la constitutionnalité du par. 930(2) de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290. La principale question est de savoir si le par. 930(2), dans la mesure où il autorise l'imposition de droits variables, est *ultra vires* de la Colombie-Britannique du fait qu'il autorise une charge de la nature d'une taxation indirecte. De façon incidente, se trouve en cause la constitutionnalité de règlements adoptés par les municipalités intimées sous le régime de la *Municipal Act*. En outre, deux autres questions relatives aux règlements sont également soulevées. Premièrement, les règlements sont-ils discriminatoires au sens du droit municipal? Deuxièmement, les règlements en question sont-ils, selon une interprétation juste de la *Municipal Act*, autorisés par cette loi? <sup>e</sup>

## I. Le contexte

À première vue, l'évolution de la loi et des règlements visés par le présent pourvoi paraît complexe. Toutefois, cette complexité apparente peut être simplifiée lorsque l'on comprend que la loi et



laws have changed a number of times in response to judicial decisions. In order to demonstrate better the interrelationship between the process of amendment and events in the courts, I find it helpful to present an integrated picture of the two. <sup>a</sup>

Although the original ancestor of s. 930(2) was s. 873 of the *Municipal Act*, S.B.C. 1957, c. 42, it was a later version of that provision which was the subject of the first relevant judicial comment. That later version came in the form of s. 868(d) of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, c. 255 (am. 1962, c. 41, s. 48; am. 1964, c. 33, s. 70), which stated:

**868.** The Council may by by-law regulate or prohibit <sup>c</sup>

(d) the removal of soil, sand, gravel, rock, or other substance of which land is composed from any lands within the municipality, or within any area or areas within the municipality, and require the holding of a permit for such purpose and fix a fee for such permit, and different regulations and prohibitions may be made for different areas. <sup>d</sup>

In 1967, pursuant to this section of the *Municipal Act*, the respondent Municipal District of Coquitlam (Coquitlam) passed By-law No. 1489, 1967, *The District of Coquitlam Soil, Sand, Gravel, Rock or Other Substances of Which Land is Composed Removal Bylaw*. That by-law set forth a prohibition against the removal of named substances from land within the Municipality, subject to other provisions of the regulatory code which authorized removal by permit holders. Under that portion of s. 868(d) which authorized Council to "fix a fee" for permits, an initial flat rate permit fee of 50 dollars per year was established. <sup>e</sup>

In 1971, Coquitlam changed the amount of the permit fee from a flat rate to one dependent upon the volume of material removed by the permit holder: Coquitlam amending By-law No. 2041, 1971. The natural consequence of this change to a volumetric fee was a great increase in fees paid by commercial extractors. Not surprisingly, a constitutional challenge to the by-law was mounted. In *LaFarge Concrete Ltd. v. Coquitlam*, [1972] 3

les règlements ont été modifiés à maintes reprises par suite de décisions judiciaires. Afin de mieux établir le rapport entre la modification des règlements et les poursuites judiciaires, j'estime utile de présenter un tableau global de ce qui s'est passé.

La première version du par. 930(2) était l'art. 873 de la *Municipal Act*, S.B.C. 1957, ch. 42, mais c'est une version ultérieure de cette disposition qui a fait l'objet de la première contestation judiciaire, en l'occurrence l'al. 868(d) de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, ch. 255 (mod. 1962, ch. 41, art. 48; mod. 1964, ch. 33, art. 70):

[TRADUCTION] **868.** Le conseil peut, par règlement, régir ou interdire

d) l'enlèvement de terre, de sable, de gravier, de roche ou d'autres substances dont le terrain est composé dans tout endroit dans la municipalité, ou dans tout secteur de la municipalité, et exiger un permis à cette fin et fixer un droit pour le permis; différents règlements et interdictions peuvent être établis selon les secteurs. <sup>e</sup>

En 1967, conformément à cet alinéa de la *Municipal Act*, l'intimé le district municipal de Coquitlam (Coquitlam) a adopté le règlement n° 1489, 1967, *The District of Coquitlam Soil, Sand, Gravel, Rock or Other Substances of Which Land is Composed Removal Bylaw*. Ce règlement interdisait l'enlèvement des substances énumérées dans tout endroit de la municipalité, sous réserve des autres dispositions du code de réglementation qui autorisaient l'enlèvement de ces substances par les titulaires de permis. En vertu de cette partie de l'al. 868(d) qui autorisait le conseil à «fixer un droit» pour les permis, on avait initialement établi un droit de permis fixe de 50 dollars par an. <sup>f</sup>

En 1971, Coquitlam a décidé de remplacer le droit de permis fixe par un droit calculé en fonction du volume des substances enlevées par le titulaire de permis: règlement modificateur n° 2041, 1971. L'établissement d'un droit volumétrique a tout naturellement eu pour conséquence d'accroître sensiblement les droits payés par les entreprises commerciales d'extraction. Comme on pouvait s'y attendre, on a contesté la constitutionnalité de ce

W.W.R. 539 (B.C.S.C.), Gould J. quashed the by-law on the basis that the volumetric fee was a form of indirect taxation *ultra vires* the municipality. On appeal, however, in a judgment which will be the subject of further comment below, the decision of Gould J. was reversed and the volumetric fee was upheld: *Coquitlam v. LaFarge Concrete Ltd.*, [1973] 1 W.W.R. 681 (B.C.C.A.).

In 1979, s. 868(d) of the *Municipal Act* was renumbered as s. 930(d) of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290 (the *Municipal Act*), but the subsection was otherwise left unaltered. Soon after, purporting to act under the authority of s. 930(d), the respondent Municipal District of Maple Ridge (Maple Ridge) passed By-law No. 2681-1979, *Maple Ridge Soil Removal By-law*. Like the Coquitlam by-law which had withstood challenge, the Maple Ridge by-law incorporated a volumetric permit fee.

Despite the similarity between the Maple Ridge by-law and the Coquitlam by-law, Murray J. in *Re Kirkpatrick and District of Maple Ridge* (1980), 119 D.L.R. (3d) 598 (B.C.S.C.), quashed the former on the basis that it involved a colourable attempt to levy indirect taxes. At the Court of Appeal, however, and Seaton J.A. for the Court refused to overrule the earlier *LaFarge* decision: *Kirkpatrick v. Maple Ridge* (1983), 49 B.C.L.R. 134 (C.A.). An appeal proceeded to this Court.

The same constitutional issues which arose in the *LaFarge* decision thus came before this Court in *Kirkpatrick v. Maple Ridge (Corporation of the District)*, [1986] 2 S.C.R. 124. However, the constitutionality of the volumetric fee did not need to be determined in that case since this Court was of the opinion that s. 930(d) of the *Municipal Act* did not authorize the imposition of volumetric fees. In the words of La Forest J., this Court upheld the "notion that the power given by s. 930(d) to 'fix a fee for the permit' (or licence, which is synonymous) ordinarily refers to a flat fee of some kind, as opposed to an increasing amount based on the

règlement. Dans l'arrêt *LaFarge Concrete Ltd. c. Coquitlam*, [1972] 3 W.W.R. 539 (C.S.C.-B.), le juge Gould a annulé le règlement au motif que le droit volumétrique constituait une taxe indirecte *ultra vires* de la municipalité. Toutefois, en appel, dans un arrêt que j'examinerai plus loin, la décision du juge Gould a été infirmée et le droit volumétrique a été confirmé: *Coquitlam c. LaFarge Concrete Ltd.*, [1973] 1 W.W.R. 681 (C.A.C.-B.).

En 1979, l'al. 868d) de la *Municipal Act* est devenu l'al. 930d) de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290 (la *Municipal Act*), mais n'a subi aucune modification. Peu après, affirmant agir en vertu du pouvoir que lui conférait l'al. 930d), l'intimé le district municipal de Maple Ridge (Maple Ridge) a adopté le règlement n° 2681-1979, *Maple Ridge Soil Removal By-law*. À l'instar du règlement de Coquitlam qui avait été jugé valide, celui de Maple Ridge prévoyait l'imposition d'un droit de permis volumétrique.

Malgré la similitude entre le règlement de Maple Ridge et celui de Coquitlam, le juge Murray, dans l'arrêt *Re Kirkpatrick and District of Maple Ridge* (1980), 119 D.L.R. (3d) 598 (C.S.C.-B.), a annulé le règlement de Maple Ridge au motif qu'il s'agissait d'une tentative détournée de percevoir des taxes indirectes. Toutefois, la Cour d'appel, sous la plume du juge Seaton, a infirmé cette dernière conclusion et refusé de renverser l'arrêt *LaFarge: Kirkpatrick c. Maple Ridge* (1983), 49 B.C.L.R. 134 (C.A.). Un pourvoi a été interjeté auprès de notre Cour.

Les mêmes questions constitutionnelles qui avaient été soulevées dans l'arrêt *LaFarge* ont été examinées par notre Cour dans l'arrêt *Kirkpatrick c. Maple Ridge (Corporation du District)*, [1986] 2 R.C.S. 124. Toutefois, dans cet arrêt, notre Cour n'a pas examiné la constitutionnalité du droit volumétrique puisqu'elle était d'avis que l'al. 930d) de la *Municipal Act* ne permettait pas d'exiger des droits volumétriques. De l'avis du juge La Forest, notre Cour avait confirmé «la notion selon laquelle le pouvoir accordé par l'al. 930d) de «fixer des droits pour le permis» (ou licence qui est synonyme) vise ordinairement des droits fixes de

measure of activities conducted under the licence” (p. 128).

In response to the decision of this Court in *Kirkpatrick*, the legislature of British Columbia amended s. 930 of the *Municipal Act: Municipal Amendment Act (No. 2), 1987*, S.B.C. 1987, c. 38, s. 27. The effect of this amendment was twofold. First, s. 930(d) was renumbered s. 930(1)(d), but was otherwise left intact. Second, s. 930(2) — the provision which is the principal target of this appeal — was added. It is important to note here the nature of its response to *Kirkpatrick*. In part, s. 930(2) set out that “[t]he council may, by bylaw, impose a fee for the removal referred to in subsection (1) (d) . . . and the fee may impose a charge for each volumetric unit . . . removed”. In light of the amendment to the *Municipal Act*, the two respondent municipalities re-enacted their by-laws: Coquitlam By-law No. 1841, 1988; Maple Ridge By-law No. 3957-1988 (I refer to By-law No. 3957-1988, as did the parties in their pleadings, and as did the order of Trainor J. below, although I recognize that, in an appendix to the pleadings of the petitioner *Kirkpatrick*, the impugned by-law appears and it may be properly cited as By-law No. 3957-1987).

The re-enacted by-laws very quickly became the subject of petitions by the three appellants, each of whom operates a gravel pit. Thornhill Aggregates Ltd. (Thornhill) and *Kirkpatrick Sand & Gravel Co. Ltd.* (*Kirkpatrick*) are commercial extractors which operate in the District of Maple Ridge. *Allard Contractors Ltd.* (*Allard*) is a commercial extractor operating in the District of Coquitlam.

The appellants each brought separate petitions before Trainor J. of the British Columbia Supreme Court which sought to have the by-laws quashed. Thornhill and William *Kirkpatrick* (for whom the appellant *Kirkpatrick* was later substituted by order) each challenged Maple Ridge By-law No.

quelque nature par opposition à un montant croissant en fonction de l’importance des activités entreprises en vertu du permis» (p. 128).

Par suite de l’arrêt *Kirkpatrick* de notre Cour, la législature de la Colombie-Britannique a modifié l’art. 930 de la *Municipal Act: Municipal Amendment Act (No. 2), 1987*, S.B.C. 1987, ch. 38, art. 27. Cette modification a eu deux conséquences. Premièrement, l’al. 930(d) est devenu l’al. 930(1)d), mais n’a par ailleurs pas été modifié. Deuxièmement, le par. 930(2) — la disposition principalement visée par le présent pourvoi — a été ajouté. Il est important d’examiner la nature de la réaction de la législature à l’arrêt *Kirkpatrick*. Le paragraphe 930(2) prévoit notamment ce qui suit: [TRADUCTION] «Le conseil peut, par règlement, exiger un droit pour l’enlèvement visé à l’alinéa (1) d) [. . .] et ce droit peut comporter des frais [. . .] par unité volumétrique [. . .] enlevée.» À la suite de la modification de la *Municipal Act*, les deux municipalités intimées ont de nouveau adopté leur règlement: règlement n° 1841, 1988 de Coquitlam; règlement n° 3957-1988 de Maple Ridge (je me réfère au règlement n° 3957-1988, comme l’ont fait les parties dans leurs actes de procédure, et comme l’a fait le juge Trainor dans son ordonnance, bien que je sois conscient que, dans un annexe aux actes de procédure de la requérante *Kirkpatrick*, on trouve une copie du règlement contesté, qui peut être cité à bon droit, comme le règlement n° 3957-1987).

Les trois appelantes, chacune exploitant une gravière, n’ont pas tardé à contester par voie de requêtes les nouveaux règlements. Thornhill Aggregates Ltd. (Thornhill) et *Kirkpatrick Sand & Gravel Co. Ltd.* (*Kirkpatrick*) sont des entreprises commerciales d’extraction, situées dans le district de Maple Ridge. *Allard Contractors Ltd.* (*Allard*) est également une entreprise commerciale d’extraction, située dans le district de Coquitlam.

Les appelantes ont chacune déposé une requête devant le juge Trainor de la Cour suprême de la Colombie-Britannique pour faire annuler les règlements en question. Thornhill et William *Kirkpatrick* (plus tard remplacé par ordonnance par l’appelante *Kirkpatrick*) ont tous deux contesté le

3957-1988. Allard challenged Coquitlam By-law No. 1841, 1988. A fourth petitioner, not before this Court, challenged the validity of a by-law passed by the District of Mission (Mission).

Trainor J. disposed of all four petitions in one judgment which will be described more fully below: (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 309, 40 M.P.L.R. 96. Although he dealt in the alternative with arguments which are now before this Court, Trainor J. allowed the petitions on the ground that s. 930 of the *Municipal Act* had failed to respond adequately to the *Kirkpatrick* decision. Trainor J. stated (at p. 314 B.C.L.R.):

Section 930(2) is remedial legislation. The history of the problems between municipalities and gravel operators and the result of *Kirkpatrick v. Maple Ridge* were before the legislature. They knew that s. 930(1)(d) authorized only a flat fixed permit fee. I have no doubt that the object of the legislation, what was intended, was to give municipalities the authority to impose a volumetric or variable permit fee. The subsection does not do this expressly. Rather it authorizes imposing a fee for the removal of soil and then goes on to allow a charge for each volumetric unit removed.

In other words, Trainor J. held that s. 930 authorizes both a flat rate permit fee and a variable rate volumetric removal charge, but that it does not authorize a variable rate volumetric permit fee for removal. I will discuss this aspect of his decision near the end of these reasons.

Coquitlam, Maple Ridge and Mission appealed the decision of Trainor J., but the appeal of Mission was later abandoned. The municipalities also amended their by-laws to create separate flat rate permit fees and volumetric removal charges, in order to overcome the drafting flaw perceived by Trainor J. Notably, since the judgment of Trainor J. must now be reviewed by this Court, the unamended by-laws which were before him are reproduced in part below. In commentary, however, reference may be made to the amended versions for convenience. Aside from the narrow

règlement n° 3957-1988 de Maple Ridge. Allard a contesté le règlement n° 1841, 1988 de Coquitlam. Un quatrième requérant, non partie devant notre Cour, a contesté la validité d'un règlement adopté par le district de Mission (Mission).

Le juge Trainor a rendu, relativement aux quatre requêtes, une seule décision, que je décrirai davantage plus loin: (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 309, 40 M.P.L.R. 96. Bien qu'il ait subsidiairement examiné des arguments maintenant soulevés devant notre Cour, le juge Trainor a accueilli les requêtes au motif que l'art. 930 de la *Municipal Act* n'avait pas réussi à répondre de manière adéquate à l'arrêt *Kirkpatrick*. Il a affirmé (à la p. 314 B.C.L.R.):

[TRADUCTION] Le paragraphe 930(2) est un texte législatif correctif. La législature avait devant elle l'historique des problèmes entre les municipalités et les exploitants de gravières ainsi que l'arrêt *Kirkpatrick c. Maple Ridge*. Elle savait que l'al. 930(1)d autorisait seulement un droit fixe pour l'obtention d'un permis. Je n'ai aucun doute que l'objet de la disposition, ce qui était visé, était de conférer aux municipalités le pouvoir d'imposer des droits volumétriques ou variables. Le paragraphe ne le prévoit pas expressément. Il autorise plutôt l'imposition d'un droit pour l'enlèvement de terre et précise ensuite que des frais peuvent être exigés pour chaque unité volumétrique enlevée.

En d'autres termes, le juge Trainor a statué que l'art. 930 autorise à la fois l'imposition d'un droit de permis fixe et de frais volumétriques variables pour l'enlèvement de substances, mais qu'il n'autorise pas l'imposition d'un droit de permis volumétrique variable. J'examinerai cet aspect de la décision vers la fin de mes motifs.

Coquitlam, Maple Ridge et Mission ont interjeté appel de la décision du juge Trainor, mais Mission s'est plus tard désistée. Les municipalités ont aussi modifié leur règlement respectif pour établir des droits de permis fixes ainsi que des droits volumétriques distincts pour l'enlèvement de substances de façon à résoudre les problèmes de rédaction soulevés par le juge Trainor. Puisque la décision du juge Trainor doit maintenant être examinée par notre Cour, les règlements non modifiés examinés par le juge Trainor sont reproduits en partie plus loin. Toutefois, dans les commentaires, il se peut

interpretive question resulting from the decision of Trainor J., there is no reason to distinguish the amended and unamended versions.

Like Southin J.A. below, I infer that another response to the decision of Trainor J. came in the form of ss. 9 and 10 of the *Municipal Amendment Act (No. 2)*, 1989, S.B.C. 1989, c. 33. Pursuant to those sections, ss. 930(1)(d), (e) and 930(2) of the *Municipal Act* were repealed and a new provision, s. 930.1, was added. The general import of the new provision is that volumetric permit fees of the type quashed by Trainor J. are now specifically contemplated by the *Municipal Act*. Obviously, however, s. 930.1 does not resolve the question of whether such a fee is within the province's legislative competence, nor does it obviate the need to examine s. 930(2). In my view, nothing in the present appeal turns on the existence of s. 930.1.

As soon as they were in place, the by-laws enacted by the municipalities in response to the decision of Trainor J. were attacked. Allard brought a petition to quash Coquitlam's By-law No. 1914, 1988. That petition was dismissed by Paris J., for reasons described below: (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 386, 43 M.P.L.R. 201. Allard appealed that dismissal. William Kirkpatrick brought a petition against Maple Ridge's By-law No. 4109-1988 which was heard by Callaghan J. Since the prior decision of Paris J. was acknowledged by counsel to govern the facts, Callaghan J. dismissed the petition. That dismissal was also appealed.

In the result, the Court of Appeal below faced five appeals, each of which raised substantially the same issues. Three of these were appeals from the decision of Trainor J., which decision had struck down both Coquitlam By-law No. 1841, 1988 at the instance of Allard, and Maple Ridge By-law

que je me réfère aux versions modifiées des règlements en question, par souci de commodité. Sauf pour ce qui est de la question de l'interprétation restrictive découlant de la décision du juge Trainor, aucun motif ne permet d'établir une distinction entre le règlement modifié et sa version antérieure.

À l'instar du juge Southin de la Cour d'appel, je suis d'avis que la décision du juge Trainor a donné lieu à une autre réaction, soit l'adoption des art. 9 et 10 de la *Municipal Amendment Act (No. 2)*, 1989, S.B.C. 1989, ch. 33. Conformément à ces articles, les al. 930(1)(d) et e) et le par. 930(2) de la *Municipal Act* ont été abrogés et une nouvelle disposition, l'art. 930.1, a été ajoutée. Dans l'ensemble, cette nouvelle disposition a pour effet que la *Municipal Act* envisage expressément l'imposition de droits de permis volumétriques du type de ceux annulés par le juge Trainor. Toutefois, il est évident que l'art. 930.1 ne résout pas la question de savoir si l'imposition d'un droit de ce genre relève de la compétence législative de la province et n'écarte pas la nécessité d'examiner le par. 930(2). À mon avis, le présent pourvoi ne porte aucunement sur l'existence de l'art. 930.1.

Dès leur mise en œuvre, les règlements adoptés par les municipalités par suite de la décision du juge Trainor ont été contestés. Allard a déposé une requête sollicitant l'annulation du règlement n° 1914, 1988 de Coquitlam. Le juge Paris a rejeté cette requête pour les motifs décrits ci-après: (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 386, 43 M.P.L.R. 201. Allard a interjeté appel de cette décision. William Kirkpatrick a déposé une requête à l'encontre du règlement n° 4109-1988 de Maple Ridge, qui a été entendue par le juge Callaghan. Puisque les avocats ont reconnu que la décision antérieure du juge Paris régissait les faits, le juge Callaghan a rejeté la requête. Cette décision a également été portée en appel.

En définitive, la Cour d'appel devait trancher cinq appels, soulevant chacun substantiellement les mêmes questions. Trois de ces appels découlaient de la décision du juge Trainor, qui avait annulé à la fois le règlement n° 1841, 1988 de Coquitlam à la demande d'Allard et le règlement n° 3957-1988 de

No. 3957-1988 at the instance of Thornhill and William Kirkpatrick. The other two were appeals from the decisions of Paris and Callaghan JJ. which upheld the amended by-laws, Coquitlam By-law No. 1914, 1988 and Maple Ridge By-law No. 4109-1988. The British Columbia Court of Appeal held that these various by-laws were *intra vires* the respondent municipalities ((1991), 61 B.C.L.R. (2d) 299, 8 M.P.L.R. (2d) 313, 85 D.L.R. (4th) 729, 5 B.C.A.C. 241, 11 W.A.C. 241) and it is an appeal from that result which has proceeded to this Court.

II. Relevant Constitutional, Statutory, and By-law Provisions

A. *Constitutional Provisions*

*Constitution Act, 1867*, ss. 92 and 92A:

92. In each Province the Legislature may exclusively make Laws in relation to Matters coming within the Classes of Subjects next herein-after enumerated; that is to say, —

. . .

2. Direct Taxation within the Province in order to the raising of a Revenue for Provincial Purposes.

. . .

8. Municipal Institutions in the Province.

9. Shop, Saloon, Tavern, Auctioneer, and other Licences in order to the raising of a Revenue for Provincial, Local, or Municipal Purposes.

. . .

16. Generally all Matters of a merely local or private Nature in the Province.

92A. . . .

(4) In each province, the legislature may make laws in relation to the raising of money by any mode or system of taxation in respect of

(a) non-renewable natural resources and forestry resources in the province and the primary production therefrom . . .

. . .

Maple Ridge à la demande de Thornhill et de William Kirkpatrick. Les deux autres appels avaient été formés contre les décisions des juges Paris et Callaghan, qui avaient confirmé les règlements modifiés, soit le règlement n° 1914, 1988 de Coquitlam et le règlement n° 4109-1988 de Maple Ridge. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a statué que ces divers règlements étaient *intra vires* des municipalités intimées ((1991), 61 B.C.L.R. (2d) 299, 8 M.P.L.R. (2d) 313, 85 D.L.R. (4th) 729, 5 B.C.A.C. 241, 11 W.A.C. 241) et c'est cette décision qui fait l'objet du présent pourvoi.

II. Les textes constitutionnels, les textes législatifs et les règlements pertinents

A. *Les textes constitutionnels*

*Loi constitutionnelle de 1867*, art. 92 et 92A:

92. Dans chaque province, la législature pourra exclusivement légiférer relativement aux matières entrant dans les catégories de sujets ci-dessous énumérés, à savoir:

. . .

2. la taxation directe dans les limites de la province, en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux;

. . .

8. les institutions municipales dans la province;

9. les licences de boutiques, de cabarets, d'auberges, d'encanteurs et autres licences ou permis en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux, locaux ou municipaux;

. . .

16. généralement, toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province.

92A. . . .

(4) La législature de chaque province a compétence pour prélever des sommes d'argent par tout mode ou système de taxation:

(a) des ressources naturelles non renouvelables et des ressources forestières de la province, ainsi que de la production primaire qui en est tirée. . .

. . .

whether or not such production is exported in whole or in part from the province, but such laws may not authorize or provide for taxation that differentiates between production exported to another part of Canada and production not exported from the province.

(5) The expression "primary production" has the meaning assigned by the Sixth Schedule.

#### THE SIXTH SCHEDULE

1. For the purposes of section 92A of this Act,

(a) production from a non-renewable natural resource is primary production therefrom if

(i) it is in the form in which it exists upon its recovery or severance from its natural state . . .

#### B. Statutory Provisions

*Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 930, as amended by the *Municipal Amendment Act (No. 2)*, 1987, S.B.C. 1987, c. 38, s. 27:

**930.** (1) The council may by bylaw regulate or prohibit

- (a) the sale of wild flowers;
- (b) sales by auction in a public market;
- (c) boxing, wrestling, jujitsu and other professional athletic contests where an athletic commission has not been established;
- (d) the removal of soil, sand, gravel, rock or other substance of which land is composed from any land in the municipality, or in any area in the municipality, and require the holding of a permit for the purpose and fix a fee for the permit, and different regulations and prohibitions may be made for different areas;
- (e) the deposit of soil, sand, gravel, rock or other material on land in the municipality or in any area in the municipality, and require the holding of a permit for the purpose and fix a fee for the

Cette compétence peut s'exercer indépendamment du fait que la production en cause soit ou non, en totalité ou en partie, exportée hors de la province, mais les lois adoptées dans ces domaines ne peuvent autoriser ou prévoir une taxation qui établisse une distinction entre la production exportée à destination d'une autre partie du Canada et la production non exportée hors de la province.

(5) L'expression «production primaire» a le sens qui lui est donné dans la sixième annexe.

#### SIXIÈME ANNEXE

1. Pour l'application de l'article 92A:

a) on entend par production primaire tirée d'une ressource naturelle non renouvelable:

(i) soit le produit qui se présente sous la même forme que lors de son extraction du milieu naturel . . .

#### e B. Les textes législatifs

*Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 930, modifiée par la *Municipal Amendment Act (No. 2)*, 1987, S.B.C. 1987, ch. 38, art. 27:

[TRADUCTION]

**930.** (1) Le conseil peut, par règlement, régir ou interdire

- a) la vente de fleurs sauvages;
- b) les ventes à l'encan dans un marché public;
- c) la boxe, la lutte, le jiu-jitsu et toute autre compétition sportive professionnelle, lorsqu'une commission athlétique n'a pas été établie;
- d) l'enlèvement de terre, de sable, de gravier, de roche ou autre substance dont le terrain est composé dans tout endroit dans la municipalité, ou dans tout secteur de la municipalité, et exiger un permis à cette fin et fixer un droit pour le permis; différents règlements et interdictions peuvent être établis selon les secteurs;
- e) le dépôt de terre, de sable, de gravier, de roche ou autre substance dans tout endroit dans la municipalité, ou dans tout secteur de la municipalité, et exiger un permis à cette fin et fixer un

permit, and different regulations and prohibitions may be made for different areas. . . .

droit pour le permis; différents règlements et interdictions peuvent être établis selon les secteurs. . .

(2) The council may, by bylaw, impose a fee for the removal referred to in subsection (1) (d) or for the deposit referred to in subsection (1) (e) and the fee may impose a charge for each volumetric unit, as provided in the bylaw, of soil, sand, gravel, rock or other substance removed or deposited and the volumetric fee may be different for different areas of the municipality.

(2) Le conseil peut, par règlement, exiger un droit pour l'enlèvement visé à l'alinéa (1) d) ou le dépôt visé à l'alinéa 1 e) et ce droit peut comporter des frais, fixés par règlement, par unité volumétrique de terre, de sable, de gravier, de roche ou autre substance enlevée ou déposée; le droit volumétrique peut varier selon les secteurs de la municipalité.

### C. By-laws

### C. Les règlements

1. *Maple Ridge Soil Removal By-law No. 3957-1987*, ss. 3, 4, 8, 16 and Schedule D:

1. *Maple Ridge Soil Removal By-law No. 3957-1987*, art. 3, 4, 8, 16 et annexe D:

[TRADUCTION]

#### 3. GENERAL

Soil removal from any lands within the Municipality is prohibited except from a designated area.

#### 3. GÉNÉRALITÉS

Il est interdit d'enlever de la terre dans tout endroit de la municipalité, sauf dans un secteur désigné.

4. Soil removal from a designated area is prohibited until a permit for such soil removal is first had and obtained from the Engineer pursuant to the terms of this by-law.

4. Il est interdit à quiconque d'enlever de la terre dans un secteur désigné à moins d'avoir préalablement obtenu de l'ingénieur un permis, conformément aux conditions du présent règlement.

#### 8. EXEMPTIONS

Nothing in this by-law shall be construed so as to apply to:

#### 8. EXEMPTIONS

Le présent règlement ne s'applique pas à:

a) Soil removal for other than commercial purposes where the amount thereof does not exceed seventy-five (75) cubic meters from any one parcel of land within the Municipality.

a) l'enlèvement de terre dans une parcelle de terrain de la municipalité, à des fins autres que commerciales, si la quantité enlevée n'excède pas soixante-quinze (75) mètres cubes;

b) Any person lawfully engaged in the development or improvement of land within the Municipality or the construction of buildings on land within the Municipality where soil removal is necessary for such development, improvement or construction and where engineering drawings for such development or improvement have been approved by the Municipality or a building permit has been issued by the Municipality as the case may be.

b) quiconque participe légitimement à l'aménagement ou à l'amélioration de terrains situés dans la municipalité ou à la construction d'édifices sur des terrains dans la municipalité si cet enlèvement de terre est nécessaire à ces fins, si les devis nécessaires ont été approuvés par la municipalité ou encore si un permis de construction a été délivré par la municipalité, selon le cas;

c) Soil removal from any area within the Municipality by any florist, nurseryman or farmer for use by him on the same parcel of land from which the said soil was removed for the purpose of his bona fide business as a florist, nurseryman or farmer; provided

c) l'enlèvement de terre dans tout endroit dans la municipalité, effectué par un horticulteur, un pépiniériste ou un agriculteur, qui l'utilisera sur place dans le cadre de son commerce autorisé; cependant, l'enlèvement de terre ne peut donner lieu à une dénivellation



however no soil removal shall be below the established grade of the street which abuts the area from which the soil is removed, or the established roadway from which access is provided from the area.

par rapport au niveau de la rue contiguë au secteur dans lequel la terre est enlevée ou par rapport à la route d'accès à ce secteur;

d) Soil removal required for the installation and maintenance of utilities or the construction of roads or other public works within public rights-of-way or registered easements.

d) l'enlèvement de terre nécessaire à l'installation et à l'entretien de services publics ou à la construction de routes ou d'autres travaux publics sur un fonds grevé de droits de passage publics ou de servitudes enregistrées.

a  
b

16. FEES

16. DROITS

The fee for each permit shall be fixed in accordance with Schedule "D" to this by-law and any such fee shall be payable to the Municipality.

Le droit pour chaque permis est établi conformément à l'annexe «D» du règlement et est payable à la municipalité.

c  
d

SCHEDULE "D"

ANNEXE «D»

1. The permit fee shall be calculated on the basis of \$0.20 for each cubic meter of soil estimated by the applicant to be removed from the designated area during the term of the permit; but in any event, the applicant's estimate of the soil to be removed as aforesaid shall not be less than the volume of soil removed from the designated area during the previous year.

1. Le droit de permis est calculé au taux de 0,20 \$ par mètre cube de terre que le requérant prévoit enlever dans le secteur désigné au cours de la durée du permis; toutefois, l'estimation du requérant ne doit pas être inférieure au volume de terre enlevé dans le secteur désigné au cours de l'année précédente.

e  
f

2. District of Coquitlam Soil Removal Regulation Bylaw No. 1841, 1988, ss. 4, 5 and 11:

2. District of Coquitlam Soil Removal Regulation Bylaw No. 1841, 1988, art. 4, 5 et 11:

4. No person shall remove any Soil Substance from lands within the District of Coquitlam unless:

[TRADUCTION] 4. Il est interdit à quiconque d'enlever de la terre dans tout endroit du district de Coquitlam, sauf dans l'un ou l'autre des cas suivants:

g

a) the removal of Soil Substance is incidental to building construction or landscaping activities and the quantity of Soil Substance removed in any one year period is less than 300 cubic metres;

a) l'enlèvement de substances du sol se rattache à des activités de construction ou d'aménagement paysager, si la quantité annuelle de substances enlevées est inférieure à 300 mètres cubes;

h

b) a valid Conservation Permit or other valid permit is issued by the District of Coquitlam and this permit allows the removal of Soil Substance incidental to pre-load or other construction activities involving earthworks;

b) un permis de conservation valide ou tout autre permis valide a été délivré par le district de Coquitlam et ce permis autorise l'enlèvement de substances du sol se rapportant à des chargements préalables ou à d'autres activités de construction nécessitant du terrassement;

i

c) a valid Soil Substance Removal Permit has been issued by the District of Coquitlam authorizing the removal of the Soil Substance; or

c) un permis d'enlèvement de substances du sol valide a été délivré par le district de Coquitlam;

j

d) the Soil Substance removal is incidental to construction or other activities carried out by or on behalf of the District of Coquitlam.

5. No Soil Substance Removal Permit shall be issued unless:

a) the Lands are located within the area outlined in Schedule "C" of the Northwest Coquitlam Official Community Plan as depicted in Appendix I and made part of this Bylaw; or

b) the Lands are located within the area outlined in Schedule "D" of the Northwest Coquitlam Official Community Plan as depicted in Appendix II and made part of this Bylaw . . .

11. a) The fee payable to the District of Coquitlam for each Soil Substance Removal Permit shall be a combination of:

i) an examination fee of One Hundred Dollars (\$100.00) for each and every Soil Substance Removal Permit application; and

ii) the sum of Twenty-Six Cents (\$.26) for each and every cubic metre of Soil Substance removed from the Lands under each Soil Substance Removal Permit.

### III. Judgments Below

A. *British Columbia Supreme Court* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 309 (Trainor J.)

As already noted, the decision of Trainor J. quashed the challenged municipal by-laws upon the basis that the language in s. 930(2) of the *Municipal Act* did not authorize a variable volumetric permit fee for removal. Trainor J. came to this result based upon consideration of the rules of statutory interpretation in general, and the decision of this Court in *Kirkpatrick v. Maple Ridge, supra*, in particular. He dealt with other arguments only in the alternative.

#### 1. The Indirect Taxation Argument

With respect to the argument that the permit fees constituted a form of indirect taxation *ultra vires* British Columbia, Trainor J. began by describing the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Coquitlam v. LaFarge Concrete Ltd.*,

d) l'enlèvement de substances du sol se rapporte à des travaux de construction ou à d'autres activités exécutés par le district de Coquitlam ou en son nom.

5. Aucun permis d'enlèvement de substances du sol ne sera délivré, sauf dans l'un ou l'autre des cas suivants:

a) les terrains sont situés dans le secteur décrit à l'Annexe «C» du cadastre officiel de Northwest Coquitlam, visé à l'Annexe I et inclus dans le présent règlement;

b) les terrains sont situés dans le secteur décrit à l'Annexe «D» du cadastre officiel de Northwest Coquitlam, visé à l'Annexe II et inclus dans le présent règlement . . .

11. a) Le droit payable au district de Coquitlam relativement à tout permis d'enlèvement de substances du sol correspond à la somme des deux montants suivants:

(i) les frais d'examen de cent dollars (100 \$) relativement à chaque demande de permis d'enlèvement de substances du sol;

(ii) la somme de vingt-six cents (0,26 \$) par mètre cube de substances du sol enlevées dans les terrains en vertu de chaque permis d'enlèvement.

### III. Les juridictions inférieures

A. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1988), 31 B.C.L.R. (2d) 309 (le juge Trainor)

Comme je l'ai déjà fait remarquer, le juge Trainor a annulé les règlements municipaux contestés au motif que le libellé du par. 930(2) de la *Municipal Act* n'autorisait pas l'imposition d'un droit de permis volumétrique variable pour l'enlèvement de substances. Il est arrivé à cette décision en examinant les règles d'interprétation des lois en général et, tout particulièrement, l'arrêt de notre Cour *Kirkpatrick c. Maple Ridge*, précité. Il a examiné d'autres arguments, mais de façon subsidiaire seulement.

#### 1. L'argument fondé sur la taxation indirecte

En ce qui concerne l'argument selon lequel les droits de permis constituaient une forme de taxation indirecte *ultra vires* de la Colombie-Britannique, le juge Trainor a commencé par décrire l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique

*supra*. He then followed the decision of that court in *Kirkpatrick, supra*, stating that the incidence of a variable permit fee is indirect. He concluded that since the permit fees were linked to the costs of the regulatory scheme, they were truly ancillary to that scheme. On this point, he stated (at p. 318):

Here the evidence indicates an intention to raise sufficient revenue to cover the costs of the regulatory scheme and the building and maintenance of roads over which gravel trucks would pass. Although there is some evidence that considerably more moneys would be received from this volumetric levy than the amount actually required for those purposes, it is not for me to attempt to measure those amounts with exactitude. My role is to determine whether this is a genuine licensing scheme regulating trade or a mere cloak for raising money for other purposes. The possibility of a surplus would not invalidate a scheme unless it is a colourable device for raising revenue by indirect taxation. There is no need to demonstrate how the moneys were used.

Although Trainor J. nowhere clearly stated his conclusion on this point, he would obviously have upheld the volumetric permit fees as ancillary to a genuine licensing scheme supportable by s. 92(9) of the *Constitution Act, 1867*.

## 2. The Discrimination Argument

It was also argued before Trainor J. that the by-laws in question were discriminatory in the municipal law sense, since gravel operators were singled out from all users of municipal roads and required to pay the permit fees, and since this discriminatory treatment was not authorized by the *Municipal Act*. In response, Trainor J. indicated that the municipalities had been authorized by statute to regulate gravel deposit and removal, and he noted that the imposition of a permit fee is a recognized method of regulation. He then applied a test for discrimination derived from *Lees v. West Vancouver* (1979), 15 B.C.L.R. 233 (C.A.), drawing two relevant conclusions. First, he found that the by-laws did not discriminate in fact. Second, he

*Coquitlam c. LaFarge Concrete Ltd.*, précité. Il a ensuite suivi l'arrêt de cette cour *Kirkpatrick*, précité, précisant que l'imposition d'un droit de permis variable a une incidence indirecte. Il a conclu que les droits de permis, du fait qu'ils étaient liés aux coûts du régime de réglementation, étaient véritablement accessoires à ce régime. Sur ce point, il a dit (à la p. 318):

[TRADUCTION] En l'espèce, la preuve indique une intention de percevoir suffisamment de recettes pour couvrir les coûts du régime de réglementation ainsi que de la construction et de l'entretien des routes utilisées par les camions de transport de gravier. Bien que des éléments de preuve indiquent que ce droit volumétrique générerait beaucoup plus de fonds que le montant réellement nécessaire à ces fins, il ne m'appartient pas de tenter de calculer ces montants avec exactitude. Mon rôle consiste à déterminer s'il s'agit d'un véritable régime de délivrance de permis régissant un commerce ou d'un simple moyen dissimulé d'obtenir de l'argent à d'autres fins. La possibilité d'un excédent ne rendrait pas pour autant le régime non valide, sauf s'il s'agit d'un moyen détourné de percevoir des recettes par taxation indirecte. Il n'est pas nécessaire d'établir l'utilisation des fonds.

Bien que le juge Trainor ne précise pas clairement sa conclusion sur ce point, il aurait de toute évidence confirmé l'imposition d'un droit de permis volumétrique comme étant accessoire à un véritable régime de délivrance de permis valable en vertu du par. 92(9) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

## 2. L'argument fondé sur la discrimination

On a également soutenu devant le juge Trainor que les règlements en cause étaient discriminatoires au sens du droit municipal, parce que l'on distingue les exploitants de gravières de l'ensemble des usagers des routes municipales en exigeant d'eux qu'ils paient des droits de permis, et aussi parce que cette discrimination n'est pas autorisée par la *Municipal Act*. En réponse à cet argument, le juge Trainor a indiqué que les municipalités avaient été autorisées par la loi à réglementer le dépôt et l'enlèvement de gravier et que l'imposition d'un droit de permis est une méthode reconnue de réglementation. Il a ensuite appliqué un critère formulé dans l'arrêt *Lees c. West Vancouver* (1979), 15 B.C.L.R. 233 (C.A.), pour établir s'il y

denied that the municipalities had acted with an improper motive or without regard for the public interest.

Thus, although Trainor J. quashed the by-laws based upon his approach to the statutory interpretation issue, on the other issues before him, he would have found in favour of the municipalities.

B. *British Columbia Supreme Court* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 386 (Paris J.)

### 1. The Indirect Taxation Argument

The approach of Paris J. to the question of indirect taxation was more directly based upon the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Coquitlam v. LaFarge Concrete Ltd.* than was that of Trainor J. After reviewing the *LaFarge* case, and quoting from cases cited therein, Paris J. stated (at p. 392):

It seems to me that the effect of those various pronouncements is that even if the levy imposed by a by-law such as the present one can be said to have the quality of an indirect tax, it is nonetheless justified if it is ancillary or adhesive to the scheme licensing and regulating the activity, in this case, the removal of soil and gravel from municipal property.

Therefore, like Trainor J., Paris J. found support for the variable permit fee within s. 92(9) of the *Constitution Act, 1867*. Purporting to rely on the decision of this Court in *Kirkpatrick*, he held that “[a] levy which is a licensing fee may also have the quality of an indirect tax and still be valid by virtue of s. 92(9) so long as it is genuinely ancillary to a licensing or regulatory scheme” (p. 393).

Paris J. found further support for his conclusion on the indirect taxation issue from s. 92A(4) of the *Constitution Act, 1867*. With respect to this support, he noted simply that s. 92A(4) specifically

avait eu discrimination et il a tiré deux conclusions pertinentes. Premièrement, il a statué que les règlements n'étaient pas en réalité discriminatoires. Deuxièmement, selon lui, les municipalités n'ont pas agi sans motif valable ni sans tenir compte de l'intérêt public.

En conséquence, le juge Trainor a annulé les règlements en se fondant sur son analyse de la question de l'interprétation des lois mais, pour ce qui est des autres questions devant lui, il aurait accordé gain de cause aux municipalités.

B. *La Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 386 (le juge Paris)

### 1. L'argument fondé sur la taxation indirecte

L'analyse que fait le juge Paris de la question de la taxation indirecte se fonde plus directement sur l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *Coquitlam c. LaFarge Concrete Ltd.* que celle du juge Trainor. Après avoir examiné l'arrêt *LaFarge* et cité des arrêts auxquels il renvoie, le juge Paris affirme (à la p. 392):

[TRADUCTION] Il me semble que ces diverses décisions établissent que, même si les droits imposés par un règlement comme en l'espèce peuvent être qualifiés de taxe indirecte, ils peuvent néanmoins se justifier lorsqu'ils sont accessoires ou rattachés au régime de délivrance de permis et de réglementation de l'activité, soit, en l'espèce, l'enlèvement de terre et de gravier dans les terrains municipaux.

Par conséquent, à l'instar du juge Trainor, le juge Paris s'est fondé sur le par. 92(9) de la *Loi constitutionnelle de 1867* pour justifier l'imposition du droit de permis variable. Laissant entendre qu'il se fondait sur l'arrêt de notre Cour *Kirkpatrick*, il a affirmé: [TRADUCTION] «Un droit de permis peut aussi être qualifié de taxe indirecte et être quand même valide en vertu du par. 92(9) dans la mesure où il est véritablement accessoire à un régime de délivrance de permis ou de réglementation» (p. 393).

Le juge Paris s'est également fondé sur le par. 92A(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans sa conclusion concernant la taxation indirecte. À cet égard, il a simplement fait remarquer que le par.

grants indirect taxation powers relating to non-renewable natural resources, and pointed out that such resources would include gravel and soil. He concluded, finally, that the power granted by s. 92A(4) was delegable to municipalities.

## 2. The Discrimination Argument

Paris J. considered that the circumstances before him were “on all fours with the circumstances before Trainor J.” (p. 389). He agreed that the by-laws were authorized by s. 930 of the *Municipal Act*. Further, he found that there was no discrimination in the legal sense because the by-law before him applied equally to all members of the regulated group. Paris J. stated (at p. 389):

The fact that it would generate funds from gravel pit operators which will be partly or mostly used for highway repair and maintenance, but would not charge a levy to other highway users, does not make it discriminatory in the legal sense expounded in the jurisprudence dealing with the validity of municipal by-laws. That is because, as I have said, it applies equally and without discrimination to the members of the group upon which the municipality has been authorized by the enabling provincial legislation to impose a levy, namely, those who remove soil and gravel from municipal land.

Since the interpretive difficulties which faced Trainor J. had been resolved in the amended by-law, Paris J.’s analysis of the indirect taxation and discrimination arguments led him to dismiss the petition to quash that by-law.

C. *British Columbia Court of Appeal* (1991), 61 B.C.L.R. (2d) 299 (Macdonald, Southin, Taylor, Proudfoot and Hinds JJ.A.)

### 1. The Indirect Taxation Argument

The Court of Appeal below sat in a panel of five since the petitioners who appealed the decision of Paris J. wished that court to overrule its earlier decision in *Coquitlam v. LaFarge Concrete Ltd.*

92A(4) accorde expressément des pouvoirs de taxation indirecte relativement aux ressources naturelles non renouvelables et il a précisé que ces ressources comprenaient le gravier et la terre. Enfin, il a conclu que le pouvoir prévu au par. 92A(4) pouvait être délégué aux municipalités.

## 2. L’argument fondé sur la discrimination

Selon le juge Paris, les circonstances dont il devait tenir compte étaient [TRADUCTION] «parfaitement assimilables aux circonstances examinées par le juge Trainor» (p. 389). Il a reconnu que les règlements étaient autorisés par l’art. 930 de la *Municipal Act*. Il a aussi statué qu’il n’existait pas de discrimination au sens juridique parce que le règlement visé s’appliquait également à tous les membres du groupe réglementé. Il a affirmé (à la p. 389):

[TRADUCTION] Même s’il permet d’obtenir des exploitants de gravière des fonds qui seront en partie ou presque exclusivement consacrés à la réparation et à l’entretien des routes mais n’impose aucun droit aux autres usagers des routes, il n’est pas discriminatoire pour autant au sens juridique formulé dans la jurisprudence portant sur la validité de règlements municipaux. C’est parce qu’il s’applique, comme je l’ai déjà dit, également et sans distinction aux membres du groupe auquel la municipalité peut, en vertu de la loi provinciale habilitante, imposer un droit, savoir ceux qui procèdent à l’enlèvement de terre et de gravier dans les terrains municipaux.

Puisque le règlement modifié avait permis de résoudre les difficultés d’interprétation soulevées par le juge Trainor, le juge Paris, après avoir analysé les arguments fondés sur la taxation indirecte et sur la discrimination, a rejeté la requête en annulation du règlement.

C. *La Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (1991), 61 B.C.L.R. (2d) 299 (les juges Macdonald, Southin, Taylor, Proudfoot et Hinds)

### 1. L’argument fondé sur la taxation indirecte

La Cour d’appel a siégé à cinq juges puisque les requérants qui interjetaient appel de la décision du juge Paris voulaient que la cour renverse son arrêt antérieur *Coquitlam c. LaFarge Concrete Ltd.*

Writing for the court, however, Southin J.A. indicated (at p. 301) that it was unnecessary to consider *LaFarge* since the case had “been overtaken by a constitutional event”, namely, the introduction of s. 92A into the *Constitution Act, 1867*.

Southin J.A. proceeded to deal with the indirect taxation argument solely under s. 92A of the *Constitution Act, 1867*. In construing that provision, Southin J.A. rejected interpretive arguments said to be based upon differences between the French and English versions of s. 92A(4), at pp. 305-7; additional reasons (1991), 5 B.C.A.C. 241, at p. 252. In the result, s. 92A(4) was read to encompass a power of indirect taxation which is delegable to municipalities.

## 2. The Discrimination Argument

Using language from *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 S.C.R. 368 (at p. 405), Southin J.A. considered the relevant discrimination issue to be whether s. 930 authorized by-laws to be “partial and unequal in operation between different classes”. As already noted, Southin J.A. was of the opinion that s. 930 established a form of indirect taxation. For this reason, she turned her attention to whether s. 930 authorized municipalities “to impose this taxation on one class of removers; i.e., commercial extractors, and to exempt others” (p. 311). Southin J.A. then concluded that “[h]aving regard to the history of the legislation in question, I am of the opinion that the Legislature not only intended to authorize such imposition and exemption but also has used apt words for the purpose” (p. 311).

## 3. The Statutory Interpretation Argument

Southin J.A. spent little time determining whether the by-laws before Trainor J. were authorized by the unamended *Municipal Act*, such that they could validly impose a volumetric permit fee. She first suggested that it was clearly the intention

S’exprimant au nom de la cour, le juge Southin a cependant indiqué, à la p. 301, qu’il était inutile d’examiner l’arrêt *LaFarge* puisqu’il [TRADUCTION] «se trouvait dépassé par un événement constitutionnel», savoir l’ajout de l’art. 92A à la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Le juge Southin a ensuite procédé à l’examen de l’argument relatif à la taxation indirecte en se fondant seulement sur l’art. 92A de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans l’interprétation de cette disposition, elle a rejeté les arguments d’interprétation censés être fondés sur les différences entre les textes français et anglais du par. 92A(4), aux pp. 305 à 307; motifs supplémentaires (1991), 5 B.C.A.C. 241, à la p. 252. En définitive, elle a, dans son interprétation du par. 92A(4), affirmé qu’il englobait un pouvoir de taxation indirecte qui peut être délégué aux municipalités.

## 2. L’argument fondé sur la discrimination

Empruntant des termes de l’arrêt *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, [1985] 1 R.C.S. 368 (à la p. 405), le juge Southin a affirmé que la question pertinente en matière de discrimination est de savoir si l’art. 930 autorise des règlements «qui font acception de personne et s’appliquent de façon inégale à différentes classes». Comme je l’ai déjà signalé, le juge Southin était d’avis que l’art. 930 établissait une sorte de taxation indirecte. C’est pourquoi elle a examiné si l’art. 930 autorisait les municipalités [TRADUCTION] «à imposer cette taxe à une catégorie d’entrepreneurs, les exploitants commerciaux, et à en exempter d’autres» (p. 311). Elle a ensuite tiré la conclusion suivante: [TRADUCTION] «Compte tenu de l’historique du texte législatif en question, je suis d’avis que non seulement la législature visait à autoriser l’imposition et les exemptions, mais elle a utilisé les termes appropriés pour le faire» (p. 311).

## 3. L’argument fondé sur l’interprétation des lois

Le juge Southin ne s’est pas beaucoup attardée à vérifier si les règlements étudiés par le juge Trainor étaient autorisés par la version non modifiée de la *Municipal Act*, auquel cas ils pouvaient valablement imposer un droit de permis volumétrique.

of the Legislature to authorize a volumetric impost. She then simply asked whether the by-laws were authorized to impose such an impost by way of permit fee. On this latter point, she concluded as follows (at p. 310):

On this point of construction, with the greatest respect, I do not agree with the learned judge. In this context, to say that the charge can be imposed but it cannot be imposed as part of the permit fee but only as a separate charge is to make a distinction without a difference.

The Court of Appeal thus reversed Trainor J. on the point of statutory interpretation, rejected the discrimination argument, and upheld s. 930 of the *Municipal Act* and the municipal by-laws under the indirect taxation power of s. 92A(4) of the *Constitution Act, 1867*.

#### IV. Issues

On November 10, 1992, the Chief Justice stated the following constitutional question:

1. Is s. 930(2) of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290, beyond the legislative competence of the province to the extent that it authorizes variable fees?

In argument before this Court, the parties addressed four separate issues as follows:

1. Is s. 930(2) of the *Municipal Act*, to the extent that it authorizes variable fees, within the legislative competence of the Province of British Columbia pursuant to s. 92(9) of the *Constitution Act, 1867*?
2. Is s. 930(2) of the *Municipal Act*, to the extent that it authorizes variable fees, within the legislative competence of the province by virtue of s. 92A(4) of the *Constitution Act, 1867*?
3. If s. 930(2) of the *Municipal Act* is within the legislative competence of the province to the extent that it

Elle a tout d'abord dit que c'était clairement l'intention de la législature d'autoriser un impôt volumétrique. Elle s'est ensuite simplement demandé si les règlements pouvaient constituer un tel impôt au moyen d'un droit de permis. Relativement à ce dernier point, elle a tiré la conclusion suivante (à la p. 310):

[TRADUCTION] En ce qui concerne ce point d'interprétation, avec égards, je ne suis pas d'accord avec le juge de première instance. Dans ce contexte, c'est faire une distinction vide de sens que d'affirmer que les frais peuvent être imposés, mais qu'ils ne peuvent faire partie du droit de permis et doivent être imposés à titre de frais distincts seulement.

La Cour d'appel a infirmé la décision du juge Trainor sur ce point d'interprétation des lois, a rejeté l'argument fondé sur la discrimination et a confirmé l'art. 930 de la *Municipal Act* et les règlements municipaux en vertu du pouvoir de taxation indirecte prévu au par. 92A(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

#### IV. Les questions en litige

Le 10 novembre 1992, le Juge en chef a formulé la question constitutionnelle suivante:

1. Le paragraphe 930(2) de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 290, excède-t-il la compétence législative de la province dans la mesure où il autorise l'imposition de droits variables?

Dans les plaidoiries devant notre Cour, les parties ont soulevé quatre questions distinctes:

[TRADUCTION]

1. Le paragraphe 930(2) de la *Municipal Act*, dans la mesure où il autorise l'imposition de droits variables, relève-t-il de la compétence législative de la province de la Colombie-Britannique conformément au par. 92(9) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
2. Le paragraphe 930(2) de la *Municipal Act*, dans la mesure où il autorise l'imposition de droits variables, relève-t-il de la compétence législative de la province conformément au par. 92A(4) de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
3. Si le par. 930(2) de la *Municipal Act* relève de la compétence législative de la province dans la mesure

authorizes variable fees, are the by-laws nonetheless discriminatory and therefore illegal?

4. If s. 930(2) of the *Municipal Act* is within the legislative competence of the province to the extent that it authorizes variable fees, does it, on its true construction, authorize variable permit fees?

At the outset, I should state that because of the conclusion I have reached on the first issue relating to s. 92(9) of the *Constitution Act, 1867*, I will find it unnecessary to consider arguments relating to s. 92A(4), which deals with the taxation of natural resources by the provinces.

#### V. Analysis

- A. *Is s. 930(2) of the Municipal Act, to the extent that it authorizes variable fees, within the legislative competence of the Province of British Columbia pursuant to s. 92(9) of the Constitution Act, 1867?*

Later in these reasons, I will conclude that the variable fees at issue in this case are referable to an overall scheme of gravel and road regulation, and that s. 92(9), in conjunction with ss. 92(13) and (16), of the *Constitution Act, 1867* validates those fees to the extent that they comprehend an element of indirect taxation. This final conclusion depends upon several layers of analysis. It rests most directly upon an analysis of whether the *Municipal Act* and by-laws create a regulatory scheme to which the fees can be related. That regulatory analysis, in turn, presupposes that s. 92(9) can support indirect licence fees as part of a regulatory scheme, in so far as such fees might otherwise be called indirect taxes. Finally, an allegation of indirect taxation is only relevant, and an analysis of s. 92(9) is only necessary, to the extent that the variable fees at issue can be considered indirect in their general tendency. I therefore begin by examining the general tendency of the variable licence fees. I will later proceed to examine case law on s. 92(9), to analyze the *Municipal Act* and by-laws for evidence of a regulatory scheme which is related to

où il autorise l'imposition de droits variables, les règlements sont-ils néanmoins discriminatoires et, en conséquence, illégaux?

4. Si le par. 930(2) de la *Municipal Act* relève de la compétence législative de la province dans la mesure où il autorise l'imposition de droits variables, autorise-t-il, selon une interprétation juste, l'imposition de droits de permis variables?

Tout d'abord, vu ma conclusion à l'égard de la première question concernant le par. 92(9) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, j'estime inutile d'examiner les arguments fondés sur le par. 92A(4), qui traite de la taxation des ressources naturelles par les provinces.

#### V. Analyse

- A. *Le paragraphe 930(2) de la Municipal Act, dans la mesure où il autorise l'imposition de droits variables, relève-t-il de la compétence législative de la province de la Colombie-Britannique conformément au par. 92(9) de la Loi constitutionnelle de 1867?*

Plus loin, je conclus que les droits variables en cause font partie d'un régime global de réglementation du gravier et des routes et que le par. 92(9), de concert avec les par. 92(13) et (16), de la *Loi constitutionnelle de 1867* valide ces droits dans la mesure où ils incluent un élément de taxation indirecte. Cette conclusion finale est l'aboutissement d'une longue analyse. Elle repose plus directement sur la question de savoir si la *Municipal Act* et les règlements créent un régime de réglementation auquel les droits peuvent se rapporter. L'analyse de cette question présuppose à son tour que le par. 92(9) peut justifier l'imposition de droits de permis indirects dans le cadre d'un régime de réglementation, droits qui par ailleurs pourraient être qualifiés de taxes indirectes. Enfin, la question de la taxation indirecte n'est pertinente et l'analyse fondée sur le par. 92(9) n'est nécessaire que dans la mesure où les droits variables en cause peuvent être considérés comme indirects de par leur effet général. J'examinerai donc tout d'abord l'effet général des droits de permis variables. Je procéderai ensuite à l'examen de la jurisprudence portant



the variable fees, and to conclude in the manner indicated above.

### 1. The General Tendency of the Permit Fees

By virtue of s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, the provinces are given the power to raise revenue for provincial purposes only by means of direct taxation. The existence of this power means that in the typical case of a flat rate licence fee, very little division of powers analysis is required. This is true because it has been generally accepted, since the classic decision of *Bank of Toronto v. Lambe* (1887), 12 A.C. 575 (P.C.), that a flat fee constitutes a form of direct taxation.

It is when courts are presented with variable licence fees that the question of indirect taxation can arise. Whereas *Lambe, supra*, determined that the general tendency of a flat fee is direct, in the case of a variable fee, no automatic conclusion as to general tendency can be drawn. Each case must be examined to determine whether a variable fee calculated according to the number or value of a licensee's transactions is direct or indirect in its general tendency.

On the facts of this case, I have no doubt that the volumetric fees at issue are indirect in their general tendency. Each of the respondent municipalities has created a fee which varies according to the volume of gravel removed by the appellants. For instance, Coquitlam By-law No. 1914, 1988, s. 13(a) establishes a fee of 26 cents per cubic meter of soil removed. That such a variable fee, imposed in relation to a commodity such as gravel which is intended for trade in the market, is legally indirect in its general tendency can be quickly demonstrated.

Although the question of whether a levy is direct or indirect is a legal one, it has been the practice of courts to adopt as their own the classic formulation

sur le par. 92(9) et analyserai la *Municipal Act* et les règlements en cause pour déterminer s'ils créent un régime de réglementation se rapportant à l'imposition de droits variables; enfin, je conclurai de la façon mentionnée.

### 1. L'effet général des droits de permis

En vertu du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les provinces ont le pouvoir de percevoir des recettes pour des objets provinciaux par le moyen de la taxation directe seulement. L'existence de ce pouvoir signifie que, normalement, dans le cas d'un droit de permis fixe, l'analyse de la question du partage des compétences n'a pas besoin d'être très poussée, et ce, parce qu'il est généralement reconnu depuis l'arrêt classique *Bank of Toronto c. Lambe* (1887), 12 A.C. 575 (C.P.), qu'un droit fixe constitue une forme de taxation directe.

La question de la taxation indirecte se pose lorsque les tribunaux sont appelés à examiner l'imposition de droits de permis variables. Bien que l'arrêt *Lambe*, précité, ait établi que l'effet général des droits fixes est direct, il n'y a pas de conclusion aussi évidente quant à l'effet général d'un droit variable. Il faut examiner chaque cas pour déterminer si un droit variable calculé en fonction du nombre ou de la valeur des opérations du titulaire de permis a un effet général direct ou indirect.

D'après les faits de l'espèce, je n'ai aucun doute que les droits volumétriques en cause ont un effet général indirect. Chacune des municipalités intimées a créé un droit qui varie en fonction du volume de gravier enlevé par les appelantes. Par exemple, l'al. 13a) du règlement n° 1914, 1988 de Coquitlam établit un droit de 26 cents par mètre cube de terre enlevé. L'imposition de ce droit variable, relativement à un bien comme le gravier qui est destiné au commerce, a sur le plan juridique un effet général indirect comme on peut rapidement le démontrer.

Bien que ce soit une question juridique de déterminer si une taxe est directe ou indirecte, les tribunaux ont eu comme pratique de faire leur la formu-

of John Stuart Mill. As quoted in *Lambe, supra*, at p. 582, this formulation is the following:

Taxes are either direct or indirect. A direct tax is one which is demanded from the very persons who it is intended or desired should pay it. Indirect taxes are those which are demanded from one person in the expectation and intention that he shall indemnify himself at the expense of another . . . .

In some cases, such as where a tax is clearly levied only against an ultimate consumer, this definition is sufficient and complete: see, e.g., *Air Canada v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1161, at p. 1186. In other cases, however, the one who must pay the tax may be in a position to either pass the tax along directly or recoup an equivalent sum less directly. In these latter circumstances, Mill's definition requires elaboration.

The required elaboration can be noticed as early as *Lambe, supra*, itself. In holding that a business tax on banks was properly characterized as direct, the Privy Council distinguished the tax from "a tax on any commodity which the bank deals in and can sell at an enhanced price to its customers" (p. 583). This is a sentiment expanded upon in *Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co.*, [1927] A.C. 934. In that case, the Privy Council faced a provincial statute which levied upon a purchaser a tax equal to one-half cent per gallon of fuel-oil purchased. The tax was to apply to the initial sale of fuel-oil following its manufacture or importation into the province, but the Council struck it down as indirect. Viscount Haldane stated (at p. 938): "Fuel-oil is a marketable commodity, and those who purchase it, even for their own use, acquire the right to take it into the market. It therefore comes within the general principle which determines that the tax is an indirect one."

Both *Lambe, supra*, and *Attorney-General for British Columbia, supra*, therefore appear to recognize that a tax measured with reference to a mar-

lation classique de John Stuart Mill, citée dans l'arrêt *Lambe*, précité (à la p. 582):

[TRADUCTION] Les taxes sont directes ou indirectes. La taxe directe est celle qu'on exige de la personne même qui doit l'assumer. Les taxes indirectes sont celles qu'on exige d'une personne dans l'intention que celle-ci se fasse indemniser par une autre . . . .

Dans certains cas, par exemple lorsque la taxe est de toute évidence imposée seulement au consommateur réel, cette définition est suffisante et complète: voir l'arrêt *Air Canada c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1161, à la p. 1186. Dans d'autres, toutefois, la personne qui doit payer la taxe peut être en position de la reporter directement sur autrui ou de recouvrer un montant équivalent d'une façon moins directe. Dans ces dernières circonstances, il faut préciser davantage la définition de Mill.

On remarque que même l'arrêt *Lambe*, précité, avait apporté les précisions nécessaires. En statuant qu'une taxe commerciale imposée aux banques était à bon droit qualifiée de taxe directe, le Conseil privé a établi une distinction entre cette taxe et [TRADUCTION] «une taxe sur un bien dont la banque ferait commerce et qu'elle pourrait vendre à un prix plus élevé à ses clients» (p. 583). Cette pensée a davantage été précisée dans l'arrêt *Attorney-General for British Columbia c. Canadian Pacific Railway Co.*, [1927] A.C. 934. Dans cette affaire, le Conseil privé devait examiner une loi provinciale qui imposait à un acheteur une taxe égale à un demi-cent par gallon de mazout acheté. Cette taxe devait être imposée sur le mazout vendu pour la première fois après sa production ou son importation dans la province, mais le Conseil privé l'a annulée parce qu'il s'agissait d'une taxe indirecte. Le vicomte Haldane a affirmé (à la p. 938): [TRADUCTION] «Le mazout est un bien négociable et ceux qui l'achètent, même pour leur utilisation personnelle, acquièrent le droit de le mettre sur le marché. En conséquence, selon le principe général, il s'agit d'une taxe indirecte.»

Par conséquent, les arrêts *Lambe* et *Attorney-General for British Columbia*, précités, paraissent reconnaître qu'une taxe imposée sur un bien négo-

ketable commodity is usually indirect in its general tendency. It remained for Rand J. in *Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 S.C.R. 231 (“*Saskatchewan*”), to explain clearly why this might be so. In commenting upon *Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87 (P.C.), Rand J. stated (at pp. 251-52):

Lord Greene in the same case speaks of the “fundamental difference” between the “economic tendency” of an owner to try to shift the incidence of a tax and the “passing on” of the tax regarded as the hallmark of an indirect tax. In relation to commodities in commerce, I take this to lie in the agreed conceptions of economists of charges which fall into the category of accumulating items: and the question is, what taxes, through intention and expectation, are to be included in those items? If the tax is related or relateable, directly or indirectly, to a unit of the commodity or its price, imposed when the commodity is in course of being manufactured or marketed, then the tax tends to cling as a burden to the unit or the transaction presented to the market.

Although other approaches have been suggested (see the discussion in G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2nd ed. 1981), at pp. 88-92), I am of the opinion that an appropriate test for indirect taxation exists within the above quotation from Rand J., namely: is the tax related or relateable, directly or indirectly, to a unit of the commodity or its price, imposed when the commodity is in the course of being manufactured or marketed?

Notably, however, Maple Ridge argued before this Court to the effect that the volumetric fee could not be related to a unit of the gravel commodity nor to its price. It was suggested that gravel could be removed from the ground by the appellants — i.e., excavated — and yet not be of a saleable quality. Maple Ridge argued that the volumetric fee would thus apply to such removal notwithstanding that the low grade gravel might not enter into trade as a commercial commodity. I reject this argument for two reasons.

ciable a habituellement un effet général indirect. Il restait au juge Rand dans l’arrêt *Canadian Pacific Railway Co. c. Attorney General for Saskatchewan*, [1952] 2 R.C.S. 231 («*Saskatchewan*»), à expliquer clairement pourquoi cela pourrait être le cas. En faisant ses commentaires relativement à l’arrêt *Attorney-General for British Columbia c. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.*, [1950] A.C. 87 (C.P.), il a affirmé (aux pp. 251 et 252):

[TRADUCTION] Dans le même arrêt, lord Greene parle de la «différence fondamentale» entre la «tendance économique» d’un propriétaire qui tente de déplacer l’incidence d’une taxe et le «report sur autrui» de la taxe considéré comme la caractéristique principale d’une taxe indirecte. En ce qui concerne les biens dans le commerce, je considère qu’ils se rattachent aux conceptions reconnues par les économistes des droits qui se classent dans la catégorie des biens accumulés; la question est alors la suivante: quelles sont les taxes qui, par intention, doivent être incluses dans ces biens? Si la taxe se rapporte ou est susceptible de se rapporter, directement ou indirectement, à une unité de bien ou à son prix, et est imposée à l’étape de la fabrication ou de la vente, cette taxe tend alors à s’attacher comme un fardeau à l’unité en question ou à l’opération destinée au marché.

Bien que d’autres méthodes aient été proposées (voir l’analyse dans G. V. La Forest, *The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution* (2<sup>e</sup> éd. 1981), aux pp. 88 à 92), je suis d’avis que le juge Rand formule un bon critère qui permet d’établir si une taxe est indirecte: la taxe se rapporte-t-elle ou est-elle susceptible de se rapporter, directement ou indirectement, à une unité du bien ou à son prix, et est-elle imposée à l’étape de la fabrication ou de la vente?

Cependant, Maple Ridge a particulièrement soutenu devant notre Cour que le droit volumétrique ne pouvait se rapporter à une unité du gravier ni à son prix. On a affirmé que du gravier pouvait être enlevé du sol par les appelantes — c’est-à-dire par excavation — et, pourtant, ne pas être de qualité marchande. Maple Ridge a soutenu que le droit volumétrique s’appliquerait alors à ce genre d’enlèvement de substances, même si le gravier de qualité inférieure risquait de ne pas être vendu comme bien commercial. Je rejette cet argument pour deux motifs.

First, Maple Ridge placed emphasis upon the case of *Colpitts Ranches v. Attorney-General of Alberta*, [1954] 3 D.L.R. 121 (Alta. S.C.). In that case, a municipal tax was levied upon the plaintiff's fur farming business. The plaintiff raised foxes, and the amount of the tax was calculated with reference to the number of foxes the plaintiff owned. Although the court examined several of the cases which I have mentioned here, including *Saskatchewan*, *supra*, it held that the tax was not indirect. Cairns J. noted that not every fox would be sold nor otherwise become an article of commerce, and stated that "[t]he tax in question . . . is not specifically passed on to the purchaser" (p. 123). The tax was characterized as a cost of the plaintiff's production which could only be passed along like other production expenses.

I do not regard the *Colpitts* case as persuasive authority for Maple Ridge's position. Indeed, counsel for Maple Ridge conceded that *Colpitts* is rather extreme in its position. I cannot help but observe that the court in *Colpitts* seems to suggest that an indirect tax involves a perfect correlation between a tax and the increased cost of a commercial item. I do not believe that the helpful approach of the *Saskatchewan* case is rendered sterile simply because certain units of a taxed commodity do not reach the market. While the tax imposed with reference to such units may indeed be absorbed into general "production costs", that does not prevent the tax from clinging as a burden to the vast majority of units which end up entering the market. To the extent that *Colpitts* denies this proposition, I would overrule it.

A second reason for rejecting Maple Ridge's argument is fact-based. Counsel for Maple Ridge outlined the procedure for measuring gravel removal in the by-laws. According to that procedure, the volume of gravel removed from a designated area is calculated through the comparison of before and after aerial photographs. Therefore, in

Premièrement, Maple Ridge a invoqué l'arrêt *Colpitts Ranches c. Attorney-General of Alberta*, [1954] 3 D.L.R. 121 (C.S. Alb.). Dans cette affaire, il s'agissait d'une taxe municipale qui avait été imposée à l'entreprise d'élevage d'animaux à fourrure du demandeur. Celui-ci faisait l'élevage des renards, et le montant de la taxe était calculé par rapport au nombre de renards appartenant au demandeur. Bien que la cour ait examiné plusieurs des arrêts que j'ai mentionnés, y compris l'arrêt *Saskatchewan*, précité, elle a soutenu qu'il ne s'agissait pas d'une taxe indirecte. Le juge Cairns a fait remarquer que tous les renards n'allaient pas être vendus ou devenir un article de commerce; il a affirmé: [TRADUCTION] «La taxe en question [. . .] n'est pas spécifiquement reportée sur l'acheteur» (p. 123). Cette taxe a été qualifiée de coût de production du demandeur, qui pouvait seulement être reporté sur l'acheteur comme d'autres dépenses de production.

Je ne considère pas que l'arrêt *Colpitts* appuie d'une façon convaincante la position de Maple Ridge. En fait, l'avocat de Maple Ridge a reconnu que l'arrêt *Colpitts* présente une position plutôt extrême. Je ne peux m'empêcher de souligner que, dans l'arrêt *Colpitts*, le tribunal semble laisser entendre qu'une taxe indirecte nécessite une corrélation parfaite entre une taxe et le coût majoré d'un article commercial. Je ne crois pas que l'analyse utile formulée dans l'arrêt *Saskatchewan* perde toute son importance simplement parce que certaines unités d'un bien taxé ne sont pas mises sur le marché. Bien que la taxe imposée sur ces unités puisse en fait être absorbée dans les «coûts de production» généraux, cela n'empêche pas cette taxe de s'attacher comme un fardeau à la vaste majorité des unités qui aboutissent sur le marché. Dans la mesure où l'arrêt *Colpitts* va à l'encontre de cette proposition, je suis d'avis de le rejeter.

Le second motif justifiant le rejet de l'argument de Maple Ridge se fonde sur les faits. L'avocat de Maple Ridge a expliqué la façon de mesurer le gravier enlevé, prévue dans les règlements. Ce calcul est fait à l'aide de photographies aériennes prises avant et après l'enlèvement de gravier dans un secteur désigné. Par conséquent, en soutenant qu'il

arguing that some gravel may be excavated but not sold, Maple Ridge is drawing too fine a distinction. While gravel may indeed be excavated but not sold, such gravel will not be “removed from the designated area” (Maple Ridge By-law No. 4109-1988, Schedule “D”, s. 1). I did not understand counsel for Maple Ridge to say that gravel unsuitable for sale would actually be trucked away from the gravel pits. Since such gravel would never leave the area targeted by the aerial photography, it would never become the subject of the volumetric fee. Upon this basis, the argument based upon *Colpitts*, such as it is, is without factual foundation.

For these reasons, I believe that it is the clear intention and expectation of s. 930(2) of the *Municipal Act* and the related by-laws that the volumetric fees are to be indirect in their general tendency. Since the fees are measured with reference to the volume of a commercial commodity headed for the marketplace, they obviously cling “as a burden to the unit or the transaction presented to the market” within the meaning of *Saskatchewan, supra*, at p. 252.

## 2. Section 92(9) and Indirect Taxation Arguments

The finding that the variable fees are indirect in their general tendency leads inevitably to the argument that such fees are *ultra vires* the province as being in relation to indirect taxation. I proceed, therefore, to consider those cases which have examined s. 92(9) and its capacity to embrace the concept of indirect taxation. I note that since I am attempting to determine the scope of s. 92(9) rather than to define “taxation” as such, I will find it unnecessary to consider either *Reference re Agricultural Products Marketing Act*, [1978] 2 S.C.R. 1198, or *Reference re Exported Natural Gas Tax*, [1982] 1 S.C.R. 1004, both cited by the appellants, since neither case deals with s. 92(9) of the *Constitution Act, 1867*.

peut y avoir extraction de gravier qui ne sera pas nécessairement vendu, Maple Ridge fait une distinction trop ténue. Bien qu’une partie du gravier puisse en fait être extraite mais non vendue, ce gravier ne sera pas [TRADUCTION] «enlevé du secteur désigné» (règlement n° 4109-1988 de Maple Ridge, annexe «D», art. 1). Je ne crois pas que l’avocat de Maple Ridge ait dit que le gravier impropre à la vente serait transporté ailleurs. Puisque ce gravier ne serait pas enlevé de l’endroit visé par la photographie aérienne, il ne serait pas assujéti au droit volumétrique. À partir de ce raisonnement, l’argument fondé sur l’arrêt *Colpitts*, tel qu’il est formulé, n’est aucunement fondé du point de vue factuel.

Pour les motifs qui précèdent, j’estime que le par. 930(2) de la *Municipal Act* et ses règlements d’application ont clairement été conçus pour imposer des droits volumétriques qui auront un effet général indirect. Puisque les droits sont établis par rapport au volume d’un bien commercial destiné au marché, ils se trouvent de toute évidence à s’attacher [TRADUCTION] «comme un fardeau à l’unité en question ou à l’opération destinée au marché», au sens de l’arrêt *Saskatchewan*, précité, à la p. 252.

## 2. Le paragraphe 92(9) et les arguments fondés sur la taxation indirecte

La conclusion que les droits variables ont un effet général indirect entraîne inévitablement l’argument que ces droits sont *ultra vires* de la province, parce qu’ils constituent une taxe indirecte. En conséquence, j’examinerai maintenant les arrêts qui ont porté sur l’examen du par. 92(9) et de sa capacité d’englober le concept de la taxation indirecte. Puisque je tente de déterminer la portée du par. 92(9) et non de définir la «taxation» comme telle, j’estime inutile d’examiner le *Renvoi relatif à la Loi sur l’organisation du marché des produits agricoles*, [1978] 2 R.C.S. 1198, ou le *Renvoi relatif à la taxe sur le gaz naturel exporté*, [1982] 1 R.C.S. 1004, tous deux cités par les appelantes, puisque ni l’un ni l’autre ne portent sur le par. 92(9) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Prior to 1930, no case had addressed the question of whether s. 92(9) contemplated a taxation power which might extend beyond the direct taxation power of s. 92(2). In that year, however, this Court decided *Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] S.C.R. 357. Although that case principally held that a provincial marketing scheme was unconstitutional since it regulated trade and commerce, Duff J. first considered the scope of s. 92(9) in relation to s. 92(2), and stated (at pp. 363-64):

*Prima facie*, it would appear, from inspection of the language of the two several heads, that the taxes contemplated by no. 9 are not confined to taxes of the same character as those authorized by no. 2, and that accordingly imposts which would properly be classed under the general description "indirect taxation" are not for that reason alone excluded from those which may be exacted under head 9.

Upon this basis, Duff J. considered (at p. 364) that certain provincial licensing levies were merely ancillary in nature, having as their object the "creation of a fund to defray the expenses" of the regulatory scheme. In the result, of course, the licences were nonetheless ancillary to an unconstitutional scheme, and they fell on that basis.

While *Lawson, supra*, gave a reading to s. 92(9) which opened up the possibility for indirect taxation within that section, it did so in the context of language suggesting that the possibility would be limited to the recoument of regulatory expenses. In the next case to consider the matter, somewhat more expansive language was used. In *Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708, the Privy Council was presented with a provincial marketing scheme confined to intraprovincial trade. Under that scheme, marketing boards could be invested with the power to fund expenses through licence fees obtained from persons involved in the producing, packing, transporting, storing, or marketing of the regulated natural products. Such boards could collect the fees yearly, half-yearly, quarterly, or monthly, could

Avant 1930, on n'avait jamais examiné dans un arrêt si le par. 92(9) incluait un pouvoir de taxation susceptible de s'étendre au-delà du pouvoir de taxation directe prévu au par. 92(2). Cette année-là, notre Cour a toutefois rendu l'arrêt *Lawson c. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction*, [1931] R.C.S. 357. Bien que notre Cour ait principalement statué qu'un régime provincial de commercialisation était inconstitutionnel puisqu'il réglementait les échanges et le commerce, le juge Duff a tout d'abord examiné la portée du par. 92(9) par rapport au par. 92(2) et affirmé (aux pp. 363 et 364):

[TRADUCTION] À première vue, il semble ressortir de l'examen du libellé de ces deux domaines distincts de compétence que les taxes envisagées par le par. 9 ne sont pas limitées aux taxes de même nature que celles autorisées par le par. 2, et que, par conséquent, des taxes qui seraient généralement décrites comme des «taxes indirectes» ne sont pas pour ce seul motif exclues de celles qui peuvent être exigées en vertu du par. 9.

À partir de ce raisonnement, le juge Duff a conclu, à la p. 364, que certains droits de permis provinciaux n'étaient qu'accessoires puisqu'ils avaient comme objet la [TRADUCTION] «création d'un fonds pour couvrir les frais» du régime de réglementation. En définitive, il va sans dire que les permis étaient néanmoins accessoires à un régime inconstitutionnel, et ils ont été jugés invalides pour ce motif.

Bien que l'arrêt *Lawson*, précité, ait donné au par. 92(9) une interprétation susceptible d'inclure la taxation indirecte, il l'a fait en donnant à entendre que cette possibilité serait limitée au recouvrement des dépenses de nature réglementaire. Dans l'arrêt suivant sur la question, on a utilisé des termes un peu plus généraux. Dans *Shannon c. Lower Mainland Dairy Products Board*, [1938] A.C. 708, le Conseil privé devait examiner un régime provincial de commercialisation intraprovinciale. En vertu de ce régime, les offices de commercialisation pouvaient être habilités à financer des dépenses au moyen de droits de permis obtenus de personnes œuvrant dans les secteurs de la production, du conditionnement, du transport, de l'entreposage ou de la commercialisation des produits naturels réglementés. Ces offices pouvaient

classify the licensees into groups, and could fix fees of different amounts for the different groups.

The Privy Council suggested that there were difficulties in classifying these licence fees as direct taxation, but found it unnecessary to consider the point. Sufficient legislative authority was located in other heads of provincial power, although no attempt was made to clarify the relationship between the heads discussed. The Council merely named s. 92(9), the licensing power, s. 92(13), "Property and Civil Rights in the Province", and s. 92(16), "Matters of a merely local or private Nature in the Province". Lord Atkin then discussed these grounds of support in the following terms (at p. 721):

If regulation of trade within the Province has to be held valid, the ordinary method of regulating trade, i.e., by a system of licences, must also be admissible. A licence itself merely involves a permission to trade subject to compliance with specified conditions. A licence fee, though usual, does not appear to be essential. But, if licences are granted, it appears to be no objection that fees should be charged in order either to defray the costs of administering the local regulation or to increase the general funds of the Province, or for both purposes. The object would appear to be in such a case to raise a revenue for either local or Provincial purposes.

The breadth of this language might be taken to suggest that indirect taxation had been introduced into s. 92(9) without qualification, a result which would rob s. 92(2) of any independent meaning. However, it is important to underscore "that what was involved here was a regulatory scheme by way of licences otherwise within provincial competence, and that the licence fees were levied for the purpose of supporting the scheme": G. V. La Forest, *supra*, at p. 158.

The apparent breadth of the *Shannon* case is also narrowed when it is viewed in the light of *Reference re Farm Products Marketing Act*, [1957]

percevoir les droits annuellement, semi-annuellement, trimestriellement ou mensuellement, classer par groupe les titulaires de permis et fixer des droits différents pour ces divers groupes.

*a*

Le Conseil privé a laissé entendre qu'il était difficile de classer ces droits de permis comme une taxe directe, mais a jugé inutile d'examiner cette question. D'autres domaines de compétence provinciale offraient un fondement législatif suffisant, mais le Conseil privé n'a pas tenté de clarifier le lien entre les domaines de compétence examinés. Il a simplement mentionné le par. 92(9), le pouvoir de délivrance de permis, le par. 92(13), «la propriété et les droits civils dans la province», et le par. 92(16), «toutes les matières d'une nature purement locale ou privée dans la province». Lord Atkin a ensuite examiné ces motifs servant à défendre le régime en question (à la p. 721):

[TRADUCTION] Si la réglementation du commerce dans la province est tenu pour valide, il faut également accueillir le procédé courant de réglementation du commerce, c'est-à-dire un système de permis. En soi, un permis comporte seulement une permission de faire du commerce en observant des conditions précises. Un droit de permis, quoique habituel, ne paraît pas essentiel. Mais, si l'on accorde des permis, il semble n'y avoir aucune objection à ce que l'on perçoive des droits, soit pour couvrir les frais d'application de la réglementation locale, soit pour augmenter les recettes générales de la province, soit pour atteindre ces deux fins. Dans pareil cas, l'objet semblerait être de percevoir des recettes à des fins locales ou provinciales.

*g*

La portée de ces propos pourrait laisser entendre que l'on a introduit dans le par. 92(9), sans restriction, un mode de taxation indirecte, ce qui priverait le par. 92(2) de tout sens propre. Toutefois, il importe de faire ressortir [TRADUCTION] «que ce qui était en cause dans cet arrêt était un régime de réglementation par l'octroi de permis, lequel relevait par ailleurs de la compétence provinciale, et que les droits de permis étaient imposés pour financer le régime»: G. V. La Forest, *op. cit.*, à la p. 158.

La portée apparente de l'arrêt *Shannon* est également restreinte lorsqu'on l'examine par rapport au *Reference re Farm Products Marketing Act*,

S.C.R. 198. At issue in the latter case was the validity of another provincial marketing scheme, one aspect of which required peach and vegetable growers to pay licence fees, which fees were calculated with reference to the weight of regulated produce delivered to processors. Notwithstanding the potential for indirect taxation, the fees were upheld as *intra vires* the province.

It is interesting to note the approaches taken by various members of the Court in *Reference re Farm Products*. Kerwin C.J. was content simply to cite the *Shannon* case, *supra*, as authority for the licence fees. Cartwright J. was of the opinion that the specific terms of the marketing scheme were not properly before the Court, and for this reason, he was unable to reach a conclusion with respect to the licence fees. He noted, however, that had he been able to consider the terms of the scheme, he would have agreed with Rand J. Rand J. held that a licensing scheme would not be disqualified merely because it included an element of indirect taxation, and cited *Lawson*, *supra*, to state that fees levied incidental to the regulation of trade by means of licences would be considered without reference to the direct taxation power of s. 92(2). His judgment makes apparent that he considered ss. 92(9), (13), and (16) to collectively establish a power to regulate through licences which “embraces incidental powers necessary to its effective exercise; and the exaction of fees to meet the expenses of such an administration as that of the schemes, regardless of their incidence, is within that necessity” (p. 219, emphasis added). For Fauteux J. (Taschereau and Abbott JJ. concurring), although the fees were principally justifiable as charges for services, the licensing power of the provinces “derived from heads 9, 13 and 16 of s. 92” could be used to “raise money to defray the costs of operation” of a valid regulatory scheme (at pp. 249-50, emphasis added). Finally, for Locke J. (Nolan J. concurring), s. 92(9) could authorize the imposition of a licence, the cost of which would vary with the quantity of regulated substance sold, notwithstanding that the effect of the licence would be to increase the sale price of regulated produce. Locke J. cited *Shannon*, *supra*, to suggest that a licence

[1957] R.C.S. 198. Dans ce renvoi, on contestait la validité d'un autre régime provincial de commercialisation qui exigeait, notamment, des producteurs de pêches et de légumes de payer des droits de permis, calculés par rapport au poids des produits livrés aux entreprises de transformation. Même s'ils pouvaient constituer une taxe indirecte, ces droits ont été confirmés et jugés *intra vires* de la province.

Il est intéressant de noter les différentes analyses adoptées par les membres de notre Cour dans le *Reference re Farm Products*. Le juge en chef Kerwin s'est contenté de citer l'arrêt *Shannon*, précité, pour justifier les droits de permis. Le juge Cartwright était d'avis que la Cour n'avait pas été à bon droit saisie de la question des modalités du régime de commercialisation et, pour ce motif, il n'a pu arriver à une conclusion relativement aux droits de permis. Toutefois, il a fait remarquer que, s'il avait pu examiner les modalités du régime, il aurait souscrit à l'opinion du juge Rand. Celui-ci a statué qu'un régime de permis ne serait pas invalidé simplement parce qu'il comprend un élément de taxation indirecte et il a cité l'arrêt *Lawson*, précité, pour préciser que des droits accessoires à la réglementation du commerce par voie de permis seraient examinés sans tenir compte du pouvoir de taxation directe prévue au par. 92(2). Son opinion fait ressortir que, à son avis, les par. 92(9), (13) et (16) créent collectivement un pouvoir de réglementation au moyen de permis, lequel [TRADUCTION] «englobe des pouvoirs accessoires nécessaires à son plein exercice; l'imposition de droits pour couvrir les dépenses d'administration de ces régimes, quelle que soit leur incidence, fait partie de cette nécessité» (p. 219, je souligne). Pour le juge Fauteux (avec l'appui des juges Taschereau et Abbott), si les droits étaient principalement justifiables à titre de frais de services, le pouvoir provincial de délivrance de permis [TRADUCTION] «tiré des par. 92(9), (13) et (16)» pouvait servir [TRADUCTION] «à obtenir des fonds pour payer les frais de fonctionnement» d'un régime de réglementation valide (aux pp. 249 et 250, je souligne). Enfin, pour le juge Locke (avec l'appui du juge Nolan), le par. 92(9) pouvait autoriser l'imposition d'un permis dont le coût varierait en fonction de la quantité



would not be objectionable simply because it both regulates trade and provides revenue. Notably, however, Locke J. operated upon the stated assumption that the licence fees in question were to be used to defray expenses.

In the above cases, decided either by this Court or the Privy Council, one can discern a consistent treatment of the scope of s. 92(9) of the *Constitution Act, 1867*. Although somewhat broad language was used by Lord Atkin in *Shannon, supra*, it appears generally true that s. 92(9), in combination with ss. 92(13) and (16), comprehends a power of regulation through licences. It is a power which is not confined to the requirement of direct taxation in s. 92(2). However, in so far as it comprehends indirect taxation, these cases — either explicitly or upon their facts — have limited the power of indirect taxation such that it can only be used to defray the costs of regulation.

Since the time of *Reference re Farm Products, supra*, several lower courts have also considered the question of indirect taxation and s. 92(9). Particularly worthy of mention is the decision of the British Columbia Court of Appeal in *Coquitlam v. LaFarge Concrete Ltd., supra*, a case already mentioned in my description of the background to this case. *LaFarge* involved facts substantially similar to those which now confront this Court, and, in particular, a municipal by-law which set out a volumetric fee for soil removal. The petitioner *LaFarge* had challenged the by-law upon the basis that it constituted indirect taxation and was therefore *ultra vires* the municipality and the province.

For Taggart J.A. in *LaFarge*, the by-law was valid since its real purpose was to “cover the cost incurred and to be incurred by the appellant

de la substance réglementée vendue, même si le permis avait pour effet d'accroître le prix de vente du produit réglementé. Le juge Locke a mentionné l'arrêt *Shannon*, précité, pour préconiser qu'un permis ne pourrait être contesté simplement parce que, à la fois, il réglemente le commerce et génère des recettes. Toutefois, il importe de souligner que le juge Locke s'est fondé sur l'hypothèse établie que les droits de permis en question devaient servir à couvrir les dépenses.

Dans les arrêts mentionnés, rendus par notre Cour ou le Conseil privé, on constate que le par. 92(9) de la *Loi constitutionnelle de 1867* a reçu une interprétation uniforme. Bien que lord Atkin ait utilisé des termes assez généraux dans l'arrêt *Shannon*, précité, il semble généralement juste de dire que le par. 92(9), de concert avec les par. 92(13) et (16), englobe un pouvoir de réglementation par permis. C'est un pouvoir qui n'est pas restreint par l'exigence en matière de taxation directe visée au par. 92(2). Toutefois, dans la mesure où ils portent sur la taxation indirecte, ces arrêts ont, d'une façon explicite ou à partir des faits, limité l'application du pouvoir de taxation indirecte à la seule fin du financement d'un régime de réglementation.

Depuis le *Reference re Farm Products*, précité, plusieurs instances inférieures ont examiné la question de la taxation indirecte en fonction du par. 92(9). Il vaut la peine de mentionner, plus particulièrement, l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, *Coquitlam c. LaFarge Concrete Ltd.*, précité, arrêt que j'ai déjà mentionné dans ma description du contexte du présent pourvoi. Les faits dans l'arrêt *LaFarge* sont substantiellement les mêmes que ceux dont nous sommes maintenant saisis dont, en particulier, un règlement municipal établissant un droit volumétrique pour l'enlèvement de terre. Le requérant *LaFarge* avait contesté le règlement au motif qu'il constituait une taxe indirecte et était en conséquence *ultra vires* de la municipalité et de la province.

De l'avis du juge Taggart dans l'arrêt *LaFarge*, le règlement était valide puisque son véritable objet était [TRADUCTION] «de financer les coûts

Municipality in constructing and maintaining roads” associated with the regulatory scheme (at p. 699). Taggart J.A. otherwise agreed with Bull and Branca J.J.A. For Branca J.A., the by-law was *intra vires* on “the basis that it is a genuine licensing tax which formed a part of a licensing and regulatory scheme” (at p. 698). Branca J.A. did not specifically relate this finding of validity to the costs of the scheme, although elsewhere in his reasons he reviewed evidence which could allow the inference of such a relationship. Finally, Bull J.A. was most explicit in stating that he resolved the question through a pith and substance analysis. The relevant question was stated to be the following (at p. 685):

In my view, the key lies in the question as to what is the primary and real purpose, or pith and substance, of the legislation — is the levy or tax (whether direct or indirect by nature) merely ancillary, or adhesive, to the licensing scheme of regulating or prohibiting a trade, or is it essentially a fiscal imposition, or taxation, under a form of disguise or a colourable concept?

In answering this question, Bull J.A. had recourse to the facts surrounding the enactment of the by-law, which he noted to include the “prospective outlays of large sums of public funds for road provision and maintenance as well as regulatory expenses” (p. 686). On the whole, then, the volumetric fee provision was upheld as valid provincial licensing, but the court appears to have been influenced by the idea that the revenue raised was required to fund the regulatory scheme, including road repair.

I do not read *LaFarge* to have substantially altered the interpretation of s. 92(9) which existed following *Reference re Farm Products, supra*. The three judgments in *LaFarge*, taken together, suggest to me that the validity of the by-law in question was linked to the costs of regulation by the court, and that the pith and substance analysis was not intended to convey more than this point. Nor

engagés et devant l’être par la municipalité appelante pour la construction et l’entretien des routes» ayant un rapport avec le régime de réglementation (à la p. 699). Il a par ailleurs souscrit à l’opinion des juges Bull et Branca. Pour le juge Branca, le règlement était *intra vires* [TRADUCTION] «au motif qu’il établit une véritable taxe de délivrance de permis qui fait partie d’un régime de délivrance de permis et de réglementation» (à la p. 698). Le juge Branca n’a pas explicitement rattaché sa conclusion de validité du règlement aux coûts du régime, mais il a aussi examiné dans ses motifs des éléments de preuve qui permettent de faire cette déduction. Enfin, le juge Bull a été plus explicite en précisant qu’il tranchait la question en se fondant sur une analyse du caractère véritable. Il a énoncé ainsi la question pertinente (à la p. 685):

[TRADUCTION] À mon avis, il faut se demander quel est l’objet principal et réel, ou le caractère véritable, du texte législatif — les droits ou la taxe (de nature directe ou indirecte) sont-ils simplement accessoires, ou rattachés, au régime de délivrance de permis visant à réglementer ou à interdire une activité commerciale, ou encore s’agit-il essentiellement d’une imposition fiscale, ou taxation, faite d’une façon détournée?

Pour répondre à cette question, le juge Bull s’est fondé sur les faits entourant l’adoption du règlement, lesquels, à son avis, comprenaient [TRADUCTION] «les débours éventuels d’importants fonds publics au titre de la construction et de l’entretien de routes ainsi que de dépenses d’ordre réglementaire» (p. 686). Dans l’ensemble, la disposition établissant des droits volumétriques a donc été maintenue en tant qu’élément valide du régime provincial de délivrance de permis; toutefois, la cour paraît avoir été influencée par l’idée que les recettes perçues étaient nécessaires au financement du régime de réglementation, y compris la réparation de routes.

À mon avis, l’arrêt *LaFarge* n’a pas considérablement modifié l’interprétation du par. 92(9) qui existait depuis le *Reference re Farm Products*, précité. Il ressort de l’ensemble des motifs des trois juges dans l’arrêt *LaFarge* que la cour a lié la validité du règlement visé aux coûts de la réglementation, et que l’analyse du caractère véritable ne visait pas à aller plus loin que ce point. Je ne crois

do I believe that the interpretation of s. 92(9) has been much affected by several other lower court decisions to which this Court was referred: *Nelson v. City of Dartmouth* (1964), 45 D.L.R. (2d) 183 (N.S.S.C.); *Kirkpatrick v. Maple Ridge* (1983), 49 B.C.L.R. 134 (C.A.), and *Re Falardeau and Town of Hinton* (1985), 21 D.L.R. (4th) 477 (Alta. C.A.). These cases, in my opinion, either fail to advocate clearly that a broader power of indirect taxation exists within s. 92(9), or they do so unnecessarily in light of their facts.

My review of case law thus leads me to suppose that it has yet to be determined whether s. 92(9) comprehends a power to levy indirect taxes in order to raise revenue in excess of regulatory costs. Likewise, the cases reviewed tend generally to consider s. 92(9) in combination with other s. 92 powers. I agree with the following statement made by my colleague La Forest J. in his book on the subject, *supra*, at p. 159:

A close reading of the cases, therefore, indicates that the courts look upon heads (9), (13) and (16) as together giving the provinces power to regulate intraprovincial trade by means of a licensing scheme and to permit the levy of fees for such licences to support the scheme even if the fees constitute indirect taxation. But they limit indirect taxation by licences to this purpose.

I note that the Attorneys General for Quebec, Ontario and British Columbia argued in favour of an interpretation for s. 92(9) which makes the licensing power clearly independent of other s. 92 heads: see also J. E. Magnet, "The Constitutional Distribution of Taxation Powers in Canada" (1978), 10 *Ottawa L. Rev.* 473, at pp. 522-27. In particular, it was said that the power to raise money to support a regulatory scheme through indirect taxation already resides in the heads of power noted by La Forest J., and that if licences are limited in this respect, s. 92(9) will be redundant. I am pressed, however, to mention that a power of indirect taxation in s. 92(9) extending substantially beyond regulatory costs could have

pas non plus que l'interprétation du par. 92(9) ait été beaucoup modifiée par plusieurs autres décisions d'instances inférieures mentionnées devant notre Cour: *Nelson c. City of Dartmouth* (1964), 45 D.L.R. (2d) 183 (C.S.N.-É.); *Kirkpatrick c. Maple Ridge* (1983), 49 B.C.L.R. 134 (C.A.), et *Re Falardeau and Town of Hinton* (1985), 21 D.L.R. (4th) 477 (C.A. Alb.). À mon avis, ces arrêts ne réussissent pas à établir clairement l'existence d'un pouvoir plus général de taxation indirecte en vertu du par. 92(9) ou ils le font inutilement compte tenu des faits qu'ils soulèvent.

Mon examen de la jurisprudence m'amène à supposer que l'on n'a jamais déterminé si le par. 92(9) englobe un pouvoir d'imposer des taxes indirectes qui permettront de générer des recettes excédant les coûts d'application de la réglementation. En outre, les arrêts analysés portent généralement sur l'examen du par. 92(9) conjointement avec d'autres domaines de compétence visés à l'art. 92. Je suis d'accord avec ce que dit mon collègue le juge La Forest dans son ouvrage sur le sujet, *op. cit.*, à la p. 159:

[TRADUCTION] En conséquence, il ressort d'un examen approfondi de ces arrêts que les tribunaux considèrent que les par. (9), (13) et (16), pris ensemble, confèrent aux provinces le pouvoir de réglementer le commerce intraprovincial par un régime de permis et d'imposer des droits servant au financement de ce régime, même si les droits constituent une taxe indirecte. Toutefois, ces arrêts restreignent la taxation indirecte par permis à cette fin.

Je constate que les procureurs généraux du Québec, de l'Ontario et de la Colombie-Britannique favorisent une interprétation du par. 92(9) qui fait du pouvoir de délivrance de permis un pouvoir clairement indépendant des autres domaines de compétence prévus à l'art. 92: voir aussi J. E. Magnet, «The Constitutional Distribution of Taxation Powers in Canada» (1978), 10 *Ottawa L. Rev.* 473, aux pp. 522 à 527. Plus particulièrement, on a soutenu que le pouvoir de percevoir des recettes aux fins du financement d'un régime de réglementation par taxation indirecte existe déjà en vertu des domaines de compétence mentionnés par le juge La Forest et que le par. 92(9) serait redondant si la délivrance de permis était limitée à ces fins.

the more serious consequence of rendering s. 92(2) meaningless. And, in any event, the facts of this case do not demand a final resolution of the point.

In my opinion, therefore, it is unnecessary to examine further the jurisprudence associated with s. 92(9). The authorities establish to my satisfaction that the following question frames the relevant inquiry: can the variable fees be supported as ancillary or adhesive to a valid provincial regulatory scheme? Bearing this question in mind, I will now consider several specific arguments of the appellants.

3. Can the Variable Fees be Supported as Ancillary or Adhesive to a Valid Provincial Regulatory Scheme?

The appellants make three related arguments which all purport to deny that the variable fees are associated with a regulatory scheme. First, they argue that the fees are not authorized by the *Municipal Act* in a way which connects them to the statutory regulation of road usage. Second, they point to the fact that there is no express requirement in the statute or by-laws for the funds raised to be used in road repair, and they argue that the absence of such a requirement is fatal. Finally, they argue that there is nothing in the statute or by-laws to limit the sums raised through licensing to the actual costs of an overall scheme; in other words, they argue that there is a potential for surplus funds which divorces the fees from a regulatory purpose. I will address each argument in turn.

The appellants' first argument invites this Court to consider the location of s. 930 within the *Municipal Act*. It was noted that, whereas other provisions of the *Municipal Act* deal extensively with roads and the raising of money for roads, s. 930 does not mention roads at all. On this basis, it is

Toutefois, je dois m'empreser d'ajouter qu'un pouvoir de taxation indirecte inclus dans le par. 92(9) permettant la perception de recettes de beaucoup supérieures aux coûts de la réglementation pourrait bien avoir comme conséquence plus grave de priver le par. 92(2) de tout sens. Quoi qu'il en soit, les faits de l'espèce n'exigent pas une décision finale sur ce point.

Par conséquent, à mon avis, il est inutile d'examiner davantage la jurisprudence et la doctrine portant sur le par. 92(9). Les arrêts et les ouvrages me convainquent que l'analyse repose sur la question suivante: les frais variables peuvent-ils être justifiés parce qu'ils sont accessoires ou rattachés à un régime de réglementation provincial valide? Ayant à l'esprit cette question, j'examinerai maintenant plusieurs arguments spécifiques des appelantes.

3. Les droits variables sont-ils justifiés parce qu'ils sont accessoires ou rattachés à un régime provincial valide de réglementation?

Les appelantes présentent trois arguments connexes qui visent tous à nier que les droits variables sont associés à un régime de réglementation. Premièrement, elles soutiennent que les droits ne sont pas autorisés par la *Municipal Act* en un sens qui les rattache à la réglementation de l'utilisation des routes. Deuxièmement, elles font ressortir que la loi ou les règlements n'exigent pas explicitement que les fonds perçus servent à la réparation des routes; à leur avis, cette omission est fatale. Enfin, elles soutiennent que la loi ou les règlements ne limitent pas aux coûts réels de l'ensemble du régime les sommes susceptibles d'être perçues par la délivrance de permis; en d'autres mots, puisqu'il existe une possibilité de fonds excédentaires, les droits ne se trouvent plus à être imposés à une fin de réglementation. J'examinerai séparément chacun de ces arguments.

Premièrement, les appelantes invitent notre Cour à examiner la position de l'art. 930 dans la *Municipal Act*. On a fait remarquer que l'art. 930 ne fait aucunement mention des routes contrairement à d'autres dispositions de la *Municipal Act* qui traitent abondamment des routes et de leur finance-

argued that the permit and removal fees authorized by that section were not intended by the British Columbia legislature to offset the costs of road repair. We are asked to take a restricted view of such fees in light of the decision of this Court in *Kirkpatrick v. Maple Ridge (Corporation of the District)*, *supra*.

In my view, neither the *Kirkpatrick* decision nor the *Municipal Act* compels such a narrow view. While *Kirkpatrick* did, indeed, suggest that a restrictive interpretation is to be “given detailed municipal statutes like the one in question here” (p. 128), the approach to interpretation in that case involved an analysis of the statutory context of the impugned provision. An analysis of context in this case suggests that s. 930 can be legitimately related to road costs, since statutory guidance respecting the regulation of roads is not confined to any one part of the *Municipal Act*.

In Part 13 of the *Municipal Act*, which is entitled “Public Works”, Division (2) contains provisions relating to “Highways”. For example, s. 578(2)(a) is a provision granting to municipalities the power to “lay out, construct, maintain and improve highways”. Another very basic provision is s. 581, where municipal councils are empowered to “regulate extraordinary traffic”. Other important provisions related to roads, however, are located in Part 16 of the *Municipal Act*, which is entitled “Local Improvements”. In Division (1) of Part 16, s. 651 authorizes a municipal council to undertake improvement works relating to roads either upon a council’s own initiative or following petition. In s. 668(1), municipalities are charged with the responsibility to keep a completed work “in repair by and at the expense of the municipality”. In s. 669, provision is made for owners and occupiers to compel municipalities, by way of petition, to undertake required repairs. Finally, interspersed throughout the *Municipal Act* in divisions not otherwise related to roads are provisions which nonetheless affect road regulation. As an example, in Part 11, Division (4) relates to the “Regulation of Busi-

ment. C’est pourquoi on soutient que la législature de la Colombie-Britannique n’avait pas l’intention d’appliquer aux frais de réparation des routes les droits de permis et d’enlèvement autorisés par la disposition en question. On nous demande d’interpréter restrictivement ces droits compte tenu de l’arrêt de notre Cour *Kirkpatrick c. Maple Ridge (Corporation du District)*, précité.

À mon avis, ni l’arrêt *Kirkpatrick* ni la *Municipal Act* n’appuient une interprétation aussi restrictive. Bien que l’arrêt *Kirkpatrick* ait, en effet, donné à entendre qu’il faut tenir compte de «l’interprétation restrictive donnée à des règlements municipaux détaillés comme celui dont il est question en l’espèce» (pp. 128 et 129), l’interprétation dans cet arrêt nécessitait une analyse du contexte législatif de la disposition attaquée. En l’espèce, il ressort d’une analyse du contexte que l’art. 930 peut légitimement se rapporter aux coûts des routes puisqu’on ne retrouve pas dans une partie en particulier de la *Municipal Act* les directives législatives régissant la réglementation des routes.

La division (2) de la partie 13 de la *Municipal Act*, intitulée [TRADUCTION] «Travaux publics», renferme des dispositions ayant trait aux [TRADUCTION] «Routes». Par exemple, l’al. 578(2)a confère aux municipalités le pouvoir de [TRADUCTION] «tracer des plans de route, de les construire, de les entretenir et de les améliorer». Une autre disposition de base est l’art. 581, qui prévoit que les conseils municipaux sont habilités à [TRADUCTION] «réglementer la circulation inhabituelle». D’autres dispositions importantes concernant les routes figurent dans la partie 16 de la *Municipal Act* intitulée [TRADUCTION] «Améliorations locales». À la division (1) de la partie 16, l’art. 651 autorise un conseil municipal à entreprendre des travaux d’amélioration des routes, soit de son propre chef soit à la suite d’une demande. En vertu du par. 668(1), les municipalités ont la responsabilité de veiller à ce qu’un ouvrage achevé soit [TRADUCTION] «entretenu par la municipalité et à ses frais». L’article 669 prévoit que des propriétaires et des occupants peuvent forcer les municipalités, par requête, à entreprendre les réparations nécessaires. Enfin, réparties à travers la *Municipal Act* dans des

ness”, but that Part contains s. 528(b), which allows a municipality to “establish and alter routes to be taken by carriers of persons or chattels”.

It is within this overall statutory environment that s. 930(2) is located. It is found in the untitled Part 28, and more particularly within Division (5), which is entitled “Sundry Regulations and Provisions”. Given that provisions respecting roads and road repair are not localized in one part or division of the *Municipal Act*, this location does not, by itself, suggest that s. 930(2) is unrelated to roads as the appellants argue. In a statute as complex as the *Municipal Act*, I do not find it surprising that related provisions may become removed from one another as a matter of statutory organization and drafting preference.

That ss. 930(1)(e) and 930(2) are related to other road provisions in the *Municipal Act* appears clear to me. The appellants narrowly read these sections to refer only to gravel “removal”. However, it is facile to suppose that gravel was intended by the legislature to be “removed” from designated areas of a municipality without use being made of roads. Surely, at least in the case of commercial extractors, such removal can be related both to the regulation of extraordinary traffic (s. 581), and to the municipal responsibility for road repair (s. 668(1)). Even further, accepting that the gravel removal regulated by s. 930(2) contemplates the use of roads, and accepting that such extraordinary use would necessarily cause damage, would it not be somewhat strange for a gravel operator to take advantage of s. 669 on the one hand in order to compel a municipality to undertake repairs, but then to disclaim that the gravel removal fees in s. 930(2) are related to roads on the other? In my view, it would be, given the structure of the *Municipal Act*. For these reasons, I consider that s.

divisions ne se rapportant pas par ailleurs aux routes se trouvent des dispositions qui touchent la réglementation routière. À titre d'exemple, à la partie 11, la division (4) a trait à la [TRADUCTION] «Réglementation des commerces», mais cette partie renferme l'al. 528b), qui permet à une municipalité d'[TRADUCTION] «établir et modifier les routes utilisées par les transporteurs de personnes ou de biens».

C'est dans ce contexte législatif global que se situe le par. 930(2). Il est situé à la partie 28, qui ne porte aucun titre, plus particulièrement sous la division (5) intitulée [TRADUCTION] «Divers règlements et dispositions». Puisque les dispositions relatives aux routes et à la réparation des routes ne sont pas situées dans une même partie ou division de la *Municipal Act*, l'endroit où est placé le par. 930(2) ne signifie pas, en soi, qu'il ne se rapporte pas aux routes comme le soutiennent les appelantes. Dans une loi aussi complexe que la *Municipal Act*, je ne trouve pas étonnant que des dispositions connexes soient éloignées les unes des autres en raison de l'économie de la loi et des préférences des rédacteurs.

Il me paraît clair que l'al. 930(1)(e) et le par. 930(2) se rapportent bien à d'autres dispositions relatives aux routes dans la *Municipal Act*. Les appelantes donnent une interprétation restrictive à ces dispositions et affirment qu'elles visent seulement l'«enlèvement» de gravier. Toutefois, c'est un raisonnement facile que de supposer que la législature a voulu que le gravier soit «enlevé» des secteurs désignés d'une municipalité sans que soient utilisées les routes. Tout au moins dans le cas des entreprises commerciales d'extraction, l'enlèvement de gravier est certainement susceptible de toucher à la fois la réglementation de la circulation inhabituelle (art. 581) et la responsabilité qu'ont les municipalités de réparer les routes (par. 668(1)). Par ailleurs, si l'on admet que l'enlèvement du gravier réglementé par le par. 930(2) envisage l'utilisation des routes et que cette utilisation inhabituelle risque nécessairement de les endommager, ne serait-il pas plutôt étrange qu'un exploitant de gravière bénéficie de l'application de l'art. 669 pour, d'une part, forcer la municipalité à répa-

930(2) is related to a system of road and gravel regulation, notwithstanding its statutory location and its lack of express reference to roads. This relationship is made even more evident by an examination of the by-laws themselves.

Maple Ridge By-law No. 4109-1988 is the clearer example of an overall scheme to regulate both gravel removal and roads. Certain of its provisions address the question of who can remove soil: in s. 3 there is a general prohibition against removal; in s. 4, that prohibition is made subject to removal by permit under s. 4; s. 8 sets out exceptions to the permit requirement. Other provisions incorporate the regulatory regime of another provincial statute: in s. 15, the requirement for a mines permit is found; s. 25 requires the filing of a mine working plan. A number of provisions prescribe certain terms to govern the removal of soil: in s. 6, removal on Sundays and statutory holidays is prohibited, and in s. 7, hours of operation are prescribed; noise level is regulated by s. 29, which can be related to the definition of a "berm" in s. 2 (a soil embankment acting as a noise buffer); drainage requirements are noted in s. 31. The fee provisions are located in s. 17 — which establishes the volumetric fee — and ss. 18 to 23, which deal with its calculation. Compliance provisions can also be noted: permit applicants are required by s. 24 to post security for their compliance with the by-law; in s. 33, permit holders are required to repair damage caused to adjacent properties; and, finally, s. 34 establishes an offence for violation.

Although Coquitlam By-law No. 1914, 1988 is less extensive, that it nonetheless provides for a

rer les routes et, d'autre part, refuser ensuite de reconnaître que les droits d'enlèvement de gravier prévus au par. 930(2) se rapportent aux routes? À mon avis, ce le serait, compte tenu de l'économie de la *Municipal Act*. C'est pourquoi j'estime que le par. 930(2) se rapporte à un régime de réglementation des routes et d'enlèvement du gravier, nonobstant l'endroit où il est placé dans la Loi et le fait qu'il ne fasse pas explicitement référence aux routes. Ce rapport est d'autant plus évident lorsque l'on examine les règlements mêmes.

Le règlement n° 4109-1988 de Maple Ridge constitue l'exemple le plus clair d'un régime global de réglementation à la fois de l'enlèvement du gravier et des routes. Certaines de ses dispositions précisent quels sont ceux qui peuvent procéder à l'enlèvement de terre: l'art. 3 renferme une interdiction générale d'enlèvement, l'art. 4 assujettit l'enlèvement de terre à l'obtention d'un permis et l'art. 8 établit des exceptions relativement à l'obtention d'un permis. D'autres dispositions incorporent le régime de réglementation d'une autre loi provinciale: l'art. 15 prévoit la nécessité d'un permis pour l'exploitation minière, et l'art. 25 exige le dépôt d'un plan d'exploitation minière. Un certain nombre de dispositions établissent des conditions régissant l'enlèvement de terre: l'art. 6 interdit l'enlèvement de terre le dimanche et les jours fériés; l'art. 7 prévoit les heures d'exploitation; l'art. 29 vise le niveau de bruit, lequel peut se rapporter à la définition de [TRADUCTION] «levée» à l'art. 2 (remblai servant de tampon sonore), et l'art. 31 prévoit les exigences en matière de drainage. Les dispositions relatives aux droits se retrouvent à l'art. 17 qui prévoit les droits volumétriques, ainsi qu'aux art. 18 à 23 qui portent sur le calcul de ces droits. Mentionnons également des dispositions relatives à l'observation du règlement: en vertu de l'art. 24, les demandeurs de permis doivent déposer un cautionnement pour garantir leur observation du règlement; en vertu de l'art. 33, les titulaires de permis doivent réparer les dommages causés aux propriétés adjacentes et, enfin, l'art. 34 crée une infraction en cas de violation.

Bien que le règlement n° 1914, 1988 de Coquitlam soit moins élaboré, un certain nombre de dis-

regulatory scheme can be demonstrated by a number of provisions similar to those found in the Maple Ridge by-law. A general prohibition against removal subject to removal by permit is found in s. 4. Section 20 provides for inspection. Section 3 requires the by-law to be interpreted in a manner consistent with the *Mines Act*, S.B.C. 1980, c. 28, and s. 5(e) and (f) require proof of approved mining systems and reclamation plans. The volumetric fee is set out in s. 13(a) and calculation provisions are located in ss. 14 to 18. Section 23 establishes an offence for violation.

When considering an ancestor to these by-laws in *LaFarge*, *supra*, Bull J.A. described that ancestor as constituting “a complete and detailed code for the regulation of the gravel and soil extraction and removal trade” (p. 686). Based on the provisions outlined above, I believe that description can be equally applied to the by-laws now before this Court. I am also satisfied that the fee provisions are related to these regulatory by-laws. Neither by-law can be viewed in isolation from the *Municipal Act*, and an integrated view links the fees to a regime concerned with roads.

This conclusion essentially answers the second argument of the appellants. According to that argument, neither s. 930(2) nor the impugned by-laws are said to state expressly the purpose of the fees levied. It is argued that, in the absence of a statutory statement relating the fees to the costs of regulation, the fees could be levied for an unconstitutional purpose. As my review of the statute and by-laws demonstrates, however, the fees are impliedly linked to the costs of regulation. Further, at least one express purposive statement may exist. Although the point was not argued, the preamble to the Coquitlam by-law states that one of its purposes is “to encourage the safe orderly and economical exploitation of” soil substances. There is no reason to assume that the word “economical” here refers only to the interests of commercial extractors. In the absence of by-law provisions

positions semblables à celles du règlement de Maple Ridge permettent de démontrer qu’il établit néanmoins un régime de réglementation. L’article 4 formule une interdiction générale d’enlèvement, sauf avec permis. L’article 20 prévoit l’inspection des lieux. L’article 3 exige que le règlement soit interprété d’une façon compatible avec la *Mines Act*, S.B.C. 1980, ch. 28, et les al. 5e) et f) exigent une preuve de l’approbation des systèmes miniers et des plans de récupération. Le droit volumétrique est prévu à l’al. 13a), et les modalités de calcul à cet égard aux art. 14 à 18. L’article 23 crée une infraction en cas de violation.

Lorsqu’il a examiné une version antérieure de ces règlements dans l’arrêt *LaFarge*, précité, le juge Bull a dit qu’il s’agissait d’un [TRADUCTION] «code complet et détaillé de réglementation du commerce d’extraction et d’enlèvement de gravier et de terre» (p. 686). À partir des dispositions mentionnées ci-dessus, j’estime que cette description s’applique également aux règlements en cause dans le présent pourvoi. Je suis convaincu également que les dispositions sur l’imposition de droits se rapportent à ces règlements. Aucun des règlements en cause ne peut être examiné isolément, sans renvoi à la *Municipal Act*, et une démarche globale lie ces droits à un régime de réglementation des routes.

Cette interprétation permet essentiellement de répondre au deuxième argument des appelantes, savoir que ni le par. 930(2) ni les règlements contestés ne précisent explicitement l’objet des droits perçus. En l’absence d’une disposition législative liant les droits aux coûts de la réglementation, on soutient que les droits pourraient être perçus à une fin inconstitutionnelle. Toutefois, comme l’illustre mon examen de la loi et des règlements, les droits sont implicitement liés aux coûts de la réglementation. En outre, il existe peut-être au moins un énoncé explicite de l’objet visé. En effet, bien que le point n’ait pas été soulevé, le préambule du règlement de Coquitlam précise qu’il vise entre autres à [TRADUCTION] «favoriser l’exploitation sûre, ordonnée et économique» des substances du sol. Il n’y a aucune raison de supposer que le terme «économique» vise seulement les intérêts des



relating to road repair, such exploitation could hardly be considered economical from the municipal point of view.

Although I could, therefore, dismiss the appellants' second argument with little difficulty, I should respond to that aspect of the second argument which deals with the use of extrinsic evidence in this case. According to the appellants, the only clear evidence as to the purpose of the volumetric fees is contained in affidavit evidence presented to the courts below, and they argue that such evidence cannot validate the by-laws. I have already implicitly rejected that only extrinsic evidence can demonstrate the purpose of the volumetric fees. That purpose can be inferred from the statutory and by-law context of the fees. It is for this reason that I distinguish the result in *Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 1133, which was cited by the appellants to support their position. Whereas extrinsic evidence in *Canadian Pacific* was offered to contradict the interpretation of a taxing provision which resulted from an analysis of statutory context, in this case, extrinsic evidence is merely additional proof that the contextual analysis already undertaken is correct.

In Maple Ridge's case, for example, there is the affidavit evidence of Thomas Gardner, the municipal Director of Engineering. That evidence sets forth how Mr. Gardner went about calculating Maple Ridge's 20 cent per cubic meter volumetric fee. His affidavit states: "My purpose in calculating the recommended permit fee was to have it represent as accurately as possible the costs accruing to Maple Ridge as a result of the soil removal operations in Maple Ridge". In Coquitlam's case, there is affidavit evidence from Municipal Engineer Neil Nyberg which suggests that a special Soil Removal Permit Fee Reserve fund was used to gather permit fees for later use in meeting regulatory costs. This was evidence before Trainor J. below, and not only should I rely on his interpretation of the facts, but I am also content to do so.

entreprises commerciales d'extraction. En l'absence de dispositions relatives à la réparation de routes dans le règlement, on ne pourrait guère considérer que l'exploitation en question est économique du point de vue municipal.

Par conséquent, je peux sans trop de difficulté rejeter le second argument des appelantes, mais j'estime devoir répondre à l'aspect de cet argument qui porte sur l'utilisation de la preuve extrinsèque en l'espèce. Selon les appelantes, la seule preuve claire de l'objet des droits volumétriques est contenue dans les affidavits déposés devant les tribunaux d'instance inférieure et, à leur avis, cette preuve ne peut permettre de valider les règlements. J'ai déjà implicitement rejeté la proposition que seule une preuve extrinsèque peut établir l'objet des droits volumétriques. Cet objet peut se dégager du contexte législatif et réglementaire concernant les droits. C'est pourquoi je fais une distinction d'avec l'arrêt *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée c. Colombie-Britannique*, [1989] 1 R.C.S. 1133, que les appelantes ont cité à l'appui de leur position. Bien que la preuve extrinsèque dans cet arrêt ait été présentée pour contredire l'interprétation d'une disposition fiscale découlant d'une analyse du contexte législatif, en l'espèce, la preuve extrinsèque est simplement une preuve additionnelle de la justesse de l'analyse contextuelle déjà entreprise.

Par exemple, dans le cas de Maple Ridge, il y a la preuve par affidavit de M. Thomas Gardner, directeur municipal des services techniques. Cet affidavit indique comment M. Gardner a fait le calcul pour arriver au droit volumétrique de 20 cents par mètre cube: [TRADUCTION] «En calculant le droit de permis recommandé, je visais à représenter aussi exactement que possible les coûts devant être assumés par Maple Ridge relativement aux activités d'enlèvement de terre à Maple Ridge». Dans le cas de Coquitlam, il y a l'affidavit de l'ingénieur municipal, M. Neil Nyberg, qui laisse entendre qu'une réserve spéciale constituée par les droits de permis d'enlèvement de terre était utilisée pour le financement ultérieur des coûts de réglementation. Ces éléments de preuve ont été examinés par le juge Trainor, et non seulement je

Trainor J. stated (at p. 318): “Here the evidence indicates an intention to raise sufficient revenue to cover the costs of the regulatory scheme and the building and maintenance of roads over which gravel trucks would pass”.

I do not wish to be taken to suggest that the position of the municipalities would not improve if the by-laws contained an express reference as to the purpose of the fees. Indeed, during oral argument, a question on this point was directed toward counsel for Maple Ridge, and I infer from the nature of counsel’s response that the municipalities are aware that the absence of such a reference is a weak point in their licensing argument. Properly framed, a purpose statement could provide valuable assistance to a court charged with determining whether an otherwise indirect tax could be considered ancillary to a regulatory scheme. On the other hand, this should not be taken as an invitation to insert self-serving statements in by-laws which do not contain such regulatory schemes, because it is always possible to look behind such statements as part of a colourability analysis.

Finally, the appellants argued that the volumetric fees at issue had the potential to raise funds substantially in excess of the amounts required to cover the costs of regulation, including road repair. Although the point was again disputed in this Court, Trainor J. below suggested that there “is some evidence that considerably more moneys would be received from this volumetric levy than the amount actually required” (p. 318). Like Trainor J., however, I would state that it is not for this Court to undertake a rigorous analysis of a municipality’s accounts. A surplus itself is not a problem so long as the municipalities made reasonable attempts to match the fee revenues with the administrative costs of the regulatory scheme, which is what occurred in this case. It is easy to imagine reasons for the existence of a so-called “surplus” at any given time. For example, changes

devrais me fier à son interprétation des faits, mais je le fais volontiers. Le juge Trainor a affirmé (à la p. 318): [TRADUCTION] «En l’espèce, la preuve indique une intention de percevoir suffisamment de recettes pour couvrir les coûts du régime de réglementation ainsi que de la construction et de l’entretien des routes utilisées par les camions de transport de gravier.»

*b* Je ne voudrais pas donner à entendre que, à mon avis, les municipalités ne seraient pas en meilleure position si les règlements renfermaient une mention explicite de l’objet des droits en question. En fait, au cours de la plaidoirie, une question à ce sujet a été posée à l’avocat de Maple Ridge; je déduis de la réponse de l’avocat que les municipalités savent que l’absence de cette mention constitue un point faible de leur argument sur les permis. Bien formulé, un énoncé de l’objet pourrait être fort utile à un tribunal devant déterminer si une taxe, par ailleurs indirecte, pourrait être considérée comme accessoire à un régime de réglementation. Par contre, il ne faudrait pas penser qu’il s’agit d’une invitation à insérer des déclarations intéressées dans des règlements qui ne comportent pas de tels régimes de réglementation, parce que l’on peut toujours examiner le bien-fondé de ces déclarations lorsqu’on analyse s’il y a eu détournement de pouvoir.

Enfin, les appelantes soutiennent que les droits volumétriques en cause risquaient d’entraîner une perception de fonds de beaucoup supérieure aux montants requis pour couvrir les coûts de la réglementation, y compris la réparation des routes. Bien que ce point ait de nouveau été soulevé devant notre Cour, le juge Trainor du tribunal de première instance a affirmé que [TRADUCTION] «des éléments de preuve indiquent que les droits volumétriques généreraient beaucoup plus de fonds que le montant réellement nécessaire» (p. 318). Toutefois, à l’instar du juge Trainor, je préciserais qu’il n’appartient pas à notre Cour de procéder à une analyse rigoureuse des finances d’une municipalité. Un excédent en soi n’est pas un problème tant que les municipalités ont raisonnablement tenté de faire en sorte que les recettes provenant des droits correspondent aux frais administratifs du régime de

in forecasted prices might lead to road repair being over-budgeted, or a municipality might choose not to repair a certain road in order to undertake more extensive repairs or reconstruction at a later date.

Although it might be possible to attack a fee structure demonstrably intended to raise revenue in excess of regulatory needs on constitutional grounds, in this case no evidence of such intention has been proved. On this point, therefore, the municipalities may be given reasonable leeway. In the result, I am of the view that the volumetric levy in this case was intended only to cover the costs of the regulatory scheme, including road repair.

#### 4. Conclusion on Section 92(9) and Indirect Taxation

I conclude that in so far as the volumetric fee can be considered a form of indirect taxation, it is supportable as ancillary or adhesive to a valid regulatory scheme. The financial incidents of that scheme are supportable under the licensing power of s. 92(9) viewed in conjunction with other heads of regulatory power in s. 92, particularly ss. 92(13) and (16). On the facts of this case, it is unnecessary to decide whether s. 92(9) would support a power of indirect taxation independent of these other provisions, or whether it would support a similar power capable of raising funds in excess of regulatory expenses. The volumetric fees in s. 930(2) of the *Municipal Act* and the derivative by-laws are *intra vires* the province of British Columbia and the respondent municipalities, respectively.

réglementation, ce qui s'est produit en l'espèce. On peut facilement imaginer des motifs justifiant l'existence d'un présumé «excédent» à un moment donné. Par exemple, un changement dans les prix prévus pourrait faire que les coûts de réparation des routes seront inférieurs au montant prévu dans le budget, ou encore, une municipalité pourrait choisir de ne pas procéder à la réparation d'une route pour lui permettre d'effectuer plus tard des réparations plus importantes ou des travaux de reconstruction.

Bien que l'on puisse, en se fondant sur des motifs constitutionnels, contester une structure de droits visant manifestement à percevoir des recettes supérieures aux coûts de la réglementation, on n'a fourni en l'espèce aucune preuve d'une telle intention. En conséquence, sur ce point, les municipalités peuvent jouir d'une latitude raisonnable. En définitive, je suis d'avis que les droits volumétriques en l'espèce visaient seulement à couvrir les coûts du régime de réglementation, y compris ceux de la réparation des routes.

#### 4. Conclusion relative au par. 92(9) et à la taxation indirecte

Je conclus que, dans la mesure où les droits volumétriques peuvent être considérés comme une forme de taxation indirecte, ils peuvent être justifiés parce qu'accessoires ou rattachés à un régime de réglementation. Les répercussions financières de ce régime sont valides en vertu du pouvoir de délivrance de permis visé au par. 92(9), pris conjointement avec d'autres pouvoirs de réglementation visés à l'art. 92, plus particulièrement les par. 92(13) et (16). Vu les faits de l'espèce, il n'est pas nécessaire de décider si le par. 92(9) permettrait de confirmer un pouvoir de taxation indirecte indépendant de ces autres dispositions, ou encore s'il permettrait de confirmer un pouvoir similaire de perception de recettes excédant les dépenses de réglementation. Les droits volumétriques prévus au par. 930(2) de la *Municipal Act* et les règlements connexes sont *intra vires* de la province de la Colombie-Britannique et des municipalités intimes, respectivement.

B. *Is s. 930(2) of the Municipal Act, to the extent that it authorizes variable fees, within the legislative competence of the province by virtue of s. 92A(4) of the Constitution Act, 1867?*

This Court has repeatedly stated that it is preferable not to engage issues in constitutional cases which do not squarely arise for decision. In *Canadian Pacific Air Lines Ltd.*, *supra*, La Forest J. stated that this approach is “particularly apt in an area as intricate and so fraught with consequences as the constitutional power of taxation” (p. 1154). Since I have found that the volumetric fees are supportable within s. 92 of the *Constitution Act, 1867* without making reference to s. 92A(4), I find it unnecessary to consider arguments relating to that provision, as I mentioned above.

C. *If s. 930(2) of the Municipal Act is within the legislative competence of the province to the extent that it authorizes variable fees, are the by-laws nonetheless discriminatory and therefore illegal?*

In two recent decisions, this Court has had occasion to consider the question of what constitutes discrimination in the municipal law sense: *R. v. Greenbaum*, [1993] 1 S.C.R. 674, and *R. v. Sharma*, [1993] 1 S.C.R. 650. I do not find it necessary to re-examine the approach taken in those cases. It is sufficient to note that a by-law discriminates illegally when such discrimination is not authorized by enabling legislation. As stated in *Sharma* (at p. 668): “discrimination can only occur where the enabling legislation specifically so provides or where the discrimination is a necessary incident to exercising the power delegated by the province”. In a phrase, discrimination may be either expressly or impliedly authorized: see *Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc.*, *supra*, at p. 414.

The appellants argue that s. 930(2) of the *Municipal Act* speaks only to the imposition of

B. *Le paragraphe 930(2) de la Municipal Act, dans la mesure où il autorise l'imposition de droits variables, relève-t-il de la compétence législative de la province conformément au par. 92A(4) de la Loi constitutionnelle de 1867?*

Notre Cour a maintes fois affirmé qu'il est préférable, en matière constitutionnelle, de ne pas engager un débat qui n'est pas carrément nécessaire pour en arriver à une décision. Dans l'arrêt *Lignes aériennes Canadien Pacifique Ltée*, précité, le juge La Forest a affirmé que ce point de vue paraît «particulièrement approprié lorsqu'il s'agit de quelque chose qui est aussi complexe et aussi lourd de conséquences que le pouvoir de taxation conféré par la Constitution» (p. 1154). Puisque j'ai conclu que les droits volumétriques peuvent être justifiés en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867* sans mentionner le par. 92A(4), j'estime inutile, comme je l'ai déjà mentionné, d'examiner les arguments se rapportant à cette disposition.

C. *Si le par. 930(2) de la Municipal Act relève de la compétence législative de la province dans la mesure où il autorise l'imposition de droits variables, les règlements sont-ils néanmoins discriminatoires et, en conséquence, illégaux?*

Dans deux arrêts récents, notre Cour a eu l'occasion d'examiner la question de la discrimination au sens du droit municipal: *R. c. Greenbaum*, [1993] 1 R.C.S. 674, et *R. c. Sharma*, [1993] 1 R.C.S. 650. J'estime qu'il n'est pas nécessaire de réexaminer l'analyse adoptée dans ces arrêts. Il suffit de dire qu'un règlement établit une discrimination illégale lorsque cette discrimination n'est pas autorisée par la loi habilitante. Comme notre Cour l'affirme dans l'arrêt *Sharma* (à la p. 668): «il ne saurait y avoir de discrimination que si la loi habilitante le prévoit précisément ou si la discrimination est nécessairement accessoire à l'exercice du pouvoir délégué par la province». En un mot, la discrimination peut être explicitement ou implicitement autorisée: voir l'arrêt *Montréal (Ville de) c. Arcade Amusements Inc.*, précité, à la p. 414.

Les appelantes soutiennent que le par. 930(2) de la *Municipal Act* prévoit seulement l'imposition de

volumetric fees. In imposing permit requirements and volumetric fees, however, the appellants argue that the by-laws single out commercial extractors for discriminatory treatment. In each by-law, they point to exceptions made for certain persons and usages. For instance, each by-law makes exceptions for removal which is incidental to development, improvement, or construction activities: Maple Ridge By-law No. 3957-1988, s. 8(b); Coquitlam By-law No. 1841, 1988, s. 4(b). Similar exceptions are made for removal which is incidental to public projects: Maple Ridge s. 8(d); Coquitlam s. 4(d). A particularly significant type of exception is made for those removing less than certain specified volumes of soil: Maple Ridge s. 8(a); Coquitlam s. 4(a). Finally, in Maple Ridge, exceptions are made for any "florist, nurseryman or farmer for use by him on the same parcel of land": s. 8(c).

Counsel for the municipalities made a valiant attempt to link the exception provisions in the by-laws to that part of s. 930(2) of the *Municipal Act* which authorizes the levying of different fees in "different areas of the municipality". In other words, all of the exceptions were alleged to constitute authorized discrimination based upon area rather than upon a distinction between commercial and non-commercial use. This argument has some appeal and may be adequate to support certain exceptions. For example, when considering the exception for florists, farmers, and nurserymen, the exception is linked to the parcel of land upon which the business is operated. In the case of the development, improvement or construction exceptions, it might be similarly possible to link the exceptions to lands specified in relevant permits.

The argument of the municipalities faces serious difficulties, however, with respect to the exception for removing less than specified volumes of soil.

droits volumétriques. Selon elles toutefois, parce qu'ils prévoient des exigences en matière de permis et imposent des droits volumétriques, les règlements sont discriminatoires à l'égard des entreprises commerciales d'extraction. Relativement à chacun des règlements, les appelantes ont fait ressortir les exceptions prévues pour certaines personnes et certains usages. Par exemple, chaque règlement prévoit des exceptions pour l'enlèvement de substances qui est accessoire aux activités d'aménagement, d'amélioration ou de construction: al. 8b) du règlement n° 3957-1988 de Maple Ridge; al. 4b) du règlement n° 1841, 1988 de Coquitlam. Des exceptions similaires sont prévues relativement à l'enlèvement de substances dans le cadre de projets d'intérêt public: al. 8d) du règlement de Maple Ridge; al. 4d) du règlement de Coquitlam. Un type particulièrement important d'exception touche les personnes qui enlèvent moins qu'un certain volume donné de terre: al. 8a) du règlement de Maple Ridge; al. 4a) du règlement de Coquitlam. Enfin, l'al. 8c) du règlement de Maple Ridge prévoit des exceptions pour «un horticulteur, un pépiniériste ou un agriculteur, qui l'utilisera sur place».

L'avocat des municipalités a vaillamment tenté d'établir un lien entre les exceptions prévues dans les règlements et la partie du par. 930(2) de la *Municipal Act* qui autorise l'imposition de droits différents «selon les secteurs de la municipalité». En d'autres termes, on a soutenu que toutes les exceptions constituaient une mesure discriminatoire autorisée, fondée sur le secteur plutôt que sur l'utilisation commerciale ou non commerciale. Cet argument présente un certain attrait et peut être invoqué relativement à certaines exceptions. Par exemple, l'exception pour les horticulteurs, les agriculteurs et les pépiniéristes est liée à la parcelle même de terre où est exploité le commerce. Dans le cas des exceptions ayant trait à des activités d'aménagement, d'amélioration ou de construction, on pourrait également lier ces exceptions aux terrains mentionnés dans les permis en cause.

Toutefois, l'argument des municipalités présente de graves difficultés relativement à l'exception qui existe lorsque la quantité de terre enlevée est infé-

In the case of Maple Ridge By-law No. 3957-1988, it was argued that the exception for removing less than 75 cubic meters of soil was an exception based on area since it is stated in terms relating the removal to “any one parcel of land within the Municipality”: s. 8(a). Notwithstanding that the Coquitlam by-law contains no similar reference to municipal land, I see two serious problems with this argument. First, it entirely ignores that s. 8(a) makes the exception for “Soil removal for other than commercial purposes” (emphasis added). This explicit reference to commercial purposes makes it rather difficult to argue that only area-based discrimination is at issue. Second, accepting that counsel accurately described the practical operation of these by-laws, it is not possible to take advantage of the small-volume exceptions outside a designated area. In other words, the general prohibition against removal of soil from other than designated areas overrides the exception for small-volume removal. The necessary consequence is that commercial and small-volume removers must both operate within designated areas, and it is not possible, for this reason, to argue that any discrimination is area-based.

Although I therefore accept that the by-laws are discriminatory with respect to commercial use rather than with respect to area alone, I nonetheless believe that the discrimination is authorized by the *Municipal Act*. While s. 930(2) makes no explicit reference to discrimination based upon the commercial character of removal, *Sharma, supra*, makes clear that authorization can be either express or implied as a necessary incident of powers delegated. In this case, as the appellants acknowledge, s. 930(2) clearly authorizes discrimination based on volume. In my view, it is implicit in this authorization that commercial and non-commercial users will be treated differently. I believe that licensing schemes of this kind generally make two kinds of exceptions as a matter of administration. First, there are *de minimis* excep-

rieure à un certain volume. Dans le cas du règlement n° 3957-1988 de Maple Ridge, on a soutenu que l'exception prévue lorsque la quantité de terre enlevée est inférieure à 75 mètres cubes est fondée sur le secteur puisqu'elle est formulée relativement à l'enlèvement «dans une parcelle de terrain de la municipalité»: al. 8a). Nonobstant le fait que le règlement de Coquitlam ne fait aucune mention similaire des terrains municipaux, je suis d'avis que cet argument soulève deux problèmes sérieux. Premièrement, on ne tient aucunement compte du fait que l'al. 8a) établit cette exception pour «l'enlèvement de terre [ . . . ] à des fins autres que commerciales» (je souligne). Vu cette mention explicite des fins commerciales, il est plutôt difficile de soutenir qu'il est seulement question de discrimination fondée sur un secteur donné. Deuxièmement, si l'on accepte que l'avocat a bien décrit l'application pratique de ces règlements, on ne saurait se prévaloir des exceptions de faible volume à l'extérieur d'un secteur désigné. En d'autres termes, l'interdiction générale d'enlèvement de terre dans tout endroit autre qu'un secteur désigné l'emporte sur l'exception relative à l'enlèvement d'un faible volume de substances. Il s'ensuit nécessairement que les entrepreneurs commerciaux d'extraction et ceux qui n'enlèvent qu'un faible volume doivent œuvrer à l'intérieur d'un secteur désigné et, pour ce motif, on ne peut soutenir qu'il y a discrimination fondée sur le secteur visé.

J'admets, par conséquent, que les règlements établissent une discrimination fondée sur l'utilisation commerciale plutôt que sur le secteur seulement, mais je crois néanmoins que la discrimination est autorisée par la *Municipal Act*. Bien que le par. 930(2) ne mentionne pas explicitement la discrimination fondée sur la nature commerciale de l'enlèvement, l'arrêt *Sharma*, précité, précise clairement que l'autorisation peut être explicite ou implicite à titre d'accessoire nécessaire d'une délégation de pouvoirs. En l'espèce, comme le reconnaissent les appelantes, le par. 930(2) autorise clairement la discrimination fondée sur le volume. À mon avis, il ressort implicitement de cette autorisation que les utilisateurs commerciaux seront traités différemment des utilisateurs non commerciaux. À mon avis, de tels régimes de délivrance de permis

tions implicit in the regulation; neither the province nor the municipalities are properly concerned with every clod of earth lifted by a spade. Second, exceptions are made for non-profitable, incidental, or personal use.

It is my view that the concept of volumetric discrimination is a surrogate for discrimination based upon these other considerations. In enacting s. 930(2), the principal target of the legislature was undoubtedly commercial removal. I believe it is appropriate to consider the rather turbulent history of the *Municipal Act* and by-laws in coming to this conclusion. So doing, like Southin J.A. below, I am led to believe that “the Legislature not only intended to authorize such imposition and exemption but also has used apt words for the purpose” (p. 311). The by-law discriminates based upon the commercial or non-commercial character of removal, but it does so as a necessary incident of the volumetric fee authorization in s. 930(2). Illegal discrimination in the municipal law sense is not present in the by-laws of Maple Ridge or Coquitlam.

D. *If s. 930(2) of the Municipal Act is within the legislative competence of the province to the extent that it authorizes variable fees, does it, on its true construction, authorize variable permit fees?*

As noted already, Trainor J. decided that the unamended version of s. 930 which confronted him was an incomplete response to the decision of this Court in *Kirkpatrick*, *supra*. Taking a strict approach to construction, he held that s. 930(1)(d) authorizes a permit fee for removal, and that s. 930(2) authorizes a volumetric charge for removal. Although he had “no doubt that the object of the legislation... was to give municipalities the authority to impose a volumetric or variable permit fee” (p. 314), he found that the contrast between

établissent généralement deux types d'exception à des fins administratives. Premièrement, il y a les exceptions *de minimis* implicites dans le règlement; ni la province ni les municipalités n'ont à se préoccuper de chaque motte de terre qui est déplacée. Deuxièmement, des exceptions sont établies pour les usages à des fins accessoires, personnelles ou non lucratives.

À mon avis, le concept de la discrimination fondée sur le volume est un substitut de la discrimination fondée sur ces autres considérations. En adoptant le par. 930(2), la législature visait indubitablement à réglementer l'enlèvement commercial. Je crois qu'il convient d'examiner l'histoire assez turbulent de la *Municipal Act* et des règlements pour arriver à cette conclusion. Ce faisant, à l'instar du juge Southin de la Cour d'appel, je suis porté à croire que [TRADUCTION] «non seulement la législature visait à autoriser l'imposition et les exemptions, mais elle a utilisé les termes appropriés pour le faire» (p. 311). Le règlement établit une discrimination fondée sur le caractère commercial ou non de l'enlèvement, mais il le fait à titre d'accessoire nécessaire de l'autorisation d'imposer des droits volumétriques, visée au par. 930(2). Les règlements de Maple Ridge ou de Coquitlam ne font pas de discrimination illégale au sens du droit municipal.

D. *Si le par. 930(2) de la Municipal Act relève de la compétence législative de la province dans la mesure où il autorise l'imposition de droits variables, autorise-t-il, selon une interprétation juste, l'imposition de droits de permis variables?*

Comme je l'ai déjà fait remarquer, le juge Trainor a décidé que la version non modifiée de l'art. 930 qu'il devait examiner constituait une réaction incomplète à l'arrêt de notre Cour *Kirkpatrick*, précité. Adoptant une interprétation stricte, il a statué que l'al. 930(1)d autorise un droit de permis d'enlèvement et que le par. 930(2) autorise un droit volumétrique pour l'enlèvement de substances. Il a dit n'avoir [TRADUCTION] «aucun doute que l'objet du texte législatif [...] était de conférer aux municipalités le pouvoir d'imposer des droits volumé-

these two provisions meant that the object had not been achieved.

In my opinion, it is not necessary to go much beyond what was stated by the British Columbia Court of Appeal in its review of the Trainor J. decision. Southin J.A. stated (at p. 310) that "to say that the charge can be imposed but it cannot be imposed as part of the permit fee but only as a separate charge is to make a distinction without a difference". In agreeing with this point, I do not mean to suggest that the trial judge wrongly interpreted *Kirkpatrick, supra*, since that case did advocate a restrictive approach to the interpretation of a municipal licensing provision. However, as Trainor J. acknowledged, s. 930(2) was a legislative attempt to ensure the municipalities obtained the power which was denied to them as a result of *Kirkpatrick*. Although s. 930(2) may not be a model of responsive drafting, I believe that together with s. 930(1)(d), it is sufficient to authorize a volumetric permit fee.

## VI. Conclusion

For the foregoing reasons, I conclude that s. 930(2) of the *Municipal Act* is *intra vires* the province of British Columbia. I further conclude that the by-laws enacted under that section are properly authorized by it. Accordingly, I would dismiss the appeal with costs.

*Appeal dismissed with costs.*

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

*Solicitors for the respondent the Corporation of the District of Coquitlam: Harper Grey Easton, Vancouver.*

*Solicitors for the respondent the Corporation of the District of Maple Ridge: Ladner Downs, Vancouver.*

triques ou variables» (p. 314), et il a conclu que le contraste entre les deux dispositions signifiait que l'objet du texte législatif n'avait pas été réalisé.

À mon avis, il n'est pas nécessaire d'aller beaucoup plus loin que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique lorsqu'elle a fait l'examen de la décision du juge Trainor. Le juge Southin (à la p. 310) a dit que [TRADUCTION] «c'est faire une distinction vide de sens que d'affirmer que les frais peuvent être imposés, mais qu'ils ne peuvent faire partie du droit de permis et doivent être imposés à titre de frais distincts seulement». En souscrivant à cette opinion, je ne veux pas dire que le juge de première instance a mal interprété l'arrêt *Kirkpatrick*, précité, puisque cet arrêt préconisait en effet une interprétation restrictive d'un texte municipal ayant trait aux permis. Toutefois, comme le juge Trainor l'a reconnu, le législateur a tenté dans le par. 930(2) d'offrir aux municipalités le pouvoir qui leur était refusé par suite de l'arrêt *Kirkpatrick*. Bien que le par. 930(2) ne constitue peut-être pas un modèle de réaction à une décision judiciaire, je crois que, pris ensemble, ce paragraphe et l'al. 930(1)d) permettent d'autoriser l'imposition d'un droit de permis volumétrique.

## f VI. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je conclus que le par. 930(2) de la *Municipal Act* relève de la compétence de la province de la Colombie-Britannique et que les règlements pris en application de ce paragraphe sont bien fondés. Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

*Pourvoi rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelantes: Russell & DuMoulin, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée la Corporation du district de Coquitlam: Harper Grey Easton, Vancouver.*

*Procureurs de l'intimée la Corporation du district de Maple Ridge: Ladner Downs, Vancouver.*



*Solicitor for the intervener the Attorney General  
of Canada: Linda J. Wall, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général  
du Canada: Linda J. Wall, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General  
for Ontario: Michel Y. Hélie, Toronto.*

*a Procureur de l'intervenant le procureur général  
de l'Ontario: Michel Y. Hélie, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General  
of Quebec: Monique Rousseau, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général  
du Québec: Monique Rousseau, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General<sup>b</sup>  
of British Columbia: George H. Copley, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général  
de la Colombie-Britannique: George H. Copley,  
Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General  
for Alberta: Nolan D. Steed, Edmonton.*

*c Procureur de l'intervenant le procureur général  
de l'Alberta: Nolan D. Steed, Edmonton.*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**D.O.L.** *Respondent*

and

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

Indexed as: **R. v. L. (D.O.)**

File No.: 22660.

1993: June 15; 1993: November 18\*.

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 MANITOBA

*Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Fair trial — Videotaped statement of young complainant in sexual assault case admitted into evidence pursuant to s. 715.1 of Criminal Code — Whether s. 715.1 infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 715.1 offends evidentiary rules against admission of hearsay evidence and prior consistent statements — Whether accused's right to cross-examine complainant violated — Whether judicial discretion in s. 715.1 consistent with principles of fundamental justice — Whether age limit contained in s. 715.1 arbitrary — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fair trial — Public hearing — Presumption of innocence — Videotaped statement of young complainant in sexual assault case admitted into evidence pursuant to s. 715.1 of Criminal Code — Whether s. 715.1 infringes s. 11(d) of*

\*Judgment on constitutional questions rendered from the bench on June 15, 1993.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **D.O.L.** *Intimé*

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, le procureur général du Québec, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général de la Saskatchewan et le procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

Répertorié: **R. c. L. (D.O.)**

<sup>d</sup> N° du greffe: 22660.

1993: 15 juin; 1993: 18 novembre\*.

<sup>e</sup> 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 MANITOBA

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Procès équitable — Enregistrement magnétoscopique de la déclaration d'une jeune plaignante dans une affaire d'agression sexuelle admis en preuve conformément à l'art. 715.1 du Code criminel — L'article 715.1 viole-t-il l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'article 715.1 porte-t-il atteinte aux règles de preuve qui interdisent l'utilisation de la preuve par oui-dire et des déclarations antérieures compatibles? — Y a-t-il eu violation du droit de l'accusé de contre-interroger la plaignante? — Le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal en vertu de l'art. 715.1 est-il compatible avec les principes de justice fondamentale? — La limite d'âge fixée à l'art. 715.1 est-elle arbitraire? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1.*

<sup>i</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Procès public — Présomption d'innocence — Enregistrement magnétoscopique de la déclaration d'une jeune plaignante dans une affaire d'agression sexuelle admis en preuve conformément à l'art. 715.1 du*

\*Le jugement relatif aux questions constitutionnelles a été rendu à l'audience le 15 juin 1993.

*Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1.*

*Criminal law — Videotaped evidence — Accused charged with sexual assault — Videotaped statement of young complainant made five months after alleged offence admitted into evidence pursuant to s. 715.1 of Criminal Code — Whether videotape made within reasonable time — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1.*

*Criminal law — Trial — Reasonable doubt — Whether trial judge applied proper test for weighing evidence.*

*Criminal law — Trial — Function of judge — Apprehension of bias — Examination of witnesses — Whether trial judge's interventions during trial raised reasonable apprehension of bias.*

The accused was charged with sexual assault alleged to have taken place between September 1985 and March 1988. Following a medical examination of the complainant, a 9-year-old girl, the police began their investigation in May 1988 and a videotaped interview of the complainant took place in August 1988. At the preliminary inquiry, the complainant testified before the court. At trial, the Crown sought to introduce the videotaped interview of the complainant pursuant to s. 715.1 of the *Criminal Code*. That section provides that in any proceeding relating to certain sexual offences "in which the complainant was under the age of eighteen years at the time the offence is alleged to have been committed, a videotape made within a reasonable time after the alleged offence, in which the complainant describes the acts complained of, is admissible in evidence if the complainant, while testifying, adopts the contents of the videotape". The accused sought a declaration that s. 715.1 was unconstitutional but the trial judge upheld the section. Following a *voir dire*, the videotaped interview was admitted into evidence and the accused was convicted. The Court of Appeal allowed the accused's appeal and declared s. 715.1 unconstitutional. The court held that s. 715.1 contravened ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and could not be sustained under s. 1. A new trial was ordered.

*Held:* The appeal should be allowed. Section 715.1 of the *Code* is constitutional.

*Code criminel — L'article 715.1 viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1.*

*Droit criminel — Témoignage enregistré sur bande vidéo — Prévenu accusé d'agression sexuelle — Enregistrement magnétoscopique de la déclaration de la jeune plaignante réalisé cinq mois après l'infraction reprochée admis en preuve conformément à l'art. 715.1 du Code criminel — L'enregistrement a-t-il été réalisé dans un délai raisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1.*

*Droit criminel — Procès — Doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il appliqué le bon critère pour apprécier la preuve?*

*Droit criminel — Procès — Rôle du juge — Crainte de partialité — Interrogatoire des témoins — Les interventions du juge du procès ont-elles fait naître une crainte raisonnable de partialité?*

L'accusé a été inculpé relativement à des agressions sexuelles qui auraient été commises entre septembre 1985 et mars 1988. Après un examen médical de la plaignante, qui était âgée de neuf ans, la police a ouvert une enquête en mai 1988 et, en août 1988, on a procédé à un enregistrement magnétoscopique d'une entrevue avec la plaignante. À l'enquête préliminaire, la plaignante a témoigné devant le tribunal. Au procès, le ministère public a voulu mettre en preuve l'enregistrement magnétoscopique de l'entrevue de la plaignante, en application de l'art. 715.1 du *Code criminel*. Cette disposition prévoit que dans des poursuites pour certaines infractions d'ordre sexuel «qui aurai[ent] été commise[s] à l'encontre d'un plaignant alors âgé de moins de dix-huit ans, un enregistrement magnétoscopique réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction reprochée et montrant le plaignant en train de décrire les faits à l'origine de l'accusation est admissible en preuve si le plaignant confirme dans son témoignage le contenu de l'enregistrement». L'accusé a demandé que l'art. 715.1 soit déclaré inconstitutionnel, mais le juge du procès a confirmé la constitutionnalité de l'article. Après un *voir-dire*, l'enregistrement magnétoscopique a été admis en preuve et l'accusé a été déclaré coupable. La Cour d'appel a accueilli l'appel de l'accusé et a déclaré l'art. 715.1 inconstitutionnel. La cour a statué que l'art. 715.1 contrevenait à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qu'il ne pouvait être maintenu en vertu de l'article premier. Un nouveau procès a été ordonné.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli. L'article 715.1 du *Code* est constitutionnel.

*Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.:* Section 715.1 of the *Code* is a response to the dominance and power which adults, by virtue of their age, have over children. By allowing for the videotaping of evidence under certain express conditions, s. 715.1 not only makes participation in the criminal justice system less stressful and traumatic for child and adolescent complainants, but also aids in the preservation of evidence and the discovery of truth.

Section 715.1 does not infringe s. 7 or 11(d) of the *Charter*. Section 715.1 does not offend the rules of evidence against the admission of hearsay evidence and prior consistent statements. In addition, as there is no constitutionally protected requirement that cross-examination be contemporaneous with the giving of evidence, the accused's right to cross-examine has not been violated. The admission of the videotaped evidence does not make the trial unfair or not public, nor does it in any way affect an accused's right to be presumed innocent. Moreover, the incorporation of judicial discretion into s. 715.1, which permits a trial judge to edit or refuse to admit videotaped evidence where its prejudicial effect outweighs its probative value, ensures that s. 715.1 is consistent with fundamental principles of justice and the right to a fair trial protected by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. The age limit of 18 contained in s. 715.1 is not arbitrary. This limit is consistent with laws which define the age of majority and with the special vulnerability of young victims of sexual abuse.

The trial judge did not make a reversible error when he concluded that, in the circumstances of the case, the videotape was made within a reasonable time. Nor did he err in stating or applying the test to be used in weighing the evidence. Finally, the trial judge's intervention during the trial did not raise a reasonable apprehension of bias.

*Per L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ.:* The goal of the court process is truth-seeking and, to that end, the evidence of all those involved in judicial proceedings must be given in a way that is most favourable to eliciting the truth. It is well established that, in many instances, the court process is failing children, especially those who have been victims of sexual abuse, who are then subjected to further trauma as participants in the judicial process. If the criminal justice system is to effectively perform its role in deterring and punishing child sexual abuse, it is vital that the law provide a

*Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin et Iacobucci:* L'article 715.1 du *Code* est une réaction contre la domination et le pouvoir que les adultes, à cause de leur âge, ont sur les enfants. En permettant l'enregistrement magnétoscopique de témoignages dans certaines conditions précises, non seulement l'art. 715.1 rend la participation au système de justice pénale moins pénible et moins traumatisante pour les enfants et les adolescents, mais encore il favorise la conservation de la preuve et la découverte de la vérité.

L'article 715.1 ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*. L'article 715.1 ne porte pas atteinte aux règles de preuve qui interdisent l'utilisation de la preuve par ouï-dire et des déclarations antérieures compatibles. De plus, comme il n'existe aucune exigence reconnue par la Constitution concernant la contemporanéité du contre-interrogatoire, il n'y a pas eu atteinte au droit de contre-interroger de l'accusé. L'utilisation du témoignage sur bande vidéo ne porte pas atteinte à l'équité ou à la publicité du procès ni, d'aucune façon, à la présomption d'innocence d'un accusé. En outre, l'insertion à l'art. 715.1 d'un pouvoir discrétionnaire permettant au juge du procès d'épurer ou de refuser d'utiliser le témoignage sur bande vidéo lorsque son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante, assure la compatibilité de l'art. 715.1 avec les principes de justice fondamentale et le droit à un procès équitable reconnus à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*. L'âge maximal de 18 ans fixé à l'art. 715.1 n'est pas arbitraire. Il est compatible avec les lois qui fixent l'âge de la majorité et avec la vulnérabilité particulière des jeunes victimes d'agressions sexuelles.

Le juge du procès n'a pas commis d'erreur donnant lieu à révision lorsqu'il a conclu que, dans les circonstances de l'espèce, l'enregistrement magnétoscopique a été réalisé dans un délai raisonnable. Il n'a pas commis d'erreur non plus en formulant ou en appliquant le critère à utiliser dans l'appréciation de la preuve. Enfin, l'intervention du juge du procès n'a pas fait naître une crainte raisonnable de partialité.

*Les juges L'Heureux-Dubé et Gonthier:* Le processus judiciaire a pour but la recherche de la vérité et, à cette fin, le témoignage de tous les participants à des poursuites judiciaires doit être donné de la façon la plus propre à faire éclater la vérité. Il est bien établi que, dans bien des cas, le processus judiciaire néglige les enfants, surtout ceux victimes d'agressions sexuelles, qui se voient de nouveau traumatisés en raison de leur participation au processus judiciaire. Si le système de justice pénale doit effectivement jouer son rôle de dissuader et de punir les agressions sexuelles contre les enfants, il est

workable, decent and dignified means for the victim to tell her story to the court. Section 715.1 is a modest legislative initiative working toward this end. The constitutionality of s. 715.1 is to be examined from a contextual approach which recognizes the staggering numbers of sexual offences reported each year and the innate power imbalance between the abuser and the abused child, which is often tied to both the gender and the age of the victim and the perpetrator. By preserving an early account of the child's complaint and by providing a procedure for the introduction of the child's story into evidence at the trial, s. 715.1 facilitates the attainment of the truth. It also curbs the trauma that a child called to testify in a case of sexual abuse is forced to endure. Although s. 715.1 does not totally eliminate the need for a child to speak in front of the court, the end goal of making the criminal justice process more accommodating to children is accomplished. The limited scope of s. 715.1 is a legislative attempt to balance the objectives of that section with the right of an accused to a fair trial.

Section 7 of the *Charter* entitles an accused to a fair trial but it does not entitle him to the most favourable procedures that could possibly be imagined. Canadian society has a vested interest in the enforcement of criminal law in a manner that is both fair to the accused and sensitive to the needs of those who participate as witnesses. In particular, children may have to be treated differently by the criminal justice system in order that it may provide them with the protections to which they are rightly entitled and which they deserve. Further, the rules of evidence have not been constitutionalized into unalterable principles of fundamental justice. These rules are not cast in stone and will evolve with time. As well, they should not be interpreted in a restrictive manner which may essentially defeat their purpose of seeking truth and justice. The modern trend in this field has been to admit all relevant and probative evidence and allow the trier of fact to decide the weight to be given to that evidence in order to arrive at a result which will be just.

The accused's right to a fair trial under s. 7 of the *Charter* has not been infringed by the admission of the videotaped statement pursuant to s. 715.1. The provisions of s. 715.1 accommodate the traditional rules of evidence. First, even assuming that videotaped evidence is hearsay, s. 715.1 does not offend the rules against the admission of hearsay evidence. Under s. 715.1, the concern generally associated with hearsay that the prior

d'importance vitale que la loi mette à la disposition de la victime un moyen efficace, décent et digne lui permettant de venir donner sa version devant le tribunal. L'article 715.1 est une mesure législative modeste qui vise cette fin. La constitutionnalité de l'art. 715.1 doit être examinée au moyen d'une méthode contextuelle qui reconnaît le nombre effarant d'infractions d'ordre sexuel signalées chaque année ainsi que l'inégalité inhérente du rapport de force entre l'agresseur et l'enfant victime, qui est souvent liée à la fois au sexe et à l'âge de la victime et de l'agresseur. En préservant le récit fait peu après la plainte de l'enfant et en fournissant une procédure pour l'introduire en preuve au procès, l'art. 715.1 facilite la découverte de la vérité. Il atténue également le traumatisme que subit inévitablement l'enfant appelé à témoigner dans une affaire d'agression sexuelle. Bien que l'art. 715.1 ne fasse pas disparaître totalement l'obligation pour un enfant de parler devant le tribunal, il atteint son but ultime qui est de rendre le processus pénal plus accueillant pour les enfants. La portée limitée de l'art. 715.1 s'explique par la recherche d'un équilibre entre ses objectifs et le droit de l'accusé à un procès équitable.

L'article 7 de la *Charte* reconnaît à un accusé le droit à un procès équitable, mais il ne lui donne pas le droit de bénéficier des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer. Il existe, dans la société canadienne, un intérêt acquis pour l'application du droit pénal d'une manière qui soit à la fois équitable pour l'accusé et sensible aux besoins de ceux qui y participent à titre de témoins. En particulier, il se peut que le système de justice pénale doive traiter différemment les enfants s'il veut leur offrir les protections auxquelles ils ont droit et qu'ils méritent. De plus, les règles de preuve n'ont pas été érigées dans la Constitution en principes inaltérables de justice fondamentale. Ces règles ne sont pas coulées dans le bronze et évoluent avec le temps. De même, elles ne devraient pas recevoir une interprétation restrictive qui irait essentiellement à l'encontre de leur objet, soit la recherche de la vérité et de la justice. Dans ce domaine, la tendance actuelle est d'admettre la preuve pertinente et probante et de laisser au juge des faits le soin de l'apprécier afin d'arriver à un résultat qui soit juste.

Le droit à un procès équitable que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'accusé n'a pas été violé par l'utilisation de la déclaration enregistrée sur bande vidéo conformément à l'art. 715.1. Les dispositions de l'art. 715.1 laissent place à l'application des règles de preuve traditionnelles. Premièrement, même en présumant que l'enregistrement magnétoscopique constitue du oui-dire, l'art. 715.1 ne contrevient pas aux règles qui interdisent

statement may be unreliable does not present a real danger because a young complainant whose videotaped statement is admitted at trial through s. 715.1 must testify in court and must adopt the contents of the videotape. There is no reason to require circumstances of necessity or circumstantial indicators of reliability as prerequisites to the admission of evidence which does not carry the dangers inherent in the admission of hearsay evidence. The rules of necessity and reliability were designed as substitute requirements, in instances where an exception to the rules of evidence is mandated. They do not necessarily apply to legislative initiatives. In any event, the criteria of necessity and reliability can easily be met. Reliability arises from the presence of the child at trial, the adoption under oath of her videotaped statements, the opportunity to observe the child in the videotape and in court and the accused's ability to cross-examine the child. Necessity stems from the child's possible loss of memory by the time of trial or from the negative consequences that the child may suffer if obliged to testify at trial.

Second, the rationale for excluding prior consistent statements made by a witness is not applicable to s. 715.1. The videotaped evidence is not being admitted to bolster the credibility of the child witness or to provide superfluous information. This evidence is highly relevant and probative since it is the only evidence before the court with regard to the details of the child's sexual abuse. Section 715.1 simply provides a different means of giving evidence.

Third, the opportunity to cross-examine the complainant at trial, rather than at the time of the filming of the videotape, provides an adequate means of testing the complainant's evidence. Under s. 715.1, the manner of questioning, the reaction, the responses and the entire circumstances of the taking of the evidence are before the court through the medium of videotaping. By ensuring an opportunity for the accused to test the videotaped evidence, s. 715.1 provides full protection for the rights of an accused. Contemporaneous cross-examination is not protected by the *Charter*.

In addition to the power to expunge or edit statements where necessary, the trial judge has discretion under s.

l'utilisation d'une preuve par ouï-dire. En vertu de l'art. 715.1, la crainte, généralement associée au ouï-dire, que la déclaration antérieure ne soit pas fiable ne présente pas un risque réel parce qu'un jeune plaignant, dont la déclaration enregistrée est utilisée sous le régime de l'art. 715.1, doit témoigner devant le tribunal et confirmer le contenu de l'enregistrement. Il n'y a aucune raison d'exiger la présence de circonstances établissant la nécessité ou démontrant la fiabilité comme condition préalable à l'admission d'une preuve qui ne comporte pas les dangers inhérents à l'admission de la preuve par ouï-dire. Les règles de nécessité et de fiabilité ont été conçues comme des exigences subsidiaires dans les cas où s'impose une exception aux règles de preuve. Elles ne s'appliquent pas nécessairement aux mesures législatives. Quoi qu'il en soit, il peut être aisément satisfait aux critères de nécessité et de fiabilité. La fiabilité découle de la présence de l'enfant au procès, de la confirmation sous serment de ses déclarations enregistrées sur bande vidéo, de la possibilité d'observer l'enfant dans l'enregistrement et au tribunal et de la capacité de l'accusé de le contre-interroger. La nécessité découle de la possibilité que la mémoire de l'enfant s'estompe avant la tenue du procès ou qu'il subisse des répercussions négatives s'il était obligé de témoigner au procès.

Deuxièmement, le raisonnement justifiant l'exclusion des déclarations antérieures compatibles faites par un témoin n'est pas applicable à l'art. 715.1. Le témoignage enregistré sur bande magnétoscopique n'est pas admis aux fins d'étayer la crédibilité de l'enfant témoin ou d'apporter des renseignements superflus. Ce témoignage est hautement pertinent et probant puisque c'est le seul dont dispose le tribunal quant aux détails de l'agression sexuelle contre l'enfant. L'article 715.1 ne fait que prévoir un moyen différent de rendre témoignage.

Troisièmement, la possibilité de contre-interroger le plaignant au procès, plutôt qu'au moment de la réalisation de l'enregistrement, constitue un moyen approprié de tester le témoignage du plaignant. Suivant l'art. 715.1, le tribunal est, du fait de l'enregistrement, à même d'apprécier la façon dont s'est déroulé l'interrogatoire, la réaction, les réponses et l'ensemble des circonstances entourant la prise de la déposition. En donnant à l'accusé l'occasion de tester l'exactitude de l'enregistrement, l'art. 715.1 protège pleinement les droits qui lui sont reconnus. Le principe de la contemporanéité du contre-interrogatoire n'est pas protégé par la *Charte*.

Outre le pouvoir d'expurger ou d'épurer une déclaration en cas de besoin, le juge du procès a, en vertu de

715.1 to refuse to admit the videotape in evidence if its prejudicial effect outweighs its probative value. Properly used, this discretion to exclude admissible evidence ensures the validity of s. 715.1 and is consistent with fundamental principles of justice necessary to safeguard the right to a fair trial enshrined in the *Charter*.

The limit of 18 years of age in s. 715.1 is not arbitrary. Section 715.1 is a legislative attempt to partly shield the most vulnerable of witnesses, children and young women, from the severe effects that all witnesses, regardless of age, suffer in sexual abuse cases. The inclusion in s. 715.1 of all complainants up to the age of 18 is required by their continued need for protection and is in conformity with international and domestic instruments.

Section 715.1 does not infringe s. 11(d) of the *Charter*. Out-of-court statements admitted into evidence at trial do not deny an accused the guarantee of a public hearing. Further, the fact that the child's testimony is on videotape in no way colours the accused's guilt or innocence.

The videotaped testimony of the complainant was made within a reasonable time, pursuant to s. 715.1, and was properly admitted into evidence. What is or is not "reasonable" depends entirely on the circumstances of a case. Here, the videotape was made five months after the offence was reported. The trial judge, after reviewing all the circumstances of the case, concluded that the time period in videotaping the complainant's evidence was reasonable. The trial judge correctly directed himself in law and did not err in his assessment of the evidence.

The trial judge applied the proper test for weighing the evidence. Whether an account given by an accused might reasonably be true is not the proper test of whether the Crown's evidence should be rejected. It is simply one factor in assessing the overall impact of the evidence as a whole. The only question for the trier of fact at the end of the trial is whether or not, on the whole of the evidence, the Crown has proved its case beyond a reasonable doubt. If it has, the accused must be convicted. If there is a reasonable doubt, the accused must be acquitted.

l'art. 715.1, le pouvoir discrétionnaire de refuser d'admettre en preuve un enregistrement magnétoscopique si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. L'exercice régulier de ce pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve admissible assure la validité de l'art. 715.1 et est compatible avec les principes de justice fondamentale dont le respect est exigé pour garantir le droit à un procès équitable consacré dans la *Charte*.

La limite d'âge de 18 ans, fixée à l'art. 715.1, n'est pas arbitraire. L'article 715.1 est une tentative du législateur de protéger partiellement les témoins les plus vulnérables, soit les enfants et les jeunes femmes, contre les répercussions importantes que subissent tous les témoins, quel que soit leur âge, dans les affaires d'agression sexuelle. L'inclusion, à l'art. 715.1, de tous les plaignants de moins de 18 ans s'impose en raison de leur besoin continu de protection et est conforme aux instruments internationaux et internes.

L'article 715.1 ne contrevient pas à l'al. 11d) de la *Charte*. L'admission en preuve au procès de déclarations extrajudiciaires ne prive pas un accusé de la garantie d'un procès public. De plus, le fait que le témoignage de l'enfant soit recueilli sur bande vidéo ne change rien à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé.

L'enregistrement magnétoscopique du témoignage de la plaignante a été réalisé dans un délai raisonnable, conformément à l'art. 715.1, et c'est à juste titre qu'il a été admis en preuve. Ce qui est ou n'est pas «raisonnable» est uniquement affaire de circonstances. En l'espèce, l'enregistrement a été réalisé cinq mois après que l'infraction eut été signalée. Le juge du procès a conclu, après examen de l'ensemble des circonstances, que le délai ayant précédé l'enregistrement du témoignage de la plaignante était raisonnable. Le juge du procès s'est correctement dirigé en droit et il n'a pas commis d'erreur dans son appréciation de la preuve.

Le juge du procès a appliqué le bon critère pour apprécier la preuve. La question de savoir si le récit fait par l'accusé pourrait raisonnablement être vrai n'est pas le bon critère pour décider s'il y a lieu de rejeter la preuve du ministère public. Il s'agit simplement d'un facteur qui entre en ligne de compte dans l'appréciation de la valeur globale de la preuve dans son ensemble. Au terme du procès, la seule question que doit se poser le juge des faits est de savoir si, d'après l'ensemble de la preuve, le ministère public a établi une preuve hors de tout doute raisonnable. Si oui, l'accusé doit être déclaré coupable. S'il existe un doute raisonnable, l'accusé doit être acquitté.

Finally, in cases involving fragile witnesses such as children, the trial judge has a responsibility to ensure that the child understands the questions being asked and that the evidence given by the child is clear and unambiguous. To accomplish this end, the trial judge may be required to clarify and rephrase questions asked by counsel and to ask subsequent questions to the child to clarify the child's responses. The trial judge's conduct in this case did not prevent the mounting of a proper defence, nor did it demonstrate favouritism toward the complainant in such a way as to preclude a fair trial.

*Per Major J.:* Section 715.1 of the *Code* does not infringe s. 7 or 11(d) of the *Charter*. The conclusions with respect to the non-constitutional issues were agreed with.

#### Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

**Referred to:** *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Meddoui*, [1991] 2 W.W.R. 289; *R. v. Toten* (1993), 83 C.C.C. (3d) 5; *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988); *Maryland v. Craig*, 110 S.Ct. 3157 (1990); *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *R. v. Argue*, Ont. Ct. (Gen. Div.), October 2, 1991, unreported; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *M. (M.E.) v. L. (P.)*, [1992] 1 S.C.R. 183; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 7, 11(d).  
*Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, Arts. 1, 19, 34.  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1 [en. c. 19 (3rd Suppl.), s. 16].  
 Fla. Stat. Ann. § 92.53 (West 1992).  
*Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1.

Enfin, dans des affaires mettant en cause des témoins fragiles tels les enfants, il incombe au juge du procès de veiller à ce que l'enfant comprenne les questions posées et à ce que son témoignage soit clair et sans ambiguïté. À cette fin, il se peut qu'il soit obligé de clarifier ou de reformuler des questions posées par les avocats et de poser des questions additionnelles pour clarifier les réponses de l'enfant. En l'espèce, le juge du procès n'a pas, par sa conduite, empêché la défense de présenter la preuve voulue et il n'a pas non plus fait montre de favoritisme à l'endroit de la plaignante de manière à empêcher la tenue d'un procès équitable.

*Le juge Major:* L'article 715.1 du *Code* ne contrevient pas à l'art. 7 ni à l'al. 11d) de la *Charte*. Les conclusions relatives aux questions non constitutionnelles sont acceptées.

#### Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

**Arrêts mentionnés:** *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Meddoui*, [1991] 2 W.W.R. 289; *R. c. Toten* (1993), 83 C.C.C. (3d) 5; *Coy c. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988); *Maryland c. Craig*, 110 S.Ct. 3157 (1990); *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *R. c. Argue*, C. Ont. (Div. gén.), le 2 octobre 1991, inédit; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 7, 11d).  
*Convention relative aux droits de l'enfant*, R.T. Can. 1992 n° 3, art. 1, 19, 34.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1 [aj. ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 16].  
 Fla. Stat. Ann. § 92.53 (West 1992).  
*Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1.



## Authors Cited

- Bala, Nicholas. "Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System". In Walter S. Tarnopolsky, Joyce Whitman and Monique Ouellette, eds., *Discrimination in the Law and the Administration of Justice*. Montréal: Thémis, 1993, 232.
- Bala, Nicholas, and Martha Bailey. "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 *J. Fam. L.* 283.
- Bessner, Ronda. "Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence" (1990), 79 C.R. (3d) 15.
- Brennan, Mark. "The Battle for Credibility" (1993), 143 *New Law Journal* 623.
- Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children*, vol. 2. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.
- Canada. Department of Justice, Research Section. *Sexual Assault Legislation in Canada: An Evaluation* (Report No. 5). Ottawa: Department of Justice Canada, 1990.
- Canada. Health and Welfare. Report of the Special Advisor to the Minister of National Health and Welfare on Child Sexual Abuse in Canada. *Reaching for Solutions*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1990.
- Canada. House of Commons. Legislative Committee on Bill C-15. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 1, November 27, 1986, p. 1:18.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and the Solicitor General. *Four-Year Review of the Child Sexual Abuse Provisions of the Criminal Code and the Canada Evidence Act (formerly Bill C-15)*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1993.
- Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. *Proceedings*, Issue No. 2, November 20, 1986, p. 2:23.
- Canada. Solicitor General. *Canadian Urban Victimization Survey*, Bulletin No. 2, *Reported and Unreported Crimes*. Ottawa: Solicitor General, 1984.
- Clark, Lorene M. G. "Boys Will Be Boys: Beyond the Badgley Report" (1986), 2 *C.J.W.L.* 135.
- Dziech, Billie Wright, and Charles B. Schudson. *On Trial: America's Courts and Their Treatment of Sexually Abused Children*, 2nd ed. Boston: Beacon Press, 1991.
- Flin, Rhona H., and John R. Spencer. "Do Children Forget Faster?", [1991] *Crim. L.R.* 189.

## Doctrine citée

- Bala, Nicholas. «Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System». Dans Walter S. Tarnopolsky, Joyce Whitman et Monique Ouellette, dir., *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice*. Montréal: Thémis, 1993, 232.
- Bala, Nicholas, and Martha Bailey. «Canada: Recognizing the Interests of Children» (1992-93), 31 *J. Fam. L.* 283.
- Bessner, Ronda. «Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence» (1990), 79 C.R. (3d) 15.
- Brennan, Mark. «The Battle for Credibility» (1993), 143 *New Law Journal* 623.
- Canada. Chambre des communes. Comité législatif sur le projet de loi C-15. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 1, le 27 novembre 1986, p. 1:18.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et du solliciteur général. *Examen de quatre ans des dispositions du Code criminel et de la Loi sur la preuve au Canada sur l'exploitation sexuelle des enfants (anciennement projet de loi C-15)*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1993.
- Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. *Infractions sexuelles à l'égard des enfants*, vol. 2. Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1984.
- Canada. Ministère de la Justice, Section de la recherche. *La Loi sur les agressions sexuelles au Canada: Une évaluation* (Rapport n° 5). Ottawa: Ministère de la Justice du Canada, 1990.
- Canada. Santé et Bien-être social. Rapport du conseiller spécial du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social en matière d'agressions sexuelles contre les enfants au Canada. *À la recherche de solutions*. Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1990.
- Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. *Délibérations*, fascicule n° 2, le 20 novembre 1986, p. 2:23.
- Canada. Solliciteur général. *Sondage canadien sur la victimisation en milieu urbain*, bulletin n° 2, *Crimes signalés et non signalés*. Ottawa: Solliciteur général, 1984.
- Clark, Lorene M. G. «Boys Will Be Boys: Beyond the Badgley Report» (1986), 2 *R.J.F.D.* 135.
- Dziech, Billie Wright, and Charles B. Schudson. *On Trial: America's Courts and Their Treatment of*

- Goodman, Gail S., et al. *Testifying in Criminal Court: Emotional Effects on Child Sexual Assault Victims*. Chicago: University of Chicago Press, 1992.
- Goodman, Gail S., and Vicki S. Helgeson. "Child Sexual Assault: Children's Memory and the Law" (1985), 40 *U. Miami L. Rev.* 181.
- Hill, Paula E., and Samuel M. Hill. "Videotaping Children's Testimony: An Empirical View" (1987), 85 *Mich. L. Rev.* 809.
- Holmstrom, Lynda Lytle, and Ann Wolbert Burgess. *The Victim of Rape: Institutional Reactions*. New Brunswick, N.J.: Transaction Books, 1983.
- Marshall, Patricia. "Sexual Assault, the Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 C.R. (3d) 216.
- McAllister, Beth. "Article 38.071 of the Texas Code of Criminal Procedure: A Legislative Response to the Needs of Children in the Courtroom" (1986), 18 *St. Mary's L.J.* 279.
- McGillivray, Anne. "Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15" (1990), 19 *Man. L.J.* 549.
- McGillivray, Anne. "*R. v. Laramee*: Forgetting Children, Forgetting Truth" (1991), 6 C.R. (4th) 325.
- Renaud, Gilles. "Judicial Notice of Delayed Reporting of Sexual Abuse: A Reply to Mr. Rauf" (1993), 20 C.R. (4th) 383.
- Rittershaus, Mary A. "*Maryland v. Craig*: Balancing the Interests of a Child Victim Against the Defendant's Right to Confront his Accuser" (1991), 36 *San Diego L. Rev.* 104.
- Spencer, John R. "Child Witnesses — A Further Skirmish" (1987), 137 *New Law Journal* 1127.
- Spencer, John R., and Rhona H. Flin. *The Evidence of Children: The Law and the Psychology*. London: Blackstone Press, 1990.
- Summit, Roland C. "The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome" (1983), 7 *Child Abuse & Neglect* 177.
- Whitcomb, Debra, Elizabeth R. Shapiro and Lindsey D. Stellwagen. *When the Victim is a Child: Issues for Judges and Prosecutors*. Washington, D.C.: National Institute of Justice, 1985.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 4. Revised by James H. Chadbourne. Boston: Little, Brown and Co., 1972.
- Young, Alison Harvison. "Child Sexual Abuse and the Law of Evidence: Some Current Canadian Issues" (1992), 11 *Can. J. Fam. L.* 11.
- Sexually Abused Children*, 2nd ed. Boston: Beacon Press, 1991.
- Flin, Rhona H., and John R. Spencer. «Do Children Forget Faster?», [1991] *Crim. L.R.* 189.
- a Goodman, Gail S., et al. *Testifying in Criminal Court: Emotional Effects on Child Sexual Assault Victims*. Chicago: University of Chicago Press, 1992.
- Goodman, Gail S., and Vicki S. Helgeson. «Child Sexual Assault: Children's Memory and the Law» (1985), 40 *U. Miami L. Rev.* 181.
- b Hill, Paula E., and Samuel M. Hill. «Videotaping Children's Testimony: An Empirical View» (1987), 85 *Mich. L. Rev.* 809.
- Holmstrom, Lynda Lytle, and Ann Wolbert Burgess. *The Victim of Rape: Institutional Reactions*. New Brunswick, N.J.: Transaction Books, 1983.
- c Marshall, Patricia. «Sexual Assault, the Charter and Sentencing Reform» (1988), 63 C.R. (3d) 216.
- McAllister, Beth. «Article 38.071 of the Texas Code of Criminal Procedure: A Legislative Response to the Needs of Children in the Courtroom» (1986), 18 *St. Mary's L.J.* 279.
- d McGillivray, Anne. «Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15» (1990), 19 *Man. L.J.* 549.
- McGillivray, Anne. «*R. v. Laramee*: Forgetting Children, Forgetting Truth» (1991), 6 C.R. (4th) 325.
- e Renaud, Gilles. «Judicial Notice of Delayed Reporting of Sexual Abuse: A Reply to Mr. Rauf» (1993), 20 C.R. (4th) 383.
- McGillivray, Anne. «*R. v. Laramee*: Forgetting Children, Forgetting Truth» (1991), 6 C.R. (4th) 325.
- f Renaud, Gilles. «Judicial Notice of Delayed Reporting of Sexual Abuse: A Reply to Mr. Rauf» (1993), 20 C.R. (4th) 383.
- Rittershaus, Mary A. «*Maryland v. Craig*: Balancing the Interests of a Child Victim Against the Defendant's Right to Confront his Accuser» (1991), 36 *San Diego L. Rev.* 104.
- g Spencer, John R. «Child Witnesses — A Further Skirmish» (1987), 137 *New Law Journal* 1127.
- Spencer, John R., and Rhona H. Flin. *The Evidence of Children: The Law and the Psychology*. London: Blackstone Press, 1990.
- h Summit, Roland C. «The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome» (1983), 7 *Child Abuse & Neglect* 177.
- Whitcomb, Debra, Elizabeth R. Shapiro and Lindsey D. Stellwagen. *When the Victim is a Child: Issues for Judges and Prosecutors*. Washington, D.C.: National Institute of Justice, 1985.
- i Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 4. Revised by James H. Chadbourne. Boston: Little, Brown and Co., 1972.
- j Young, Alison Harvison. «Child Sexual Abuse and the Law of Evidence: Some Current Canadian Issues» (1992), 11 *Rev. can. d. fam.* 11.

Yuille, John C., Mary Ann King and Don MacDougall. *Child Victims and Witnesses: The Social Science and Legal Literatures*. Ottawa: Department of Justice Canada, 1988.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1991), 73 Man. R. (2d) 238, 3 W.A.C. 238, 6 C.R. (4th) 277, 65 C.C.C. (3d) 465, allowing the accused's appeal from his conviction on a charge of sexual assault and ordering a new trial. Appeal allowed.

*Marva J. Smith and Deborah L. Carlson*, for the appellant.

*Rocky Kravetsky, Jill K. Duncan and Gene G. Zazelenchuk*, for the respondent.

*Ivan Whitehall, Q.C.*, and *Kimberly Prost*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Scott C. Hutchison*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Lucie Rondeau and Dominique A. Jobin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

*Gabriel Bourgeois*, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

*Thomson Irvine*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

Written submissions only by *Jack Watson*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

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

LAMER C.J. — I have read the reasons of Madame Justice L'Heureux-Dubé and concur in her result. It is my view that s. 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, is a response to the dominance and power which adults, by virtue of their age, have over children. Accordingly, s. 715.1 is designed to accommodate the needs and to safeguard the interests of young victims of various

Yuille, John C., Mary Ann King et Don MacDougall. *Enfants victimes et témoins: Publications en droit et en sciences sociales*. Ottawa: Ministère de la Justice Canada, 1988.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1991), 73 Man. R. (2d) 238, 3 W.A.C. 238, 6 C.R. (4th) 277, 65 C.C.C. (3d) 465, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à une accusation d'agression sexuelle et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

*Marva J. Smith et Deborah L. Carlson*, pour l'appelante.

*Rocky Kravetsky, Jill K. Duncan et Gene G. Zazelenchuk*, pour l'intimé.

*Ivan Whitehall, c.r.*, et *Kimberly Prost*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Scott C. Hutchison*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Lucie Rondeau et Dominique A. Jobin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

*Gabriel Bourgeois*, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

*Thomson Irvine*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Argumentation écrite seulement par *Jack Watson*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

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

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai lu les motifs du juge L'Heureux-Dubé et je souscris à sa conclusion. À mon avis, l'art. 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, est une réaction contre la domination et le pouvoir que les adultes, à cause de leur âge, ont sur les enfants. Par conséquent, l'art. 715.1 est conçu pour répondre aux besoins et protéger les intérêts des jeunes victimes de diffé-

forms of sexual abuse, irrespective of their sex. By allowing for the videotaping of evidence under certain express conditions, s. 715.1 not only makes participation in the criminal justice system less stressful and traumatic for child and adolescent complainants, but also aids in the preservation of evidence and the discovery of truth.

I would answer the constitutional questions in the same manner as my colleague. As s. 715.1 neither offends the principles of fundamental justice nor violates the right to a fair trial, it cannot be said to limit the rights guaranteed under s. 7 or 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The respondent has failed to establish that s. 715.1 offends the rules of evidence against the admission of hearsay evidence and prior consistent statements. In addition, as there is no constitutionally protected requirement that cross-examination be contemporaneous with the giving of evidence, the respondent has failed to show that his fundamental right to cross-examine has been violated. The admission of the videotaped evidence does not make the trial unfair or not public, nor does it in any way affect an accused's right to be presumed innocent.

Moreover, the incorporation of judicial discretion into s. 715.1, which permits a trial judge to edit or refuse to admit videotaped evidence where its prejudicial effect outweighs its probative value, ensures that s. 715.1 is consistent with fundamental principles of justice and the right to a fair trial protected by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. The age limit of eighteen contained in s. 715.1 is not arbitrary, but rather is consistent with laws which define the age of majority to be eighteen years and with the special vulnerability of young victims of sexual abuse.

As I have found there to be no violation of either s. 7 or 11(d) of the *Charter*, it is unnecessary to consider whether s. 715.1 can be justified under s. 1 of the *Charter*.

rentes formes d'agression sexuelle, indépendamment de leur sexe. En permettant l'enregistrement magnétoscopique de témoignages dans certaines conditions précises, non seulement l'art. 715.1 rend la participation au système de justice pénale moins pénible et moins traumatisante pour les enfants et les adolescents, mais encore il favorise la conservation de la preuve et la découverte de la vérité.

Je réponds aux questions constitutionnelles de la même manière que ma collègue. Comme l'art. 715.1 ne viole pas les principes de justice fondamentale ni ne porte atteinte au droit à un procès équitable, on ne peut dire qu'il limite les droits garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L'intimé n'a pas réussi à établir que l'art. 715.1 porte atteinte aux règles de preuve qui interdisent l'utilisation de la preuve par ouï-dire et des déclarations antérieures compatibles. De plus, comme il n'existe aucune exigence reconnue par la Constitution concernant la contemporanéité du contre-interrogatoire, l'intimé n'a pas réussi à démontrer une atteinte à son droit de contre-interroger. L'utilisation du témoignage sur bande vidéo ne porte pas atteinte à l'équité ou à la publicité du procès ni, d'aucune façon, à la présomption d'innocence d'un accusé.

En outre, l'insertion à l'art. 715.1 d'un pouvoir discrétionnaire permettant au juge du procès d'épurer ou de refuser d'utiliser le témoignage sur bande vidéo lorsque son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante, assure la compatibilité de l'art. 715.1 avec les principes de justice fondamentale et le droit à un procès équitable reconnus à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*. L'âge maximal de 18 ans fixé à l'art. 715.1 n'est pas arbitraire. Au contraire, il est compatible avec les lois qui établissent la majorité à 18 ans et avec la vulnérabilité particulière de jeunes victimes d'agressions sexuelles.

Puisque j'ai conclu à l'absence de violation de l'art. 7 ou de l'al. 11d) de la *Charte*, il n'est pas nécessaire d'examiner si l'art. 715.1 peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Finally, I would agree with my colleague's disposition of the non-constitutional issues in this case. The trial judge did not make a reversible error when he concluded that, in the circumstances of the case, the videotape was made within a reasonable time. Nor did he err in stating or applying the test to be used in weighing the evidence. Lastly, the respondent failed to establish that the trial judge's intervention during the trial raised a reasonable apprehension of bias.

Accordingly, I would allow the appeal and reinstate the conviction at trial.

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

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This case raises a number of complex and important issues. Among these are the accused's right to a fair trial and to face his accuser and the criminal justice system's responsibility to seek the truth. As well, the complexities of dealing with the special circumstances involving child witnesses and the difficulties that child victims encounter when attempting to relay their plight of abuse to the courts must be examined. More precisely, this Court is being asked to determine the constitutionality of s. 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (as amended by c. 19 (3rd Supp.), s. 16), which states:

**715.1** In any proceeding relating to an offence under section 151, 152, 153, 155 or 159, subsection 160(2) or (3), or section 170, 171, 172, 173, 271, 272 or 273, in which the complainant was under the age of eighteen years at the time the offence is alleged to have been committed, a videotape made within a reasonable time after the alleged offence, in which the complainant describes the acts complained of, is admissible in evidence if the complainant, while testifying, adopts the contents of the videotape.

Judgment was rendered, in part, from the bench on June 15, 1993, answering the constitutional questions in the following terms:

Enfin, je suis d'accord avec la façon dont ma collègue tranche les questions non constitutionnelles soulevées en l'espèce. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur donnant lieu à révision lorsqu'il a conclu que, dans les circonstances de l'espèce, l'enregistrement magnétoscopique a été réalisé dans un délai raisonnable. Il n'a pas commis d'erreur non plus en formulant ou en appliquant le critère à utiliser dans l'appréciation de la preuve. Finalement, l'intimé n'a pas réussi à établir que l'intervention du juge du procès a soulevé une crainte raisonnable de partialité.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée au procès.

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

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi soulève plusieurs questions complexes et importantes, dont le droit d'un accusé à un procès équitable et celui de confronter son accusateur, ainsi que la responsabilité du système de justice pénale de faire éclater la vérité. Il faut également examiner les problèmes épineux que pose le cas particulier du témoignage des enfants et les difficultés que ceux-ci rencontrent lorsqu'ils tentent de saisir les tribunaux des abus dont ils ont été victimes. Plus précisément, notre Cour est appelée à décider de la constitutionnalité de l'art. 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (modifié par ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 16), qui dispose:

**715.1** Dans des poursuites pour une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 155 ou 159, aux paragraphes 160(2) ou (3) ou aux articles 170, 171, 172, 173, 271, 272 ou 273 et qui aurait été commise à l'encontre d'un plaignant alors âgé de moins de dix-huit ans, un enregistrement magnétoscopique réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction reprochée et montrant le plaignant en train de décrire les faits à l'origine de l'accusation est admissible en preuve si le plaignant confirme dans son témoignage le contenu de l'enregistrement.

Jugement a été rendu en partie à l'audience le 15 juin 1993, donnant les réponses suivantes aux questions constitutionnelles:

We reserve our decision as regards the non-constitutional grounds raised by respondent. We are ready to answer the constitutional questions now, with reasons to follow.

1. Does s. 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, in whole or in part, limit the rights guaranteed under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to the first question is in the affirmative, does s. 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, constitute a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justifiable in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: This question does not arise.

3. Does s. 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, in whole or in part, limit the rights guaranteed under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

4. If the answer to the third question is in the affirmative, does s. 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, constitute a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justifiable in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: This question does not arise.

### Facts

In October 1988, the respondent, D.O.L., was charged with three counts of sexual assault alleged to have taken place between September 1985 and March 1988, and three counts of sexual interference alleged to have occurred between January 1988 and March 29, 1988.

The complainant, R.S., was born on March 12, 1979, and disclosed the sexual occurrences in March of 1988. In May 1988, following a medical examination of the complainant, the police began an investigation of the allegations. In August 1988, a videotape interview of the complainant took place. The complainant, a female child who was nine years old at the time of the videotaping, indi-

Nous mettons notre décision en délibéré en ce qui concerne les motifs non constitutionnels soulevés par l'intimé. Nous sommes prêts à répondre aux questions constitutionnelles séance tenante, avec motifs à suivre.

1. L'article 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en totalité ou en partie, limite-t-il les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Cette question ne se pose pas.

3. L'article 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en totalité ou en partie, limite-t-il les droits garantis par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, l'art. 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Cette question ne se pose pas.

### Les faits

En octobre 1988, l'intimé, D.O.L., a été inculpé relativement à trois chefs d'accusation d'agressions sexuelles qui auraient été commises entre septembre 1985 et mars 1988, et à trois chefs de contacts sexuels qui auraient eu lieu entre janvier 1988 et le 29 mars 1988.

La plaignante, R.S., est née le 12 mars 1979, et, en mars 1988, a révélé les incidents à caractère sexuel. En mai 1988, après un examen médical de la plaignante, la police a ouvert une enquête. En août 1988, on a procédé à un enregistrement magnétoscopique d'une entrevue avec la plaignante, alors âgée de neuf ans. Celle-ci a raconté que l'intimé, son grand-père, avait mis sa main à

cated that the respondent, her grandfather, had put his hand inside her "privates" and had touched her "chest". She further indicated that this had happened "lots of times". R.S. also mentioned that the respondent had warned her not to tell anybody or else he would hurt her.

The respondent was charged in October 1988. At the preliminary inquiry, held in May and June 1989, the complainant testified before the court. At the trial, held in November and December 1989, the Crown sought to introduce the videotaped interview of the complainant, pursuant to the dispositions of 715.1 of the *Criminal Code*. The respondent moved for a declaration that s. 715.1 was unconstitutional as it contravened ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedom*. The trial judge dismissed the motion, upholding the constitutionality of s. 715.1.

Following a *voir dire*, at which the complainant, her mother and the sergeant involved in making the videotape testified, the videotaped interview was admitted into evidence. The trial judge convicted the respondent on one count of sexual assault. No verdict was entered with respect to the count of sexual interference by application of the *Kienapple* principle. The other counts of sexual assault related to two other complainants.

On June 18, 1991, the Court of Appeal for Manitoba allowed the respondent D.O.L.'s appeal against conviction and declared s. 715.1 of the *Criminal Code* unconstitutional: (1991), 73 Man. R. (2d) 238, 3 W.A.C. 238, 6 C.R. (4th) 277, 65 C.C.C. (3d) 465. A new trial was ordered.

### Judgments

#### *Court of Queen's Bench of Manitoba*

At trial, Scollin J. found no merit in the respondent's argument that s. 715.1 of the *Criminal Code* offended the *Charter*. With regard to the correct test to be applied to ascertain guilt, he considered the duty of a judge or jury to determine whether,

l'intérieur de ses [TRADUCTION] «parties» et qu'il l'avait touchée à la [TRADUCTION] «poitrine». Elle a ajouté que cela s'était produit [TRADUCTION] «très souvent». R.S. a également dit que l'intimé l'avait avertie de n'en parler à personne, sinon il lui ferait mal.

L'intimé a été accusé en octobre 1988. À l'enquête préliminaire, tenue en mai et juin 1989, la plaignante a témoigné devant le tribunal. Au procès, tenu en novembre et décembre 1989, le ministère public a voulu mettre en preuve l'enregistrement magnétoscopique de l'entrevue de la plaignante, en application des dispositions de l'art. 715.1 du *Code criminel*. L'intimé a demandé que cet article soit déclaré inconstitutionnel parce que contraire à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès a rejeté la requête, confirmant la constitutionnalité de l'art. 715.1.

Après un *voir-dire* lors duquel la plaignante, sa mère et le sergent ayant participé à la réalisation de l'enregistrement magnétoscopique ont témoigné, la bande vidéo a été admise en preuve. Le juge du procès a déclaré l'intimé coupable à l'égard d'un chef d'agression sexuelle. En application du principe de l'arrêt *Kienapple*, aucun verdict n'a été enregistré à l'égard du chef de contacts sexuels. Les autres chefs d'agressions sexuelles se rapportaient à deux autres plaignantes.

Le 18 juin 1991, la Cour d'appel du Manitoba a accueilli l'appel que l'intimé D.O.L. avait formé contre sa déclaration de culpabilité, et a déclaré l'art. 715.1 du *Code criminel* inconstitutionnel: (1991), 73 Man. R. (2d) 238, 3 W.A.C. 238, 6 C.R. (4th) 277, 65 C.C.C. (3d) 465. La tenue d'un nouveau procès a été ordonnée.

### Les jugements

#### *La Cour du Banc de la Reine du Manitoba*

Au procès, le juge Scollin a conclu que l'argument de l'intimé voulant que l'art. 715.1 du *Code criminel* porte atteinte à la *Charte* ne reposait sur aucun fondement. En ce qui concerne le critère applicable à l'établissement de la culpabilité, il a

upon the whole of the evidence, they were satisfied beyond a reasonable doubt that the accused had committed the offence charged. He held that the test to be met is whether the Crown has proven their case beyond a reasonable doubt and that:

Whether an account given by, or on behalf of, an accused might reasonably be true, is not in my view the honest and proper and established test of whether the Crown's evidence should be rejected. It is simply one factor in assessing the overall impact of the evidence as a whole.

Applying this test, Scollin J. found the respondent guilty on one count of sexual assault.

*Court of Appeal for Manitoba* (1991), 6 C.R. (4th) 277

In four separate and concurring opinions, the Court of Appeal for Manitoba allowed the respondent D.O.L.'s appeal against conviction, declared s. 715.1 of the *Criminal Code* unconstitutional and ordered a new trial.

Helper J.A. (Scott C.J.M. concurring)

Helper J.A. noted the impossibility of enumerating an exhaustive list of the principles of fundamental justice and the importance of maintaining a balance between the accommodation of changing values and the protection of the rights of accused persons. She held that s. 715.1 represents a departure from the general principles of evidence in criminal proceedings. Although Helper J.A. recognized that the purpose of s. 715.1 of the *Criminal Code* was valid and the concern a substantial and pressing one, she expressed grave concern with regard to the effect of the legislation. She stated (at pp. 290-91):

Section 715.1 clearly offends the common law evidentiary rule that precludes the admission in evidence of previous consistent statements. Its effects, however, are not confined only to common law rules of evidence. The

estimé qu'il incombait au juge ou au jury de décider si, d'après l'ensemble de la preuve, ils étaient convaincus hors de tout doute raisonnable que l'accusé avait commis l'infraction reprochée. Il s'agit donc, selon lui, de savoir si le ministère public a prouvé ses prétentions hors de tout doute raisonnable. Il a ajouté:

[TRADUCTION] La question de savoir si le récit fait par l'accusé ou pour son compte pourrait raisonnablement être vrai n'est pas, à mon avis, le critère honnête, juste et établi pour décider si la preuve du ministère public devrait être rejetée. Il s'agit simplement d'un facteur qui entre en considération dans l'appréciation de la valeur globale de la preuve dans son ensemble.

Applicant ce critère, le juge Scollin a conclu à la culpabilité de l'intimé relativement à un chef d'agression sexuelle.

*La Cour d'appel du Manitoba* (1991), 6 C.R. (4th) 277

Dans quatre opinions distinctes et concordantes, la Cour d'appel du Manitoba a accueilli l'appel de l'intimé D.O.L. contre sa déclaration de culpabilité, a déclaré inconstitutionnel l'art. 715.1 du *Code criminel* et a ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Le juge Helper (avec l'appui du juge en chef Scott)

Le juge Helper souligne l'impossibilité de dresser une liste exhaustive des principes de justice fondamentale et l'importance de maintenir un équilibre entre l'adaptation aux changements de valeurs et la protection des droits des accusés. Elle estime que l'art. 715.1 s'écarte des principes généraux de la preuve dans les instances criminelles. Tout en reconnaissant la validité de l'objectif de l'art. 715.1 du *Code criminel* et le caractère urgent et réel des considérations qui le sous-tendent, le juge Helper avoue être gravement préoccupée par l'effet de cette disposition, d'où sa remarque (aux pp. 290 et 291):

[TRADUCTION] L'article 715.1 contrevient manifestement à la règle de preuve de common law interdisant l'utilisation en preuve de déclarations antérieures compatibles. Ses effets, toutefois, ne se limitent pas seule-



legislation ignores two fundamental elements of the criminal trial process which have developed in our judicial system over the centuries:

(1) the general principle that evidence must be presented in a public courtroom, in the presence of the accused, accompanied by some formality; and

(2) the right of an accused to be present when evidence is presented or recorded in order to have the opportunity to test that evidence by cross-examination of the witness.

Section 715.1 violates both s. 7 and s. 11(d) of the *Charter* and results in an unfair trial.

Helper J.A. then considered whether s. 715.1 of the *Criminal Code* may be justified under s. 1 of the *Charter*. Notwithstanding her determination that the purpose of the legislation, increasing evidence in the prosecution of sexual offences, is a pressing and substantial concern to society, she concluded that s. 715.1 did not meet its objective. She held (at pp. 292-93):

Section 715.1 does not meet its objective. There appears to be little sense in protecting a child from the formality of a courtroom for the purposes of direct examination and yet subjecting him or her to the rigours of cross-examination in the setting which is designed to be avoided by the legislation. To require a child to testify at a preliminary hearing, on a voir dire at trial, to be cross-examined and be shielded only in the giving of direct evidence, falls short of the aim of the legislation.

Further, she discussed whether the rights of an accused are infringed as little as possible by s. 715.1 and held (at p. 300):

I cannot read into a legislation a requirement that the Crown prove either reliability or necessity. A comparison of ss. 715.1 and 715 leads me to conclude that the criteria of necessity and reliability were specifically excluded from s. 715.1. The result is that the accused faces an impossible onus and the inherent discretion of a trial judge is rendered nugatory. Once the Crown has proved the minimum requirements of s. 715.1, the accused must convince the court that the prejudicial value of the evidence outweighs its probative value or

ment aux règles de preuve de common law. La disposition ne tient pas compte de deux éléments fondamentaux du procès criminel qui, au fil des siècles, se sont imposés dans notre système judiciaire:

(1) le principe général que la preuve doit être présentée en audience publique, en présence de l'accusé, moyennant certaines formalités; et

(2) le droit de l'accusé d'être présent lorsqu'un témoignage est présenté ou enregistré, de façon à ce qu'il ait l'occasion d'en vérifier l'exactitude en contre-interrogeant le témoin.

L'article 715.1 viole à la fois l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte* et rend un procès inéquitable.

Le juge Helper examine ensuite l'art. 715.1 du *Code criminel* pour savoir s'il peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. Bien qu'étant convaincue que l'objet de la disposition, soit renforcer la preuve dans la poursuite des infractions d'ordre sexuel, réponde à une préoccupation urgente et réelle de la société, elle conclut que l'art. 715.1 ne correspond pas au but recherché (aux pp. 292 et 293):

[TRADUCTION] L'article 715.1 n'atteint pas son objectif. Il apparaît quelque peu illogique de protéger un enfant contre le formalisme de l'interrogatoire principal en salle d'audience tout en le ou la soumettant aux rigueurs du contre-interrogatoire dans le cadre que la disposition visait à lui éviter. Obliger un enfant à témoigner à une enquête préliminaire, à un voir-dire au procès, le soumettre au contre-interrogatoire et ne le protéger qu'aux fins de la preuve directe ne correspond pas au but recherché par la disposition.

Elle examine, plus loin, la question de savoir si l'art. 715.1 porte aussi peu que possible atteinte aux droits de l'accusé. Elle conclut (à la p. 300):

[TRADUCTION] Je ne puis interpréter une disposition comme si elle contenait l'exigence que le ministère public prouve soit la fiabilité soit la nécessité. La comparaison des articles 715.1 et 715 m'amène à conclure que les critères de nécessité et de fiabilité ont été précisément exclus de l'art. 715.1. Il en résulte que l'accusé supporte une charge dont il lui est impossible de s'acquitter et que le pouvoir discrétionnaire du juge du procès est rendu inefficace. Une fois que le ministère public a fait la preuve des exigences minimales de l'art. 715.1, l'accusé doit convaincre le tribunal que l'effet préjudiciable du témoignage l'emporte sur sa valeur probante

the circumstances of the taking of the evidence are unfair.

The first test cannot be met. There is no question the evidence is prejudicial. Its probative value is the essence of the Crown's case.

The second test is equally inapplicable. The legislation specifically provides for the taking of evidence in the absence of the accused, without his knowledge, without court supervision and without the opportunity at the time to cross-examine. The legislation, therefore, precludes the exercise of any real judicial discretion. It instead provides for the mechanical application of the legislation.

Accordingly, she concluded that the infringement resulting from s. 715.1 may not be justified under s. 1 of the *Charter* and the section was, thus, unconstitutional.

#### Twaddle J.A.

Twaddle J.A. commenced his analysis by declaring that s. 715.1 of the *Criminal Code* constituted a departure from the general rule that evidence in a criminal trial can only be given by a witness *viva voce* in the courtroom. In reference to s. 7 of the *Charter*, although recognizing that this section does not guarantee adherence to established principles or rules of evidence, he found a principle of fundamental justice in the law of evidence that precluded the admission of videotaped testimony. According to Twaddle J.A., where the possibility exists that an accused may go to prison, an out-of-court statement by a witness can only be admitted to prove the truth of the witness' statement if the guarantees of necessity and reliability are met. Consequently, he considered whether s. 715.1 of the *Criminal Code* addressed the requirements of necessity and reliability. He indicated concern that the section was not limited to instances where the videotaped evidence was necessary in order to protect the young complainant from the trauma of testifying. In his opinion, the desirability to protect a class of witnesses did not meet the criterion of necessity. As to the requirement of reliability, Twaddle J.A. held that (at pp. 312-13):

ou que les conditions dans lesquelles il a été recueilli sont inévitables.

Le premier critère ne peut être rempli. Le caractère préjudiciable du témoignage ne fait aucun doute. C'est sur sa valeur probante que repose essentiellement la preuve du ministère public.

Le second critère est également inapplicable. La disposition prévoit en effet expressément qu'un témoignage peut être recueilli en l'absence de l'accusé, à son insu, sans surveillance du tribunal et sans possibilité de procéder dès lors à un contre-interrogatoire. La disposition empêche donc l'exercice de tout pouvoir discrétionnaire réel. Elle incite, au contraire, à une application mécanique.

En conséquence, elle est d'avis que la contravention résultant de l'art. 715.1 ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte* et que cette disposition est donc inconstitutionnelle.

#### Le juge Twaddle

Le juge Twaddle débute son analyse en déclarant que l'art. 715.1 du *Code criminel* s'écarte de la règle générale selon laquelle les témoignages, dans un procès criminel, ne peuvent être rendus que de vive voix dans la salle d'audience. Tout en reconnaissant que l'art. 7 de la *Charte* ne garantit pas l'adhésion à des principes ou règles de preuve établis, il estime qu'il existe, en droit de la preuve, un principe de justice fondamentale interdisant l'utilisation d'un témoignage enregistré sur bande vidéo. Selon lui, dans le cas où l'accusé risque une peine d'emprisonnement, la déclaration extrajudiciaire d'un témoin ne peut être admise aux fins d'en prouver la véracité que si elle remplit les exigences de nécessité et de fiabilité. Il s'est donc demandé si l'art. 715.1 du *Code criminel* remplit ces deux exigences. Or, à cet égard, il s'est dit préoccupé par le fait que l'application de cet article ne se limite pas aux instances où il est nécessaire de protéger le jeune plaignant contre le traumatisme d'un témoignage. À son avis, l'opportunité de protéger une catégorie de témoins ne rencontre pas le critère de nécessité. Quant à l'exigence de fiabilité, le juge Twaddle conclut (aux pp. 312 et 313):

The guarantee of reliability is addressed by the requirement that the child testify. But, paradoxically, it is this very requirement which makes the admission of the statement unnecessary. If the statement is to fulfil the reliability test, it must fail the test of necessity.

In any event, the opportunity which the accused is given to cross-examine the witness at the trial is insufficient to guarantee the reliability of the statement.

Having found that s. 715.1 of the *Criminal Code* infringed s. 7 of the *Charter*, Twaddle J.A. proceeded to determine whether s. 715.1 was justified pursuant to s. 1 of the *Charter*. Although he was convinced that the goals of recording the child complainant's evidence before it is weakened by the lapse of time and protecting the child were of pressing and substantial importance, he maintained that the first part of the goal was achieved without regard to the right of the accused to reliable evidence. Twaddle J.A. was also of the view that, since s. 715.1 did not exempt the child from giving evidence at the preliminary inquiry or from being subject to cross-examination at trial, the purpose of the section was not achieved. He concluded that the section could not be justified under s. 1 of the *Charter*.

#### O'Sullivan J.A.

O'Sullivan J.A. agreed with the reasons of Helper J.A. and Twaddle J.A. However, he wrote separate reasons on three issues not considered by them, the burden of proof, the time factor and the discretion conferred upon the trial judge.

With regard to the burden of proof, O'Sullivan J.A. felt that the trial judge erred in imposing too high a burden on the respondent. With regard to the time factor, he determined that the trial judge made an error in holding that the tape was taken within a reasonable time of the alleged offences. Finally, O'Sullivan J.A. held that a discretion conferred upon the trial judge to exclude evidence on the ground of unfairness should not be read into s. 715.1 but, if such a discretion did exist, it should

[TRANSLATION] L'exigence de fiabilité est remplie du fait que l'enfant soit requis de témoigner. Mais, paradoxalement, c'est cette exigence même qui rend inutile l'utilisation de la déclaration. Si la déclaration satisfait au critère de fiabilité, elle ne remplit pas le critère de nécessité.

Quoi qu'il en soit, la possibilité qui est donnée à l'accusé de contre-interroger le témoin au procès ne suffit pas à garantir la fiabilité de la déclaration.

Ayant déterminé que l'art. 715.1 du *Code criminel* contrevient à l'art. 7 de la *Charte*, le juge Twaddle s'est demandé si l'art. 715.1 est justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*. Bien que convaincu du caractère urgent et réel des buts poursuivis, soit enregistrer le témoignage de l'enfant plaignant avant qu'il ne soit affaibli par l'écoulement du temps et assurer la protection de l'enfant, il estime que le premier objectif est atteint sans égard au droit de l'accusé à la fiabilité de la preuve. Le juge Twaddle est également d'avis que le but recherché n'est pas atteint étant donné que l'art. 715.1 n'exempte pas l'enfant de l'obligation de témoigner à l'enquête préliminaire ou de subir un contre-interrogatoire au procès. Il conclut que l'article ne peut être justifié en vertu de l'article premier de la *Charte*.

#### Le juge O'Sullivan

Le juge O'Sullivan souscrit aux motifs des juges Helper et Twaddle. Il aborde, cependant, trois questions que ces derniers n'ont pas examinées, soit le fardeau de preuve, le facteur temps et le pouvoir discrétionnaire conféré au juge du procès.

En ce qui concerne le fardeau de preuve, le juge O'Sullivan estime que le juge du procès a commis une erreur en imposant à l'intimé une charge trop lourde. À propos du facteur temps, il considère que le juge du procès a également commis une erreur en tenant que l'enregistrement a été réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration des infractions reprochées. Enfin, il conclut que l'art. 715.1 ne devrait pas être interprété comme s'il conférait au juge du procès le pouvoir discrétionnaire d'exclure un témoignage au motif qu'il est inéquitable, mais que, si un tel pouvoir discrétionnaire existe, il

be to prevent against evidence being rehearsed, coached or led.

### Lyon J.A.

Lyon J.A. concurred with the common results arrived at by his colleagues. He did not agree, however, with O'Sullivan J.A. that the trial judge imposed too high a burden on the respondent. In considering the general rule to determine guilt or innocence of an accused and its application, he wrote (at pp. 322-23):

I am satisfied that the sheet anchor test in any criminal prosecution, indeed, the only fundamental rule of general application in determining guilt or innocence, is whether the Crown, on the totality of the evidence, has proved its case beyond a reasonable doubt. If it has, the accused must be convicted. If, on the other hand, the trier of fact is left with a reasonable doubt as to the accused's guilt, the accused is entitled to the benefit of that doubt and he must be acquitted. There is no alternative or substitute for this basic principle of law.

### The Issues

The four following constitutional questions were stated by the Chief Justice on September 16, 1992:

1. Does s. 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, in whole or in part, limit the rights guaranteed under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to the first question is in the affirmative, does s. 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, constitute a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justifiable in a free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Does s. 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, in whole or in part, limit the rights guaranteed under s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If the answer to the third question is in the affirmative, does s. 715.1 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, constitute a reasonable limit prescribed by law as can be demonstrably justifiable in a

devrait servir à empêcher qu'un témoignage ne soit soigneusement préparé, répété ou suggéré.

### Le juge Lyon

Le juge Lyon souscrit aux résultats communs auxquels sont parvenus ses collègues. Il ne partage pas, toutefois, l'opinion du juge O'Sullivan quant à la charge trop lourde imposée à l'intimé. Examinant la règle générale servant à établir la culpabilité ou l'innocence de l'accusé et son application, il écrit (aux pp. 322 et 323):

[TRADUCTION] J'ai la conviction que, dans toute poursuite criminelle, le critère ultime, en fait le seul principe fondamental d'application générale quant à la détermination de la culpabilité ou de l'innocence, est de déterminer si le ministère public, d'après l'ensemble de la preuve, a présenté une preuve hors de tout doute raisonnable. Si oui, l'accusé doit être déclaré coupable. Si, par contre, il subsiste dans l'esprit du juge des faits un doute raisonnable quant à la culpabilité de l'accusé, celui-ci a droit au bénéfice de ce doute et il doit être acquitté. Il n'existe pas d'alternative ou de substitut à ce principe de droit fondamental.

### Les questions en litige

Les quatre questions constitutionnelles suivantes ont été formulées par le Juge en chef le 16 septembre 1992:

1. L'article 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en totalité ou en partie, limite-t-il les droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la première question est affirmative, l'art. 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. L'article 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, en totalité ou en partie, limite-t-il les droits garantis par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, l'art. 715.1 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, constitue-t-il une limite raisonnable prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se

free and democratic society, pursuant to s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, conformément à l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

As I noted earlier, the judgment rendered from the bench on June 15, 1993 answered questions 1 and 3 in the negative and, as a result, questions 2 and 4 did not need to be answered.

Comme je l'ai indiqué précédemment, la Cour a, par jugement rendu à l'audience le 15 juin 1993, répondu négativement à la première et à la troisième question; en conséquence, il n'y avait lieu de répondre ni à la deuxième, ni à la quatrième question.

In addition to the above constitutional issues, the respondent raised the following three non-constitutional issues:

En plus des questions constitutionnelles, l'intimé a soulevé les trois questions non constitutionnelles suivantes:

1. Whether the videotaped testimony of R.S. has been recorded within a reasonable time after the offence, pursuant to s. 715.1 of the *Code*.
2. Whether the trial judge erred in failing to use the "might reasonably be true" evidentiary test to determine if the accused should be convicted or acquitted.
3. Whether the trial judge's interjections and commentary during the questioning of the witnesses created a reasonable apprehension of bias.

1. L'enregistrement magnétoscopique du témoignage de R.S. a-t-il été réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction, comme l'exige l'art. 715.1 du *Code*?
2. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en n'appliquant pas le critère de la preuve «pouvant raisonnablement être vraie» pour établir la culpabilité ou l'innocence de l'accusé?
3. Les interjections et les commentaires du juge du procès pendant l'interrogatoire des témoins ont-ils fait naître une crainte raisonnable de partialité?

The reasons underlying the Court's unanimous decision as regards the constitutional questions, as well as the decision with regard to the non-constitutional matters remain to be dealt with.

Il nous reste à expliciter les motifs qui sous-tendent la décision unanime de la Cour en ce qui concerne les questions constitutionnelles, et à disposer des questions non constitutionnelles.

### The Context

### Le contexte

At the outset, I believe that it is important to recall the context in which the determination of all the issues involved in this appeal must be considered. As I wrote in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 647:

Au départ, j'estime qu'il importe de rappeler le contexte dans lequel doivent être tranchées l'ensemble des questions soulevées dans le présent pourvoi. Comme je l'ai écrit dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 647:

It is my view that the constitutional questions must be examined in their broader political, social and historical context in order to attempt any kind of meaningful constitutional analysis. The strength of this approach was discussed by Wilson J., in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1352. She states at p. 1355 that, "(o)ne virtue of the contextual approach, it seems to me, is that it recognizes that a par-

J'estime que les questions constitutionnelles doivent être examinées dans un plus large contexte politique, social et historique pour tenter d'en arriver à une analyse constitutionnelle qui ait quelque sens. Le juge Wilson a discuté de l'intérêt de cette approche dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1352. Elle dit à la p. 1355: «Il me semble qu'une qualité de la méthode contextuelle est de recon-

particular right or freedom may have a different value depending on the context.”

In the case at hand, the horrible ordeal through which R.S. has suffered for the past eight years of her now 14-year-old life, is sadly not an uncommon occurrence in our present day Canadian society. Further to our dismay, the anguish and hardship to which R.S. has been subjected depict a typical situation of child sexual abuse. R.S. is a little girl who was fondled on multiple occasions by someone whom she knew and trusted, her grandfather. R.S. did not immediately disclose the incidents for she feared the consequences of telling. Since disclosure, R.S.'s world has been further upheaved by the development of a rift in her family unit. Each year, in Canada, the number of children who face traumatic situations of sexual abuse and the resulting aftermath, similar to that endured by R.S., increases. This trend has been well documented in the Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths (*Sexual Offences Against Children* (1984)), a report often referred to as the Badgley Report, as well as in many other publications and studies. From 1983 to 1988, reports of sex crimes increased over 100 percent, reaching a staggering 29,111 offences across Canada in 1988 (Department of Justice Canada, Research Section, *Sexual Assault Legislation in Canada: An Evaluation* (Report No. 5 1990), at p. 28). Regrettably, children represent a significant percentage of those victimized. It has been estimated that almost 80 percent of sex crimes are committed against girls and boys and young women and men under the age of 20 (N. Bala and M. Bailey, “Canada: Recognizing the Interests of Children” (1992-93), 31 *J. Fam. L.* 283, at p. 292). The Badgley Report warns that one in two females will be the victim of unwanted sexual acts. Further, the fact that children are most often sexually abused by an adult in a position of power or trust increases the pain suffered by the victim. In fact, studies indicate that 75 percent of perpetrators are known to the children whom they abuse (B. W. Dziech and Judge C. B. Schudson, *On Trial: America's Courts and Their Treatment of Sexually Abused Children* (2nd ed. 1991), at p. 8, citing a *Los Angeles Times* poll and the American Humane

naître qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte.»

Dans la présente affaire, R.S., une adolescente de 14 ans, a subi au cours des huit dernières années de sa vie une horrible épreuve qui n'a malheureusement rien d'un incident isolé dans la société canadienne d'aujourd'hui. En outre, et c'est consternant, la souffrance et le désarroi ressentis par R.S. sont typiques de ce qu'éprouvent les enfants victimes d'agression sexuelle. R.S. est une petite fille qui, à de multiples reprises, a été caressée par quelqu'un qu'elle connaissait et en qui elle avait confiance, son grand-père. Elle n'a pas immédiatement rapporté les incidents de peur des conséquences qui pouvaient s'ensuivre. Depuis le signalement, son monde a été encore davantage bouleversé par la division qui s'est installée dans sa cellule familiale. Chaque année voit s'accroître au Canada le nombre d'enfants qui font face à des situations traumatisantes d'agression sexuelle et à des contrecoups semblables à ceux qu'a subis R.S. Cette tendance a été bien documentée dans le Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes (*Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (1984)), souvent cité sous le nom de Rapport Badgley, ainsi que dans de nombreuses autres publications et études. De 1983 à 1988, les signalements de crimes à caractère sexuel ont augmenté de plus de 100 pour 100 pour atteindre le nombre effarant de 29 111 infractions dans l'ensemble du Canada en 1988 (Ministère de la Justice, Canada, Section de la recherche, *La Loi sur les agressions sexuelles au Canada — Une évaluation* (Rapport n° 5 1990), à la p. 30). Fait déplorable, les enfants représentent un pourcentage important de ces victimes. On estime que près de 80 pour 100 des crimes à caractère sexuel sont commis contre des fillettes et des garçons, et contre des jeunes femmes et des jeunes gens de moins de 20 ans (N. Bala et M. Bailey, «Canada: Recognizing the Interests of Children» (1992-93), 31 *J. Fam. L.* 283, à la p. 292). Le Rapport Badgley indique qu'une femme sur deux sera victime d'actes sexuels non désirés. De plus, le fait que les enfants sont le plus souvent sexuellement agressés par un adulte en situation d'autorité ou de confiance accroît la souffrance de la victime. Selon

Association statistics on child abuse victims). This relational power imbalance also serves to delay, as it did in this case, or ultimately in many cases, to prevent disclosure. The respondent's use of threats of reprisal should R.S. tell of her abuse, likely had a much stronger impact on R.S. who trusted, loved and respected D.O.L.

Another issue that must be kept at the forefront of this analysis is the innate power imbalance which exists between the abuser and the abused child. Statistics of the Institute for the Prevention of Child Abuse reveal that in Canada one in four girls and one in ten boys will be victims of sexual assault before they reach the age of 18 (R. Bessner, "Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence" (1990), 79 C.R. (3d) 15, at p. 16). Another important concern in my view, one that, judging from their concurring opinions, some colleagues do not seem to share, is the power imbalance tied to the gender of the victim and perpetrator. However, since according to the above statistics and the fact that the Badgley Report has observed that 98.8 percent of suspected perpetrators of child sexual assault are male, it cannot be ignored. Further, the Rogers Report (*Reaching for Solutions* (1990)) identified persistent social attitudes in which women and children continue to be viewed as sexual objects. Those who are objectified are then blamed for their own victimization, which results as a consequence of their objectification (Rogers Report, at pp. 11, 17-18). The issue of gender as it relates to child sexual abuse has, in many instances, been overlooked (L. Clark, "Boys Will Be Boys: Beyond the Badgley Report" (1986), 2 *C.J.W.L.* 135, at p. 137). In fact, the Badgley Report remarks, without any further comment or analysis, that all of the assailants in a particular study were adult males. In

les études, les enfants connaissent leur agresseur dans 75 pour 100 des cas (B. W. Dziech et le juge C. B. Schudson, *On Trial: America's Courts and Their Treatment of Sexually Abused Children* (2<sup>e</sup> éd. 1991), à la p. 8, citant un sondage du *Los Angeles Times* et des statistiques de l'American Humane Association sur les enfants victimes d'agressions sexuelles). Cette inégalité du rapport de force fait également en sorte de retarder, comme en l'espèce, ou même, dans de nombreux cas, d'empêcher la dénonciation. Les menaces de représailles auxquelles l'intimé a eu recours pour empêcher R.S. de parler ont vraisemblablement eu sur elle des répercussions d'autant plus fortes qu'elle avait confiance en D.O.L., l'aimait et le respectait.

Un autre élément qui doit rester à l'avant-plan de la présente analyse est l'inégalité inhérente du rapport de force qui existe entre l'agresseur et l'enfant qui en est victime. Les statistiques de l'Institut pour la prévention de l'enfance maltraitée révèlent que, au Canada, une fille sur quatre et un garçon sur dix seront victimes d'agression sexuelle avant l'âge de 18 ans (R. Bessner, «Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence» (1990), 79 C.R. (3d) 15, à la p. 16). Une autre préoccupation importante à mon avis, que certains collègues ne semblent pas partager si l'on en juge par leurs opinions concordantes, est l'inégalité du rapport de force liée au sexe de la victime et à celui de l'agresseur. Toutefois, on ne peut en faire abstraction si l'on tient compte des statistiques mentionnées ci-dessus et du fait que le rapport Badgley a observé que 98,8 pour 100 des auteurs présumés d'agression sexuelle contre des enfants sont de sexe masculin. De plus, le rapport Rogers (*À la recherche de solutions* (1990)) fait état de la persistance d'attitudes sociales selon lesquelles les femmes et les enfants sont encore considérés comme des objets sexuels et ensuite blâmés pour leur propre victimisation, qui en est le résultat (Rapport Rogers, aux pp. 13, 19 et 20). La question du sexe dans les cas d'enfants victimes d'agression sexuelle est souvent restée dans l'ombre (L. Clark, «Boys Will Be Boys: Beyond the Badgley Report» (1986), 2 *R.J.F.D.* 135, à la p. 137). On se borne en effet à souligner dans le rap-

her comments on the Badgley Report, Clark cites numerous examples from the report where the fact that the perpetrators of sexual abuse were almost exclusively male continues to go unnoticed. In essence, it appears that the problem, detailed by Clark, A. H. Young (“Child Sexual Abuse and the Law of Evidence: Some Current Canadian Issues” (1992), 11 *Can. J. Fam. L.* 11) and many other authors, is a failure to recognize that the occurrence of child sexual abuse is one intertwined with the sexual abuse of all women, regardless of age. Young comments in her article (at pp. 20-21):

One cannot help but be struck by the parallel between the historical discrediting of children, and that of women who report sexual assaults, as reflected in the following passage from the eminent evidence scholar, John Wigmore [*Wigmore on Evidence*, vol. 3A (Chadbourn rev. 1970), at p. 736]:

Modern psychiatrists have amply studied the behaviour of errant young girls and women coming before the courts in all sorts of cases. Their psychic complexes are multifarious, distorted partly by their inherent defects, partly by diseased derangements or abnormal instincts, partly by bad social environment, partly by temporary physiological or emotional conditions. One form taken by these complexes is that of contriving false charges of sexual offenses by men.

The innate power imbalance between the numerous young women and girls who are victims of sexual abuse at the hands of almost exclusively male perpetrators cannot be underestimated when “truth” is being sought before a male-defined criminal justice system. In this light, I suggest that throughout this analysis one must continue to have regard to the context exposed by this Court in *Seaboyer, supra*. We cannot disregard the propensity of victims of sexual abuse to fail to report the abuse in order to conceal their plight from institutions within the criminal justice system which hold stereotypical and biased views about the victimiza-

port Badgley, sans autre commentaire ou analyse, que tous les assaillants dans une étude donnée étaient des adultes mâles. Clark cite, dans ses commentaires sur le rapport Badgley, de nombreux exemples où l’on n’a pas relevé le fait que les agresseurs sexuels étaient presque exclusivement de sexe masculin. Essentiellement, il semble que le problème, analysé par Clark, A. H. Young («Child Sexual Abuse and the Law of Evidence: Some Current Canadian Issues» (1992), 11 *Rev. can. d. fam.* 11) et beaucoup d’autres auteurs, soit la non-reconnaissance du fait que la question des agressions sexuelles contre les enfants est étroitement liée à celle des agressions sexuelles contre les femmes dans leur ensemble, quel que soit leur âge. Dans son article, Young écrit (aux pp. 20 et 21):

[TRADUCTION] On ne peut manquer d’être frappé par le parallèle entre le discrédit historiquement attaché aux enfants et celui dont sont victimes les femmes qui signalent des agressions sexuelles, comme en témoigne le passage suivant de l’éminent spécialiste de la preuve, John Wigmore [*Wigmore on Evidence*, vol. 3A (Chadbourn rev. 1970), à la p. 736]:

Les psychiatres contemporains ont amplement étudié le comportement de jeunes filles et de femmes vagabondes avant qu’elles ne viennent témoigner devant les tribunaux dans des affaires de toutes sortes. Leurs complexes psychiques variés sont déformés en partie par des déficiences innées, en partie par des dérangements pathologiques ou des instincts anormaux, en partie par un environnement social néfaste, en partie par un état psychologique ou émotif passager. L’une des formes sous lesquelles se manifestent ces complexes est la fabrication de fausses accusations d’infractions d’ordre sexuel par des hommes.

On ne saurait sous-estimer le déséquilibre inhérent dans le rapport de force entre les nombreuses jeunes femmes et jeunes filles victimes d’agression sexuelle et leurs agresseurs presque exclusivement de sexe masculin lorsqu’il s’agit de découvrir la «vérité» dans le cadre d’un système de justice pénale défini par les hommes. Cela étant, j’estime qu’il nous faut, tout au long de la présente analyse, ne pas perdre de vue le contexte que notre Cour a évoqué dans l’arrêt *Seaboyer*, précité. Nous ne pouvons faire abstraction de la propension des victimes à ne pas rapporter les cas d’agression sexuelle afin d’échapper à des institutions au sein



tion of women. In the report of the Solicitor General of Canada, *Canadian Urban Victimization Survey: Reported and Unreported Crimes* (1984), the statistics in this regard are noted at p. 10:

Analysis of reasons for failure to report incidents confirms many of the concerns which have already been noted by rape crisis workers — that women fear revenge from the offender (a factor in 33% of the unreported incidents) and, even more disturbingly, that they often fail to report because of their concern about the attitude of police or courts to this type of offence (43% of unreported incidents).

(See also L. L. Holmstrom and A. W. Burgess, *The Victim of Rape: Institutional Reactions* (1983), at p. 58, and P. Marshall, "Sexual Assault, the Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 C.R. (3d) 216, at p. 217.) These stereotypical views are equally relevant where children are involved. A recognition of the gendered nature of child sexual abuse and of the way in which young women are particularly victimized does not, of course, imply the denial of the trauma and pain experienced by boys and adolescent victims of sexual abuse. They are also too often silenced by a society which tends to disbelieve them and to stigmatize them by calling into question their sexual identity once they do disclose the abuse. We live in a society which continues to blame even the most innocent of victims.

#### Legislative Background

Child sexual abuse has been described as the perfect crime (B. McAllister, "Article 38.071 of the Texas Code of Criminal Procedure: A Legislative Response to the Needs of Children in the Courtroom" (1986), 18 *St. Mary's L.J.* 279, at pp. 280-306). The combination of the power imbalance between the victim and the perpetrator, both through the dynamics of age and gender, acts in conjunction with the fact that there are likely no

du système de justice pénale où prévalent des conceptions stéréotypées et biaisées de la victimisation des femmes. Le *Sondage canadien sur la victimisation en milieu urbain: Crimes signalés et non signalés* (1984), publié par le Solliciteur général du Canada, contient les statistiques suivantes à cet égard, à la p. 11:

L'analyse des raisons pour lesquelles on n'a pas signalé les incidents confirme beaucoup des préoccupations qui ont déjà été relevées par les travailleurs de l'aide aux victimes de viol, à savoir que les femmes craignent des représailles de l'agresseur (un facteur qui intervient dans 33 % des incidents non signalés) et, fait encore plus alarmant, qu'elles s'abstiennent souvent de signaler l'incident à cause de leur appréhension concernant l'attitude de la police ou des tribunaux à l'égard de ce genre d'infraction (43 % des incidents non signalés).

(Voir également L. L. Holmstrom et A. W. Burgess, *The Victim of Rape: Institutional Reactions* (1983), à la p. 58, et P. Marshall, «Sexual Assault, the Charter and Sentencing Reform» (1988), 63 C.R. (3d) 216, à la p. 217.) Ces attitudes stéréotypées sont les mêmes à l'égard des enfants. Il va sans dire que reconnaître l'aspect lié au sexe de l'agresseur et à celui de la victime dans les cas d'agression sexuelle et le fait que les jeunes femmes sont particulièrement victimes n'implique pas une négation du traumatisme et de la peine que subissent les jeunes garçons et les adolescents victimes d'agressions sexuelles. Qui plus est, ceux-ci sont trop souvent réduits au silence par une société qui a tendance à ne pas les croire et à les stigmatiser en mettant en doute leur identité sexuelle lorsqu'ils divulguent l'agression. Nous vivons dans une société qui continue à blâmer même les plus innocentes des victimes.

#### Le cadre législatif

L'agression sexuelle contre les enfants est, a-t-on dit, le crime parfait (B. McAllister, «Article 38.071 of the Texas Code of Criminal Procedure: A Legislative Response to the Needs of Children in the Courtroom» (1986), 18 *St. Mary's L.J.* 279, aux pp. 280 à 306). L'inégalité du rapport de force entre la victime et l'agresseur, en raison à la fois de l'âge et du sexe, se combine au fait qu'il n'y a vraisemblablement aucun autre témoin du crime

other witnesses to the crime other than the assailant and the young victim. Further, difficulties faced by the young complainant as she tries to seek justice in the somewhat alien criminal justice system act to limit the attainment of the truth in the court process. Unfortunately, the barriers to justice faced by child victims remain almost as steadfast today as they have for decades. In fact, despite the increase in child sexual assault complaints since the early 1980s, the ratio of charge to conviction rate remains unchanged. In 1986, only one in five of those charged with child sexual assault were convicted compared to a conviction rate of four out of five of those accused of other offences (A. McGillivray, "Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15" (1990), 19 *Man. L.J.* 549, at p. 563). As "increasing numbers of sexual assault cases involving children come through the courts, it has become apparent that the traditional treatment of children and their evidence is unsatisfactory" (Young, *supra*, at p. 11 (synopsis)). Professor Bala succinctly sets out the problem with which courts are faced:

The traditional response of the Canadian criminal justice system to child sexual abuse has contributed to the "double victimization" of children. Because of their social, psychological, economic and intellectual positions, children are the most frequent victims of unwanted sexual acts. Our legal and social systems failed our children, initially by allowing them to become victims. And when cases of sexual abuse have been dealt with by the legal system, children have too often been the victims of "secondary trauma", produced by their mistreatment in that system.

("Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System", in W. S. Tarnopolsky, J. Whitman and M. Ouellette, eds., *Discrimination in the Law and the Administration of Justice* (1993), 232, at p. 233.)

que l'assaillant et sa jeune victime. De plus, les difficultés auxquelles se heurte la jeune victime qui tente d'obtenir justice dans un système de justice pénale aliénant font en sorte de limiter la recherche de la vérité dans le processus judiciaire. Malheureusement, les barrières que doivent surmonter les enfants victimes sont presque aussi inébranlables aujourd'hui qu'elles l'ont été pendant des décennies. De fait, malgré l'augmentation des plaintes pour agression sexuelle contre des enfants depuis le début des années 1980, la proportion d'accusations par rapport au nombre de déclarations de culpabilité est demeurée inchangée. En 1986, dans les cas d'agression sexuelle contre un enfant, seulement une personne sur cinq était déclarée coupable, comparativement à un taux de déclaration de culpabilité de quatre sur cinq dans le cas d'autres infractions (A. McGillivray, «Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15» (1990), 19 *R.D. Man.* 549, à la p. 563). Avec le [TRADUCTION] «nombre croissant d'affaires d'agressions sexuelles contre des enfants devant les tribunaux, le traitement accordé traditionnellement aux enfants et à leur témoignage est devenu manifestement insatisfaisant» (Young, *loc. cit.*, à la p. 11 (synopsis)). Le professeur Bala expose succinctement le problème auquel les tribunaux sont confrontés:

[TRADUCTION] La réponse qu'a traditionnellement apportée le système de justice pénale canadien aux agressions sexuelles à l'égard des enfants a contribué à la «double victimisation» de ceux-ci. En raison de leur situation sur les plans social, psychologique, économique et intellectuel, les enfants sont les victimes les plus fréquentes d'actes sexuels non désirés. Et nos systèmes judiciaire et social les trahissent, d'abord en permettant qu'ils deviennent victimes. Lorsque des cas d'agression sexuelle sont pris en charge par le système judiciaire, les enfants sont trop souvent victimes d'un «traumatisme secondaire» causé par la mauvaise façon dont ils sont traités dans ce système.

(«Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System», dans W. S. Tarnopolsky, J. Whitman et M. Ouellette, dir., *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice* (1993), 232, à la p. 233.)

In an attempt to remove or limit the barriers encountered by child victims of sexual assault and the urgent need to end the cycle of abuse, where an abused male frequently becomes an abuser and an abused female is often revictimized (McAllister, *supra*, at p. 295), the enactment of s. 715.1 of the *Code* was precipitated.

I suggest that a proper starting point for discussion of the legislation must be in the context of developing a criminal justice system that, as the Rogers Report, *supra*, proposes (at p. 57): “[used] to its fullest extent must be an important part of the strategy for dealing with child sexual abuse”. As M. Brennan stated at the Commonwealth Law Conference, with respect to the problems related to child sexual abuse in the courts:

The fundamental question remains: how can “truth” be an outcome of a process which restricts and actively denies the experiences of one of the major players?

(“The Battle for Credibility” (1993), 143 *New Law Journal* 623, at p. 626.)

Section 715.1 of the *Criminal Code* seeks to include the experience of young complainants in the criminal justice system. The respondent alleges that, as a result of this enactment, principles of fundamental justice, particularly with regard to a fair trial, are infringed. Both at trial and at the Court of Appeal, as well as in the argument submitted to this Court, the crux of the argument revolved around the larger purpose, as compared to the actual effect of the legislation. Accordingly, it is essential to address the goals of the legislation, as apparent from the section.

I agree with the submission that the goals of s. 715.1 are not unique but multifaceted. First, I find that the section is designed to preserve an early account of the child’s complaint in order to assist in the discovery of the truth and to provide a procedure for the introduction of the child’s story into evidence at the trial. R. G. Mosley, senior general counsel for the Department of Justice, said when introducing s. 715.1 before the Standing Senate

C’est la tentative d’éliminer ou de limiter les barrières auxquelles se heurtent les enfants victimes d’agression sexuelle et de mettre fin d’urgence au cycle de la violence — l’homme qui a été agressé devient souvent à son tour un agresseur et la femme, elle, devient souvent de nouveau une victime (McAllister, *loc. cit.*, à la p. 295) — qui a précipité l’adoption de l’art. 715.1 du *Code*.

À mon avis, il convient dès le départ de situer l’analyse de cette disposition dans un contexte où, comme le propose le Rapport Rogers, *op. cit.*, à la p. 65, «le recours énergique au système pénal doit constituer une partie importante de la stratégie pour lutter contre l’exploitation sexuelle des enfants». Comme l’a observé M. Brennan à la Conférence du Commonwealth sur le droit à propos des problèmes liés aux affaires d’agression sexuelle à l’égard des enfants devant les tribunaux:

[TRADUCTION] La question fondamentale demeure: comment la «vérité» résulterait-elle d’un processus qui restreint et nie activement les expériences vécues par l’un des principaux protagonistes?

(«The Battle for Credibility» (1993), 143 *New Law Journal* 623, à la p. 626.)

L’article 715.1 du *Code criminel* vise à inclure l’expérience des jeunes plaignants dans le système de justice pénale. L’intimé allègue que, en raison de cette disposition, il y a atteinte aux principes de justice fondamentale, particulièrement en ce qui touche l’équité du procès. Tant au procès qu’en Cour d’appel, ainsi que dans les mémoires que l’on nous a soumis, le nœud de l’argumentation a tourné autour de l’objectif global de cette disposition, plutôt que sur son effet réel. Par conséquent, il est essentiel de rechercher les buts poursuivis tels qu’ils ressortent de cette disposition.

Je conviens, comme on l’a soutenu, que l’objet de l’art. 715.1 ne comporte pas une seule mais plusieurs facettes. En premier lieu, j’estime que l’article vise à préserver le récit fait peu après la plainte de l’enfant en vue d’aider à découvrir la vérité, et à fournir une procédure pour l’introduire en preuve au procès. R. G. Mosley, avocat général principal au ministère de la Justice, a dit lorsqu’il a présenté l’art. 715.1 devant le Comité senatorial

Committee on Legal and Constitutional Affairs that:

... the videotape ... is simply a means of getting the child's earlier statement before the court in the belief that that early statement will be an accurate and, hopefully, more complete account of what took place.

(Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, *Proceedings*, Issue No. 2, November 20, 1986, at p. 2:23.)

Secondly, the procedures set out in s. 715.1 are designed to diminish the stress and trauma suffered by child complainants as a byproduct of their role in the criminal justice system. This "system induced trauma", as described by J. R. Spencer and R. H. Flin (*The Evidence of Children: The Law and the Psychology* (1990), at pp. 290-97) and by Professor Bala ("Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System", *supra*), often ultimately serves to revictimize the young complainant. Further, the most recent report of the House of Commons entitled *Four-Year Review of the Child Sexual Abuse Provisions of the Criminal Code and the Canada Evidence Act (formerly Bill C-15)* by the Standing Committee on Justice and the Solicitor General, dated June 1993 (at p. 11), indicates that s. 715.1 was intended to preserve the evidence of the child and to remove the need for them to repeat their story many times. It is often the repetition of the story that results in the infliction of trauma and stress upon a child, who is made to feel that she is not being believed and that her experiences are not being validated. In response to those who suggest that the purpose of s. 715.1 is in no way geared to assist the child witness, it would be difficult to imagine how the legislators could have ignored the benefit such a provision would have in limiting the strain imposed on child witnesses, who are required to provide detailed testimony about confusing, embarrassing and frightful incidents of abuse in an intimidating, confrontational and often hostile courtroom atmosphere. Finally, and most importantly, the limited scope of the rule is, in my view, a legislative

permanent des affaires juridiques et constitutionnelles:

... l'enregistrement magnétoscopique [...] est simplement un moyen d'obtenir d'un enfant une déclaration spontanée qui pourra être ultérieurement déposée devant les tribunaux sous prétexte qu'elle sera plus exacte et, espérons-le, qu'elle rendra plus fidèlement compte des événements.

(Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles, *Délibérations*, fascicule n° 2, le 20 novembre 1986, à la p. 2:23.)

En second lieu, le mécanisme établi à l'art. 715.1 vise à diminuer le stress et le traumatisme que subissent les enfants plaignants du fait de leur rôle dans le système de justice pénale. Ce [TRADUCTION] «traumatisme causé par le système», comme le décrivent J. R. Spencer et R. H. Flin (*The Evidence of Children: The Law and the Psychology* (1990), aux pp. 290 à 297) ainsi que le professeur Bala («Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System», *loc. cit.*), fait souvent en sorte de revictimiser le jeune plaignant. De plus, selon le plus récent rapport de la Chambre des communes intitulé *Examen de quatre ans des dispositions du Code criminel et de la Loi sur la preuve au Canada sur l'exploitation sexuelle des enfants (anciennement projet de loi C-15)*, émanant du Comité permanent de la justice et du solliciteur général, et daté de juin 1993 (aux pp. 12 et 13), l'art. 715.1 vise à conserver le témoignage de l'enfant tout en lui évitant d'avoir à reprendre maintes fois son récit. C'est souvent de la répétition que résultent le traumatisme et le stress de l'enfant, qui en vient à penser qu'on ne la croit pas et qu'on n'accorde aucune valeur à l'expérience qu'elle a vécue. Quant à ceux qui laissent entendre que l'art. 715.1 n'a aucunement été conçu pour venir en aide au jeune témoin, il est difficile d'imaginer comment les législateurs auraient pu ignorer l'effet bénéfique d'une telle disposition, soit l'atténuation de la tension imposée aux enfants obligés de témoigner en détail sur des incidents d'agression confus, embarrassants et effroyables, dans une salle d'audience intimidante où règne une atmosphère d'affrontement et souvent d'hostilité. Enfin, et c'est là un élément primordial, la portée limitée de la règle s'explique, à mon avis, par la

attempt to balance these objectives with the rights of an accused to a fair trial.

Whilst the primary purpose of s. 715.1 may be the attainment of truth, the section is particularly focused on the needs of children and the special protections that they require in order to expose that truth. Children, for example, find it stressful to face their perpetrator while they are testifying and to tell their story in front of strangers. It is these types of concerns at which s. 715.1 is aimed. In the words of Kerans J.A. in *R. v. Meddoui*, [1991] 2 W.W.R. 289 (Alta. C.A.), s. 715.1 is “a modest modification of the existing law of evidence to recognize the difficulties some child witnesses have in the articulation of their testimony” (p. 295). An alternate view was recently expressed by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Toten* (1993), 83 C.C.C. (3d) 5 where Doherty J.A. stated (at pp. 20-21):

... I do not agree that s. 715.1 is intended to protect the young complainant from the trauma associated with testifying in a public forum and in the presence of the accused. Indeed, s. 715.1 has been criticized because it fails to provide that protection.

Doherty J.A. goes on to quote comments made by Professor Spencer (“Child Witnesses — A Further Skirmish” (1987), 137 *New Law Journal* 1127), regarding proposed English legislation admitting videotapes. Professor Spencer contends (at p. 1128):

The courts are not concerned with protecting witnesses, or defendants, or anyone, except as something secondary to their main purpose, which is discovering the truth in order to do justice.

Assuming that the above quote supports Doherty J.A.’s assertion, which is not clear to me, I disagree with Doherty J.A. on this point. I suggest that the *Charter* requires that we bring these multiple considerations foremost in our mind, as truth cannot be attained in a vacuum. In my opinion, Professor Spencer, in fact, gives credence to the multifaceted purposes of legislation such as, s. 715.1 of the *Criminal Code*. In our quest for the truth, if

recherche d’un équilibre entre ces objectifs et le droit de l’accusé à un procès équitable.

Bien que l’art. 715.1 puisse avoir comme premier objectif la découverte de la vérité, l’accent y est mis tout spécialement sur les besoins des enfants et la protection particulière qu’il faut leur accorder pour exposer cette vérité. Pour les enfants par exemple, le fait d’être confrontés à leur agresseur lorsqu’ils témoignent et d’avoir à raconter leur histoire devant des étrangers est source de tension. C’est à ce type de préoccupations que l’art. 715.1 vise à répondre. Pour reprendre les mots du juge Kerans dans l’arrêt *R. c. Meddoui*, [1991] 2 W.W.R. 289 (C.A. Alb.), l’art. 715.1 est [TRADUCTION] «une modeste modification de l’actuel droit de la preuve pour reconnaître les difficultés qu’ont certains enfants témoins à formuler leur témoignage» (p. 295). Le juge Doherty de la Cour d’appel de l’Ontario a exprimé récemment une opinion différente dans l’arrêt *R. c. Toten* (1993), 83 C.C.C. (3d) 5, aux pp. 20 et 21:

[TRADUCTION] ... je ne suis pas d’accord pour dire que l’art. 715.1 vise à protéger le jeune plaignant du traumatisme associé à l’obligation de témoigner dans un endroit public et en présence de l’accusé. Au contraire, l’art. 715.1 a été critiqué parce qu’il n’accorde pas cette protection.

Le juge Doherty poursuit en citant les commentaires du professeur Spencer («Child Witnesses — A Further Skirmish» (1987), 137 *New Law Journal* 1127) sur un projet de loi anglais concernant l’utilisation d’enregistrements magnétoscopiques (à la p. 1128):

[TRADUCTION] Les tribunaux ne se préoccupent pas de la protection des témoins, ou des défendeurs, ou de qui que ce soit, sauf accessoirement à leur but principal, qui est de découvrir la vérité afin de rendre justice.

À supposer que la citation qui précède vienne étayer l’affirmation du juge Doherty, ce dont je ne suis pas sûre, je ne partage pas son opinion sur ce point. J’estime que la *Charte* exige que nous ayons ces considérations multiples constamment à l’esprit, étant donné l’impossibilité de parvenir à la vérité dans l’abstrait. À mon avis, le professeur Spencer ajoute plutôt foi à l’idée des multiples facettes de l’objectif poursuivi par une disposition

the defendant's rights must not be infringed, neither must the complainant be further victimized. Children require special treatment to facilitate the attainment of truth in a judicial proceeding in which they are involved. These special requirements stem not so much from any disability of the child witness, but from the fact that our ordinary criminal and courtroom procedures have been developed in a time when the participation of children in criminal justice proceedings was neither contemplated nor plausible. A "court system, established with adult defendants and witnesses in mind, does not easily accommodate children's special needs" (G. Goodman et al., *Testifying in Criminal Court: Emotional Effects on Child Sexual Assault Victims* (1992), at p. 3). Children have suffered and continue to suffer immense hardship from the court process. I do not believe that, when drafting s. 715.1, the legislators could have ignored detailed accounts, such as set out by Spencer and Flin, *supra*, at p. 72:

I was accused of lying, fabrication and made to feel as though I was the accused and not an innocent nine-year-old victim. . . . The defence lawyer treated me roughly as though I was 19 instead of nine-year-old, shouting at me, muddling me, confusing me. I hated him and still do for the way he treated me. The trouble is that after 23 years I still have horrible dreams now and then — not about the incident at the cinema [the assault], but of the court appearance I made.

At the age of seven I was indecently assaulted by a lad who was known to our family. Trying to explain to my parents was hard but to stand up in court and explain was impossible. He sat there watching me all the time. Of course he got away with it like so many do.

It has also been observed that court proceedings often have severe and dire consequences on a child's ability to get on with her or his daily life. In a significant number of cases, the fear of contaminating required testimony has forced the delay of needed therapy and counselling (Spencer and Flin,

telle que l'art. 715.1 du *Code criminel*. Si notre quête de la vérité ne doit pas porter atteinte aux droits du défendeur, elle ne doit pas non plus accroître la victimisation du plaignant. Les enfants requièrent un traitement particulier pour faciliter l'obtention de la vérité dans l'instance judiciaire dans laquelle ils sont engagés. Ces exigences particulières découlent non pas tant d'une quelconque incapacité d'un enfant témoin, mais du fait que nos règles ordinaires de procédure et de pratique en matière pénale se sont développées à une époque où la participation des enfants dans les instances criminelles n'était ni envisagée ni plausible. Un [TRADUCTION] «système judiciaire conçu en fonction des défendeurs et des témoins adultes répond difficilement aux besoins particuliers des enfants» (G. Goodman et autres, *Testifying in Criminal Court: Emotional Effects on Child Sexual Assault Victims* (1992), à la p. 3). Le système judiciaire a été et continue d'être très éprouvant pour les enfants. Je ne crois pas qu'en rédigeant l'art. 715.1 les législateurs aient pu ignorer des récits détaillés comme ceux qu'ont reproduits Spencer et Flin, *op. cit.*, à la p. 72:

[TRADUCTION] On m'a accusée de mentir, d'inventer et je me suis sentie comme si j'étais l'accusée et non pas une innocente victime de neuf ans [. . .] L'avocat de la défense m'a traitée avec brutalité comme si j'avais 19 ans et non neuf ans, me criant par la tête, m'embrouillant et me mêlant. Je l'ai détesté et le déteste encore à cause de la façon dont il m'a traitée. Après 23 ans, je fais encore des cauchemars de temps à autre — non pas à propos de l'incident au cinéma [l'agression] mais à propos de ma comparution en cour.

À l'âge de 7 ans, j'ai été victime d'un attentat à la pudeur par un garçon que ma famille connaissait. Tenter d'expliquer cela à ma famille a été difficile mais se tenir debout devant le tribunal et expliquer, c'était impossible. Il était assis là qui me regardait tout le temps. Évidemment, il s'en est tiré, comme beaucoup d'autres.

On a également observé que les procédures judiciaires ont souvent de graves et pénibles répercussions sur la vie quotidienne de l'enfant. Dans bon nombre de cas, on a dû, par crainte de contaminer le témoignage requis, retarder la thérapie et le counseling (Spencer et Flin, *op. cit.*). Enfin, un

*supra*). Finally, a research paradigm designed to calculate the incidence of stress suffered by child witnesses revealed many instances of nervous behaviour by children testifying in court. Children called to testify demonstrated great nervousness through acts such as twisting hair, attempting to leave the witness stand or the courtroom before the end of the session and in one instance crying (P. E. Hill and S. M. Hill, "Videotaping Children's Testimony: An Empirical View" (1987), 85 *Mich. L. Rev.* 809, at p. 816).

In response to the respondent's concerns, one must now ask whether the force of s. 715.1 meets the multifaceted objects set out above. Again, using the words of Kerans J.A. in *Meddoui, supra*, at p. 295, I agree that s. 715.1 does:

... [offer] the witness the choice, even if the witness can recall the events in question, to refer, while testifying, to an earlier taped account provided that the witness can recall the taping and can and does affirm that, at the taping, he was honest and truthful. When the witness makes such a reference, the tape becomes evidence in proof of the truth of its contents.

As previously stated, s. 715.1 of the *Criminal Code* is an attempt to facilitate the attainment of the truth and to curb the trauma that children called to testify in cases of sexual abuse are forced to endure. Although s. 715.1 does not totally eliminate the need for a child to speak in front of the court, the end goal of making the criminal justice process more accommodating to children is accomplished. In this regard I strongly disagree with Helper J.A. when she states (at pp. 292-93):

Section 715.1 does not meet its objective. There appears to be little sense in protecting a child from the formality of a courtroom for the purposes of direct examination and yet subjecting him or her to the rigours of cross-examination in the setting which is designed to be avoided by the legislation. To require a child to testify at a preliminary hearing, on a voir dire at trial, to be

paramètre de recherche visant à calculer l'incidence du stress chez les enfants témoins a permis d'observer chez eux de nombreux comportements nerveux. Les enfants appelés à témoigner manifestent en effet une grande nervosité: on les a vus se tordre les cheveux, tenter de quitter la barre des témoins ou la salle d'audience avant la fin et, dans un cas, pleurer (P. E. Hill et S. M. Hill, «Videotaping Children's Testimony: An Empirical View» (1987), 85 *Mich. L. Rev.* 809, à la p. 816).

En réponse aux points soulevés par l'intimé, il faut maintenant se demander si l'art. 715.1 a la portée voulue pour atteindre l'objet à multiples facettes évoqué précédemment. Pour reprendre à nouveau les termes du juge Kerans dans l'arrêt *Meddoui*, précité, à la p. 295, je suis d'accord que l'art. 715.1:

[TRADUCTION] ... offre au témoin, même s'il se souvient des événements en cause, le choix de se reporter dans son témoignage à un récit enregistré antérieurement, à la condition qu'il se souvienne de l'enregistrement et qu'il puisse affirmer et qu'il affirme qu'au moment de sa réalisation, il était honnête et disait la vérité. Lorsque le témoin se reporte ainsi au récit antérieur, l'enregistrement fait alors preuve de son contenu.

Ainsi que je l'ai dit précédemment, l'art. 715.1 du *Code criminel* représente une tentative de faciliter la découverte de la vérité et d'atténuer le traumatisme que subissent inévitablement les enfants appelés à témoigner dans des affaires d'agression sexuelle. Bien que l'art. 715.1 ne fasse pas disparaître totalement l'obligation pour un enfant de parler devant le tribunal, il atteint son but ultime qui est de rendre le processus pénal plus accueillant pour les enfants. À cet égard, je ne partage aucunement l'opinion du juge Helper lorsqu'elle dit (aux pp. 292 et 293):

[TRADUCTION] L'article 715.1 n'atteint pas son objectif. Il apparaît quelque peu illogique de protéger un enfant contre le formalisme de l'interrogatoire principal en salle d'audience tout en le ou la soumettant aux rigueurs du contre-interrogatoire dans le cadre que la disposition visait à lui éviter. Obliger un enfant à témoigner à une enquête préliminaire, à un voir-dire au pro-

cross-examined and be shielded only in the giving of direct evidence falls short of the aim of the legislation.

In fact, although the aim of s. 715.1 is not to completely eliminate the need for the child to testify in court, as pointed out by the appellant, the current formulation of s. 715.1 leads to this end in a very significant number of cases. There is strong confirmation that videotaped evidence may often assist in eliciting a guilty plea, once the accused and his counsel have viewed the child describing the incident (D. Whitcomb, E. R. Shapiro and L. D. Stellwagen, *When the Victim is a Child: Issues for Judges and Prosecutors* (1985), at p. 60). Further, in the case at hand, the use of the videotape allowed the Crown prosecutor to proceed with her case while asking very few questions of the complainant. In addition, although the defence counsel had a full opportunity to question R.S., counsel chose only to ask three questions with respect to the sexual acts. Therefore, in R.S.'s case, the use of the videotape evidence almost totally eliminated the need for her to recount once again the sexual violations of her body.

A further advantage afforded by s. 715.1 is the opportunity for the child to answer delicate questions about the abuse in a more controlled, less stressful and less hostile environment, a factor which, according to social science research, may drastically increase the likelihood of eliciting the truth about the events at hand. Scientific study has indicated that, as compared to the courtroom setting, the quality and reliability of children's testimony is significantly enhanced in a smaller, more intimate, videotape environment (Spencer and Flin, *supra*). The numerous other advantages of videotaped evidence include the fact that videotaped testimony enables the court to hear a more accurate account of what the child was saying about the incident at the time it first came to light. Secondly, the tape of an early interview will reveal how the child was questioned. Thirdly, a suspect may have the opportunity to view the videotape during the course of an investigation. Fourthly, the videotape of an early interview, if used in evidence, can supplement the evidence of a child who

cès, le soumettre au contre-interrogatoire et ne le protéger qu'aux fins de la preuve directe ne correspond pas au but recherché par la disposition.

En fait, bien que l'art. 715.1 ne vise pas, comme le souligne l'appelant, à éliminer complètement l'obligation pour l'enfant de témoigner en cour, sa formulation actuelle y conduit pourtant dans un très grand nombre de cas. Il y a, en effet, de fortes raisons de croire que l'enregistrement magnétoscopique facilite souvent l'obtention d'un plaidoyer de culpabilité une fois que l'accusé et son avocat ont vu l'enfant décrire l'incident (D. Whitcomb, E. R. Shapiro et L. D. Stellwagen, *When the Victim is a Child: Issues for Judges and Prosecutors* (1985), à la p. 60). De plus, l'utilisation de l'enregistrement en l'espèce a permis au substitut du procureur général de présenter sa preuve en ne posant que très peu de questions à la plaignante. En outre, bien que l'avocat de la défense ait eu pleinement l'occasion d'interroger R.S., il a choisi de ne lui poser que trois questions concernant les actes sexuels. Dans le cas de R.S., par conséquent, l'utilisation de l'enregistrement l'a presque totalement dispensée de l'obligation de reprendre encore une fois le récit des agressions sexuelles subies.

L'autre avantage que procure l'art. 715.1 est l'occasion qu'il donne à l'enfant de répondre à des questions délicates sur l'agression dans un environnement plus contrôlé, moins stressant et moins hostile, facteur susceptible, selon les recherches sociologiques, d'augmenter radicalement la probabilité d'obtenir la vérité sur les événements en cause. Des études scientifiques indiquent que, comparativement à la salle d'audience, le cadre plus restreint et plus intime d'un enregistrement magnétoscopique permet d'accroître de façon significative la qualité et la fiabilité du témoignage des enfants (Spencer et Flin, *op. cit.*). Parmi les nombreux autres avantages de l'enregistrement magnétoscopique figure le fait que le tribunal dispose ainsi d'un compte rendu plus exact du récit qu'a fait l'enfant au moment où l'affaire a été dévoilée. Deuxièmement, l'enregistrement révélera la manière dont l'enfant a été interrogé. Troisièmement, le suspect peut avoir l'occasion de visionner l'enregistrement au cours de l'enquête. Quatrièmement, cet enregistrement peut, s'il est utilisé en



is inarticulate or forgetful at trial. I find that these numerous advantages gained through the implementation of s. 715.1 are concrete. Even though the section has not been used extensively, researchers indicate that “these devices have had some positive effects in terms of reducing the “system induced” trauma to children of involvement in criminal proceedings” (Bala and Bailey, *supra*, at p. 293). For the children who benefit, a few instances mean a great deal more than statistics. It has been found that the length of time children were in the stand decreased with the use of video. As well, there appeared to be a benefit to the victims in that they could get on with treatment. Ultimately:

If a child is compelled to be physically present in court, the psychological cost can be quite severe. This cost may ultimately be passed on to society if, as a result of the child’s inability to testify, a guilty perpetrator is improperly released.

(Hill and Hill, *supra*, at p. 827.)

Section 715.1 of the *Criminal Code* acts to remove the pressure placed on a child victim of sexual assault when the attainment of “truth” depends entirely on her ability to control her fear, her shame and the horror of being face to face with the accused when she must describe her abuse in a compelling and coherent manner. Section 715.1 ensures that the child’s story will be brought before the court regardless of whether the young victim is able to accomplish this unenviable task.

It is interesting to note that state legislatures in the United States have endeavoured to redress the difficulties of child testimony in a manner similar to s. 715.1 of the *Criminal Code*. In fact, as of 1991, at least 37 states permitted the introduction of a child’s videotaped statement into evidence under certain conditions (see M. A. Rittershaus, “*Maryland v. Craig*: Balancing the Interests of a Child Victim Against the Defendant’s Right to Confront his Accuser” (1991), 36 *San Diego L.*

preuve, étayer le témoignage d’un enfant qui a de la difficulté à s’exprimer ou dont la mémoire est défaillante au procès. J’estime donc que l’application de l’art. 715.1 apporte de nombreux avantages concrets. Bien que la disposition n’ait pas encore été utilisée sur une large échelle, les recherches indiquent que [TRADUCTION] «ces mécanismes ont eu des effets positifs sur la réduction du traumatisme «causé par le système» que provoque chez les enfants le fait d’être associés à des poursuites criminelles» (Bala et Bailey, *loc. cit.*, à la p. 293). Pour les quelques enfants qui ont pu en bénéficier, cela représente beaucoup plus que des statistiques. On a constaté que l’utilisation de l’enregistrement magnétoscopique réduit le temps que les enfants passent à la barre. De même, les victimes ont semblé en tirer un avantage parce qu’elles ont dès lors pu profiter d’un traitement. Enfin:

[TRADUCTION] Obliger un enfant à être physiquement présent en cour peut s’avérer très coûteux sur le plan psychologique. En bout de ligne, le coût peut aussi être très lourd sur le plan social si l’incapacité de l’enfant à témoigner fait en sorte qu’un agresseur coupable sera à tort mis en liberté.

(Hill et Hill, *loc. cit.*, à la p. 827.)

L’article 715.1 du *Code criminel* a pour effet de soulager l’enfant victime d’une agression sexuelle de la pression s’exerçant sur elle lorsque la découverte de la «vérité» dépend entièrement de sa capacité à contrôler sa peur, sa honte et l’horreur d’être face à face avec l’accusé et d’avoir à décrire de façon convaincante et cohérente les abus dont elle se plaint. L’article 715.1 fait en sorte que le récit de l’enfant soit porté à la connaissance de la cour, indépendamment de la capacité de la jeune victime à accomplir cette pénible tâche.

Il est intéressant de souligner qu’aux États-Unis, les législatures des États se sont efforcées de remédier aux difficultés que soulève le témoignage des enfants en recourant à des dispositions semblables à l’art. 715.1 du *Code criminel*. Depuis 1991, en effet, au moins 37 États permettent que l’enregistrement magnétoscopique de la déclaration d’un enfant soit, à certaines conditions, introduit en preuve (voir M. A. Rittershaus, «*Maryland v. Craig*: Balancing the Interests of a Child Victim

Rev. 104, at p. 105). Each state approached the task of balancing the rights of the accused and the attainment of truth in a slightly different manner (J. C. Yuille, M. A. King and D. MacDougall, *Child Victims and Witnesses: The Social Science and Legal Literatures* (1988), at p. 44). For example, the Fla. Stat. Ann. § 92.53 (West 1992) provides that videotaped statements may be used where there is “a substantial likelihood that a victim or witness who is under the age of 16 would suffer at least moderate emotional or mental harm if he were required to testify in open court”.

A number of state Acts have been criticized on the grounds of potential constitutional invalidity, as a result of infringements on the rights of the accused. In particular, both the United States Constitution and numerous state constitutions guarantee the defendant the right to confront those witnesses testifying against him or her at trial, a right on which the Canadian *Charter* is silent. In addition, concerns similar to those presently before this Court have been raised. These include the administering of an oath to the child witness and the right to cross-examination (McAllister, *supra*, at p. 316).

The United States Supreme Court first examined the constitutionality of these legislative enactments in 1988 in *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988). In *Coy*, the issue was whether a screen placed in front of the witness infringed upon the accused's right to confront his accuser. While the United States Supreme Court, in this case, found that the accused's right to confront his accuser was infringed, subsequently in *Maryland v. Craig*, 110 S.Ct. 3157 (1990), it re-examined the constitutionality of similar legislation in the Maryland statute, with the use of one-way closed-circuit television and its effects on the rights of the accused. In *Craig*, the “Court modified its definitional view of the confrontation clause to allow for case-by-case exceptions to face-to-face confrontations” (Rittershaus, *supra*, at p. 106). In delivering the opinion

Against the Defendant's Right to Confront his Accuser» (1991), 36 *San Diego L. Rev.* 104, à la p. 105). Dans chacun de ces États, la démarche adoptée pour préserver l'équilibre entre les droits de l'accusé et la recherche de la vérité varie légèrement (J. C. Yuille, M. A. King et D. MacDougall, *Enfants victimes et témoins: Publications en droit et en sciences sociales* (1988), aux pp. 48 et 49). Par exemple, la Fla. Stat. Ann. § 92.53 (West 1992) permet l'utilisation d'une déclaration enregistrée sur bande vidéo s'il existe [TRADUCTION] «de fortes possibilités qu'une victime ou un témoin de moins de 16 ans ne subisse au moins un préjudice émotif ou psychologique modéré s'il devait témoigner au cours d'une audience publique».

On a reproché à certaines de ces lois d'être inconstitutionnelles parce qu'elles contreviendraient aux droits des accusés. En particulier, la Constitution des États-Unis et celle de plusieurs États garantissent au défendeur le droit d'être confronté au procès avec les témoins à charge, droit sur lequel la *Charte* canadienne est silencieuse. En outre, des considérations similaires à celles invoquées devant notre Cour ont été soulevées, notamment l'assermentation de l'enfant témoin et le droit au contre-interrogatoire (McAllister, *loc. cit.*, à la p. 316).

C'est en 1988, dans l'arrêt *Coy c. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988), que la Cour suprême des États-Unis a, pour la première fois, examiné la constitutionnalité de ces dispositions législatives. Dans cette affaire, la question était de savoir si un écran placé devant le témoin portait atteinte au droit de l'accusé d'être confronté à son accusateur. La cour a conclu qu'il y avait effectivement eu, dans cette affaire, atteinte à ce droit de l'accusé, mais subseqüemment, dans l'arrêt *Maryland c. Craig*, 110 S.Ct. 3157 (1990), elle a examiné à nouveau la constitutionnalité d'une loi similaire du Maryland permettant l'utilisation d'une télévision à circuit fermé unidirectionnelle, et analysé ses répercussions sur les droits de l'accusé. Dans l'arrêt *Craig*, la [TRADUCTION] «cour a modifié son interprétation de la clause de la confrontation de façon à permet-

of the majority of the United States Supreme Court, O'Connor J. stated at p. 3167:

We likewise conclude today that a State's interest in the physical and psychological well-being of child abuse victims may be sufficiently important to outweigh, at least in some cases, a defendant's right to face his or her accusers in court.

It is my opinion, that s. 715.1 of the *Criminal Code* similarly realizes this important objective. This being said, does s. 715.1 infringe the accused's rights under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*.

#### Constitutionality of Section 715.1

Our Court has reached the conclusion, in its oral judgment delivered from the bench, that s. 715.1 of the *Criminal Code* is consistent with ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. Sections 7 and 11(d) assert:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

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

It must be recalled that the respondent's challenge to the constitutionality of s. 715.1 pursuant to ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, is solely framed on a breach of the principles of fundamental justice and the right to a fair trial. Accordingly, the respondent's concerns focus primarily on evidentiary rules: the admission of hearsay evidence, prior consistent statements, the lack of opportunity for contemporaneous cross-examination, the scope of judicial discretion, and the effect of the age of the complainant. I will survey each of these points in turn.

tre des exceptions au cas par cas» (Rittershaus, *loc. cit.*, à la p. 106). Prononçant l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis à la majorité, le juge O'Connor a dit, à la p. 3167:

[TRADUCTION] Nous concluons de même aujourd'hui que l'intérêt de l'État au bien-être physique et psychologique des enfants victimes de violence peut être d'une importance telle qu'il l'emporte, à tout le moins dans certains cas, sur le droit du défendeur d'être mis, dans la salle d'audience, en présence de ses accusateurs.

Je suis d'avis que l'art. 715.1 du *Code criminel* réalise de façon analogue cet important objectif. Ceci dit, cet article porte-t-il atteinte aux droits que garantissent à l'accusé l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*?

#### La constitutionnalité de l'art. 715.1

Notre Cour est arrivée à la conclusion, dans son jugement rendu oralement, que l'art. 715.1 du *Code criminel* est compatible avec l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, lesquels disposent:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Rappelons que l'intimé fonde son attaque constitutionnelle de l'art. 715.1, eu égard à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*, uniquement sur la violation des principes de justice fondamentale et le droit à un procès équitable. Par conséquent, les questions qu'il soulève ont trait principalement aux règles de preuve: l'admission de la preuve par ouï-dire, les déclarations antérieures compatibles, l'absence de contemporanéité du contre-interrogatoire, l'étendue du pouvoir discrétionnaire judiciaire et l'incidence de l'âge du plaignant. J'examinerai chacun de ces points à tour de rôle.

Section 7

I will first deal with the respondent's concerns with regard to the breach of his rights under s. 7 of the *Charter*. Given the legislative background, the respondent's argument appears to be that the procedure in s. 715.1 threatens to deprive him of his right to liberty in a way which does not accord with the principles of fundamental justice by depriving him of a right to a fair trial.

Based on this Court's pronouncements that the principles of fundamental justice reflect a spectrum of interests from the rights of the accused to broader social concerns, a fair trial must encompass a recognition of society's interests. Our Canadian society has a vested interest in the enforcement of criminal law in a manner that is both fair to the accused and sensitive to the needs of those who participate as witnesses. In *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740, this Court recognized the need to balance the accused's interests in a criminal trial with the interests of society. (See also *R. v. Seaboyer, supra*, at pp. 603-4 and 622.) The respondent submits that the effect of s. 715.1 of the *Criminal Code* is to allow, as evidence at trial, statements taken out of court "without any of the procedural requirements, controls and safeguards that are built into the traditional trial process and that have become fundamental to our system of justice". One must recognize that the rules of evidence have not been constitutionalized into unalterable principles of fundamental justice. Neither should they be interpreted in a restrictive manner which may essentially defeat their purpose of seeking truth and justice.

In the case at hand, in the determination of what is fair, one must bear in mind the rights and the capabilities of children. As McLachlin J. recognized in *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 133: "... it may be wrong to apply adult tests for credibility to the evidence of children". Wilson J. expressed a similar view in *R. v. B. (G.)*, [1990] 2

L'article 7

Je traiterai d'abord des arguments de l'intimé relatifs à la violation des droits que lui reconnaît l'art. 7 de la *Charte*. Étant donné le cadre législatif, l'intimé paraît soutenir que la procédure prévue à l'art. 715.1 menace de le priver de son droit à la liberté d'une façon qui contrevient aux principes de justice fondamentale en le privant de son droit à un procès équitable.

Étant donné que, selon les arrêts antérieurs de notre Cour, les principes de justice fondamentale reflètent une gamme d'intérêts, allant des droits de l'accusé à des préoccupations sociales plus larges, un procès équitable doit englober la reconnaissance des intérêts de la société. Il existe, dans la société canadienne, un intérêt acquis pour l'application du droit pénal d'une manière qui soit à la fois équitable pour l'accusé et sensible aux besoins de ceux qui y participent à titre de témoins. Dans l'arrêt *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740, notre Cour a reconnu la nécessité d'établir, dans un procès criminel, un équilibre entre les droits de l'accusé et les intérêts de la société. (Voir également *R. c. Seaboyer*, précité, aux pp. 603, 604 et 622.) L'intimé soutient que l'art. 715.1 du *Code criminel* a pour effet de permettre la présentation en preuve au procès de déclarations extrajudiciaires [TRADUCTION] «sans aucun des contrôles, exigences et garanties d'ordre procédural qui font partie intégrante du processus judiciaire traditionnel et sont devenus un élément fondamental de notre système judiciaire». Il faut reconnaître que les règles de preuve n'ont pas été érigées dans la Constitution en principes inaltérables de justice fondamentale. Mais elles ne devraient pas pour autant recevoir une interprétation restrictive qui irait essentiellement à l'encontre de leur objet, soit la recherche de la vérité et de la justice.

Dans le cas présent, il nous faut, pour déterminer ce qui est équitable, prendre en considération les droits et les capacités des enfants. Ainsi que l'a reconnu le juge McLachlin dans *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, à la p. 133, en parlant des témoignages des enfants: «... il est peut-être erroné de leur appliquer les mêmes critères qu'à

S.C.R. 30, at pp. 54-55, in reference to the appeal judge's treatment of the child witness' evidence:

... it seems to me that he was simply suggesting that the judiciary should take a common sense approach when dealing with the testimony of young children and not impose the same exacting standard on them as it does on adults.

Children may have to be treated differently by the criminal justice system in order that it may provide them with the protections to which they are rightly entitled and which they deserve. Even in this particular case, when the interests of the child witness may seem completely at odds with those of the accused, one must recall the words of La Forest J. in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362:

It seems to me that s. 7 of the *Charter* entitles the appellant to a fair hearing; it does not entitle him to the most favourable procedures that could possibly be imagined.

Therefore, the question is not whether the accused can imagine a situation where his rights would be greater but rather, whether s. 715.1 violates his rights. In this respect, the respondent points to numerous rules of evidence in an attempt to demonstrate such a violation. In his view, the admission of videotaped statements by a child complainant under s. 715.1 results in the admission of hearsay and prior consistent statements. He further points to the lack of opportunity for contemporaneous cross-examination. Although s. 7 does not guarantee strict adherence to particular rules of evidence, but, in fact, guarantees that a person shall not be deprived of her or his liberty in a manner contrary to the principles of fundamental justice, I will deal with each of these concerns in turn.

Before dealing specifically with these arguments, however, it is important to note recent developments in the law of evidence. The modern trend in this field has been to admit all relevant and

ceux des adultes en matière de crédibilité». Le juge Wilson a exprimé une opinion semblable dans l'arrêt *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, aux pp. 54 et 55, eu égard au traitement qu'avait accordé le juge de la cour d'appel au témoignage de la jeune plaignante:

... il me semble qu'il laisse entendre simplement que les juges devraient adopter une position fondée sur le bon sens lorsqu'ils traitent du témoignage de jeunes enfants et éviter de leur imposer les mêmes normes exigeantes qui sont applicables aux adultes.

Il se peut que le système de justice pénale doive traiter différemment les enfants s'il veut leur offrir les protections auxquelles ils ont droit et qu'ils méritent. Même dans la présente affaire, lorsque les intérêts d'un enfant témoin peuvent sembler aux antipodes de ceux de l'accusé, il faut se remémorer les mots du juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 362:

Il me semble que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'appelant le droit à un procès équitable; il ne lui donne pas le droit de bénéficier des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer.

Dès lors, la question n'est pas de savoir si l'accusé peut imaginer une situation où il aurait davantage de droits, mais plutôt si l'art. 715.1 viole ses droits. À cet égard, l'intimé invoque plusieurs règles de preuve pour démontrer qu'une telle violation a eu lieu. À son avis, permettre l'utilisation de déclarations enregistrées d'un jeune plaignant en vertu de l'art. 715.1 équivaut à admettre une preuve par oui-dire et des déclarations antérieures compatibles. Il souligne également l'absence de contemporanéité possible du contre-interrogatoire. Bien que l'art. 7 ne consacre pas l'application stricte de règles de preuve particulières, mais qu'il garantisse, en fait, le droit de ne pas être privé de sa liberté en contravention des principes de justice fondamentale, j'examinerai séparément chacun de ces points.

Avant d'analyser spécifiquement ces arguments, toutefois, il importe de souligner les récents développements qui ont marqué le droit de la preuve. Dans ce domaine, la tendance actuelle est d'ad-

probative evidence and allow the trier of fact to decide the weight to be given to that evidence in order to arrive at a result which will be just. A just result is best achieved when the decision-makers have all relevant and probative information before them. It would seem contrary to the judgments of our Court (*Seaboyer and B. (K.G.)*, *supra*) to disallow evidence available through technological advances, such as videotaping, that may benefit the truth seeking process. Consequently, adherence to such strict rules as suggested by the respondent, besides not being constitutionally required, may result in valuable information not being brought to the court's attention. Moreover, the Court has recently sought to further remove obstacles to the truth seeking process, in a genuine attempt to return to the basic goal of truth-finding (see *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531, *R. v. W. (R.)*, *supra*, and *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223). Rules of evidence, as much as the law itself are not cast in stone and will evolve with time. This is amply demonstrated by even a superficial overview of our legal history and the way in which rules were developed through the centuries. In order to deal with the respondent's specific arguments, I will now discuss his concerns relating to hearsay.

### Hearsay

The respondent submits that s. 715.1 of the *Criminal Code* infringes the rule against hearsay and, consequently, infringes the principles of fundamental justice. However, as legal history dictates, even an exception to the rule regarding hearsay is not really an exceptional occurrence. In fact, it has been observed that exceptions to the hearsay rule are "as "fundamental" as the rule" (A. McGillivray, "*R. v. Laramee: Forgetting Children, Forgetting Truth*" (1991), 6 C.R. (4th) 325, at p. 334, commenting on *Ares v. Venner*, [1970] S.C.R. 608).

The concern, with regard to the admissibility of hearsay evidence, is that an out-of-court statement may be relied upon as proof of the truth of its contents without any opportunity, through cross-examination, to test its veracity. In the case at

mettre la preuve pertinente et probante et de laisser au juge des faits le soin de l'apprécier afin d'arriver à un résultat qui soit juste. La meilleure façon d'y parvenir est de disposer de toutes les informations pertinentes et probantes. Il semblerait contraire aux arrêts de notre Cour (*Seaboyer et B. (K.G.)*, précités) de refuser une preuve disponible grâce au progrès technologique, tel l'enregistrement magnétoscopique, et qui est susceptible de contribuer à la recherche de la vérité. Par conséquent, l'adhésion aux règles strictes que préconise l'intimé, outre qu'elle n'est pas constitutionnellement requise, pourrait faire en sorte que des renseignements valables ne soient pas portés à l'attention de la cour. De plus, la Cour a, dans une véritable tentative de revenir au but fondamental de la recherche de la vérité, cherché récemment à éliminer d'autres obstacles entravant ce processus (*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. W. (R.)*, précité, et *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223). Comme le droit lui-même, les règles de preuve ne sont pas coulées dans le bronze et évoluent avec le temps, ainsi que le démontre largement un examen même superficiel de notre histoire juridique et du processus d'élaboration des règles à travers les siècles. Afin de répondre aux arguments spécifiques de l'intimé, j'examinerai maintenant les points qu'il a soulevés en ce qui concerne le ouï-dire.

### Le ouï-dire

L'intimé soutient que l'art. 715.1 du *Code criminel* contrevient à la règle prohibant le ouï-dire et, par conséquent, aux principes de justice fondamentale. Toutefois, ainsi que l'enseigne l'histoire du droit, même les exceptions à cette règle n'ont rien d'exceptionnel. En fait, on a fait remarquer que les exceptions à la règle du ouï-dire sont [TRANSCRIPTION] «aussi «fondamentales» que la règle» (A. McGillivray, "*R. v. Laramee: Forgetting Children, Forgetting Truth*" (1991), 6 C.R. (4th) 325, à la p. 334, commentant l'arrêt *Ares c. Venner*, [1970] R.C.S. 608).

La crainte que soulève l'utilisation de la preuve par ouï-dire est qu'une déclaration extrajudiciaire fasse preuve de son contenu sans qu'il y ait eu possibilité d'en vérifier la véracité au moyen d'un contre-interrogatoire. Dans l'affaire qui nous

hand, even assuming for the sake of argument that the videotaped evidence is hearsay, traditional considerations which govern here, such as those that were before this court in *Khan, supra*, are not present. In *Khan*, the young declarant was not available for cross-examination. As a result, the Court decided that the tests of necessity and reliability had to be met before the hearsay statement could be admitted into evidence, thus creating a judicial exception. However, in the present case, a child, whose videotaped statement is admitted at trial through s. 715.1, must testify in court and must adopt under oath the statement that she or he has made on the videotape. The concerns enunciated in *Khan, supra*, are simply not present here. Once the child at trial adopts the videotaped evidence, that evidence is no longer strictly hearsay. The trier of fact will then be able to assess the credibility of the child. In the words of Doherty J.A. in *Toten, supra*, at p. 34:

I can see no reason to require circumstances of necessity or circumstantial indicators of reliability as pre-requisites to the admission of evidence which does not carry the dangers inherent in the admission of hearsay evidence.

The rules of necessity and reliability were designed as substitute requirements, in instances where an exception to the rules of evidence is mandated. These rules do not necessarily apply to legislative initiatives. In the instance of s. 715.1, consideration must be had for the prerogative of Parliament to reform the law of evidence and to adopt, in so doing, its own substitute rules to insure reliability and necessity; in this case, the availability of the child witness and the possibility of cross-examination. This prerogative should not be unduly limited by a court, without a clear basis for justification (*R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915). There is none here.

In any event, in the case at hand, the tests of necessity and reliability can easily be met. Reliability arises from the presence of the child at trial,

occupe, même en présumant, pour les fins de l'argumentation, que l'enregistrement magnétoscopique constitue du oui-dire, les considérations traditionnelles en la matière, telles celles qui nous étaient soumises dans l'arrêt *Khan*, précité, sont absentes. Dans cet arrêt, il n'était pas possible de soumettre la jeune déclarante au contre-interrogatoire. La Cour a donc décidé que les critères de nécessité et de fiabilité devaient être remplis pour que la déclaration par oui-dire puisse être admise en preuve, créant ainsi une exception judiciaire. Or, ici l'enfant, dont la déclaration enregistrée est utilisée sous le régime de l'art. 715.1, doit témoigner devant le tribunal et confirmer, sous serment, la déclaration qu'elle a faite dans l'enregistrement. Les considérations soulevées dans l'arrêt *Khan* n'existent donc pas en l'espèce. Dès lors que l'enfant confirme au procès le témoignage enregistré sur bande vidéo, ce témoignage ne constitue plus strictement du oui-dire. Le juge des faits sera alors en mesure d'apprécier la crédibilité de l'enfant. Comme l'a dit le juge Doherty dans l'arrêt *Toten*, précité, à la p. 34:

[TRADUCTION] Je ne vois aucune raison d'exiger la présence de circonstances établissant la nécessité ou démontrant la fiabilité comme condition préalable à l'admission d'une preuve qui ne comporte pas les dangers inhérents à l'admission de la preuve par oui-dire.

Les règles de nécessité et de fiabilité ont été conçues comme des exigences subsidiaires dans les cas où s'impose une exception aux règles de preuve. Ces règles ne s'appliquent pas nécessairement aux mesures législatives. Dans le cas de l'art. 715.1, il faut, en effet, tenir compte de la prerogative du législateur de réformer le droit de la preuve et d'adopter, ce faisant, ses propres règles subsidiaires pour assurer la fiabilité et la nécessité, soit, en l'espèce, la disponibilité de l'enfant témoin et la possibilité d'un contre-interrogatoire. Cette prerogative ne devrait pas être indûment restreinte par les tribunaux, à moins d'une raison clairement suffisante (*R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915). Il n'y en a aucune en l'espèce.

Quoi qu'il en soit, il peut être aisément satisfait, en l'espèce, aux critères de nécessité et de fiabilité. La fiabilité découle de la présence de l'enfant au

the adoption under oath of her videotaped statements, the opportunity to observe the child in the videotape and in court and the accused's ability to cross-examine the child. Necessity stems from the child's possible loss of memory by the time of trial or from the negative consequences that the child may suffer if obliged to testify at trial. Therefore, in this regard, I disagree with the findings of Twaddle J.A. that the necessity test does not import the need to protect witnesses from having to testify at trial. The severe consequences that could result should the videotape not be admitted as evidence and the child is unable to give relevant and reliable evidence at trial, in addition to the law's duty to protect children in such circumstances, in my view meet the test for necessity. As Professor Young (*supra*, at p. 35) points out in relation to the appeal court judgment in this case:

The Court's concern with the absence of the necessity requirement from the videotape provision is misplaced for a few reasons. First, the requirement that one would have to show necessity in each case to justify the admission of videotaped evidence would once again force children to conform to adult norms which were not developed with them in mind. One of the positive elements of the videotape provision . . . is precisely the fact that it contemplates the particular realities of children and the fact that they may have trouble repeating or indeed recalling all the details in court.

The respondent's argument as to hearsay must fail.

#### Prior Consistent Statements

The respondent's second line of attack on the constitutionality of s. 715.1 of the *Criminal Code* is that the admission of prior consistent statements violates the fundamental principles of justice. The general evidentiary rule with regard to the admission of prior consistent statements is expressed by Wigmore:

When the witness has merely testified on direct examination, without any impeachment, proof of consistent statements is unnecessary and valueless. The witness is

procès, de la confirmation sous serment de ses déclarations enregistrées sur bande vidéo, de la possibilité d'observer l'enfant dans l'enregistrement et au tribunal et de la capacité de l'accusé de le contre-interroger. La nécessité découle de la possibilité que la mémoire de l'enfant s'estompe avant la tenue du procès ou qu'il subisse des répercussions négatives s'il était obligé de témoigner au procès. À cet égard, je ne partage donc pas l'avis du juge Twaddle de la Cour d'appel, selon lequel le critère de nécessité ne comprend pas le besoin de protéger les témoins contre l'obligation de témoigner au procès. Les graves conséquences que pourraient entraîner la non-admission en preuve de l'enregistrement et l'incapacité de l'enfant de rendre au procès un témoignage pertinent et fiable, outre le rôle, en droit, de protéger les enfants en pareilles circonstances, tout cela, à mon avis, satisfait au critère de nécessité. Ainsi que le souligne le professeur Young (*loc. cit.*, à la p. 35) relativement au jugement de la Cour d'Appel en l'espèce:

[TRADUCTION] L'importance que la cour accorde à l'absence d'exigence en matière de nécessité dans la disposition visant l'enregistrement magnétoscopique est déplacée pour un certain nombre de raisons. D'abord, exiger dans chaque cas la preuve de nécessité pour justifier l'utilisation de l'enregistrement forcerait encore une fois les enfants à se conformer à des normes d'adultes conçues sans égard à leurs besoins. L'un des aspects positifs de cette disposition [. . .] est précisément le fait qu'elle tient compte de la réalité particulière des enfants, dont la difficulté qu'ils peuvent éprouver à répéter ou même à se rappeler tous les détails en cour.

L'argument de l'intimé relatif au oui-dire doit donc être rejeté.

#### Les déclarations antérieures compatibles

Le deuxième moyen qu'invoque l'intimé à l'encontre de la constitutionnalité de l'art. 715.1 du *Code criminel* est que l'utilisation de déclarations antérieures compatibles viole les principes de justice fondamentale. Wigmore formule ainsi la règle de preuve généralement applicable en la matière:

[TRADUCTION] Lorsque le témoin a seulement témoigné à son interrogatoire principal sans qu'on l'attaque, une preuve de déclarations compatibles est inutile



not helped by it; for, even if it is an improbable or untrustworthy story, it is not made more probable or more trustworthy by any number of repetitions of it. Such evidence would ordinarily be cumbersome to the trial and is ordinarily rejected.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 4 (Chadbourn rev. 1972), § 1124, at p. 255.)

In my opinion, the above rationale for excluding prior consistent statements made by a witness is not applicable to s. 715.1 of the *Criminal Code*. This Court has dealt at length with evidentiary concerns, and the potential violation of an accused's rights in this regard, in *Seaboyer, supra*, and, most recently, with respect to videotaped testimony in *B. (K.G.), supra*.

Although the admittance of a prior consistent statement would, perhaps, be considered an exception to the general rule, the facts of this case are quite different from situations regularly caught by the rule against prior consistent statements. As a result of s. 715.1 of the *Criminal Code*, the prior consistent statement is not being admitted to bolster the credibility of the child witness or to provide superfluous information. The videotaped evidence is the only evidence before the court with regard to the details of the child's sexual abuse. It is, in fact, the evidence itself, as if the child were giving it in open court or in lieu of open court evidence. Thus, I agree with the appellant that the videotaped evidence is highly relevant and probative and is neither "unnecessary [or] valueless". Section 715.1 of the *Code* simply provides a different means of giving evidence. In that sense, it cannot even be said that it affords an exception to the rule against the admissibility of prior consistent statements, the rationale of which does not apply in this case.

I would dismiss this argument.

et sans valeur. Une telle preuve n'est d'aucun secours pour le témoin, car même si son récit est invraisemblable ou douteux, ce n'est pas à force de répétitions qu'il devient plus vraisemblable ou moins douteux. Normalement, ce genre de preuve se révèle gênant au procès et est habituellement écarté.

(*Wigmore on Evidence*, vol. 4 (Chadbourn rev. 1972), § 1124, à la p. 255.)

À mon avis, ce raisonnement justifiant l'exclusion des déclarations antérieures compatibles faites par un témoin n'est pas applicable à l'art. 715.1 du *Code criminel*. Notre Cour a examiné en détail les appréhensions soulevées en matière de preuve et le risque de violation des droits de l'accusé à cet égard dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, et, plus récemment, à l'égard du témoignage sur bande vidéo dans l'arrêt *B. (K.G.)*, précité.

Bien que l'admission d'une déclaration antérieure compatible puisse être considérée comme une exception à la règle générale, les faits de l'espèce sont fort différents des situations ordinairement visées par la règle prohibant ce type de déclarations. Sous le régime de l'art. 715.1 du *Code criminel*, la déclaration antérieure compatible n'est pas admise aux fins d'étayer la crédibilité de l'enfant témoin ou d'apporter des renseignements superflus. L'enregistrement est le seul témoignage dont dispose le tribunal quant aux détails de l'agression sexuelle contre l'enfant. Il s'agit, en fait, du témoignage lui-même, comme si l'enfant témoignait en audience publique ou que l'enregistrement tenait lieu de témoignage public. Par conséquent, je suis d'accord avec l'appelant que l'enregistrement magnétoscopique est hautement pertinent et probant et qu'il n'est pas «inutile et sans valeur». L'article 715.1 du *Code* ne fait que prévoir un moyen différent de rendre témoignage. En ce sens, il ne s'agit même pas d'une exception à la règle de l'inadmissibilité des déclarations antérieures compatibles, laquelle n'a pas sa raison d'être en l'espèce.

Je suis d'avis de rejeter cet argument.

Cross-examination

Finally, the respondent argues that cross-examination of the young complainant at trial, rather than at the time of the filming of the videotape, does not provide sufficient opportunity to test the evidence of the child witness. When dealing with a similar issue in *B. (K.G.)*, *supra*, the Court accepted the notion that the opportunity to cross-examine at trial provides an adequate means to test the evidence of a witness. In *B. (K.G.)*, it was found that contemporaneous cross-examination was not protected by the *Charter*, in a case dealing with a prior inconsistent videotaped statement which was admitted for the truth of its contents. In the present case, the sole difference is that the videotaped statements have been adopted by the witness and are consistent. As a result of the adoption, the concern that the prior statement may be unreliable is considerably diminished, if not annulled, because the witness, present in front of the court and the accused, endorses the truth of her past statements. As the Court found in *B. (K.G.)*, the concerns with respect to the potential problems associated with hearsay and reliability of evidence are not significant when videotaped testimony is involved. Under s. 715.1, the manner of questioning, the reaction, the responses and the entire circumstances of the taking of the evidence are before the court through the medium of videotaping. The Court in *B. (K.G.)* held that cross-examination at trial was sufficient to remedy the absence of opportunity to cross-examine at the time of making the initial statements. *A fortiori*, the same rationale applies to videotaped prior consistent statements, such as the one at issue here.

Further, in *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, this Court considered a provision which was somewhat similar to s. 715.1 of the *Criminal Code*. In that case, s. 643(1) of the *Code* was challenged. It provides that, in instances where certain prior conditions are met, evidence initially given at a preliminary inquiry may be read in at trial, when a witness is unable to give further testimony at trial.

Le contre-interrogatoire

Enfin, l'intimé allègue que le contre-interrogatoire de la jeune plaignante au procès, plutôt qu'au moment de la réalisation de l'enregistrement, ne suffit pas pour tester son témoignage. Examinant une question semblable dans l'arrêt *B. (K.G.)*, précité, la Cour a reconnu que la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire au procès constitue un moyen approprié de vérifier la déposition d'un témoin. Dans cet arrêt portant sur une déclaration antérieure incompatible enregistrée sur bande vidéo et admise comme preuve de son contenu, on a jugé que le principe de la contemporanéité du contre-interrogatoire n'était pas protégé par la *Charte*. Dans la présente espèce, la seule différence est que les déclarations enregistrées ont été confirmées par le témoin et qu'elles sont compatibles. Cette confirmation vient considérablement atténuer, sinon éliminer, la crainte que la déclaration antérieure ne soit pas fiable puisque le témoin, présent devant le tribunal et devant l'accusé, confirme l'exactitude de sa déclaration antérieure. Ainsi que la Cour l'a conclu dans l'arrêt *B. (K.G.)*, les préoccupations associées au ouï-dire et à la fiabilité de la preuve n'ont pas une grande portée en matière d'enregistrement magnétoscopique. Suivant l'art. 715.1, le tribunal est, du fait de l'enregistrement, à même d'apprécier la façon dont s'est déroulé l'interrogatoire, la réaction, les réponses et l'ensemble des circonstances entourant la prise de la déposition. Dans l'arrêt *B. (K.G.)*, la Cour a conclu que la possibilité de contre-interroger le témoin au procès suffisait à remédier à l'impossibilité de le faire au moment de l'enregistrement de la déclaration initiale. À fortiori, le même raisonnement s'applique à la déclaration antérieure compatible enregistrée sur bande vidéo, comme celle qui est ici en cause.

En outre, notre Cour a examiné, dans l'arrêt *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, une disposition assez semblable à l'art. 715.1 du *Code criminel*, soit le par. 643(1) du *Code*. Ce paragraphe dispose que, dans certaines conditions, le témoignage recueilli à l'enquête préliminaire d'un accusé peut être lu à titre de preuve au procès lorsque le témoin est dans l'incapacité de témoigner à nouveau.

Wilson J., speaking for the Court, held that, while the accused does have a fundamental right to cross-examine a witness, this examination does not have to occur at the trial. These remarks of Wilson J. were followed in *R. v. Argue*, Ont. Ct. (Gen. Div.), October 2, 1991, unreported, at p. 10, by Tobias J. who disagreed with Helper. J.A.'s views in the present case. In *Argue*, *supra*, Tobias J. found that s. 715.1 of the *Criminal Code* provides full protection for the rights of an accused, both at common law and under the *Charter*, by ensuring an opportunity for the accused to test the videotaped evidence. I agree. In the case at hand, I do not find that the accused's right to cross-examination will be thwarted by the fact that cross-examination is not contemporaneous and, *per se*, the inevitable delay in cross-examination does not render s. 715.1 constitutionally deficient.

In conclusion, therefore, it is my opinion that the respondent's rights under s. 7 of the *Charter* have not been infringed by the admission of videotaped testimony under s. 715.1 of the *Criminal Code* and the provision is, accordingly, constitutional. It does not infringe the principles of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Charter*.

#### Section 11(d)

I will now turn to the respondent's submissions that s. 715.1 of the *Criminal Code* violates his right under s. 11(d) of the *Charter* "to be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal". Many of the same concerns arise in considering "the principles of fundamental justice" guaranteed under s. 7 may be protected under s. 11(d). However, as I have already dealt with these issues, I will focus, at this time, solely on the concerns which fall directly under s. 11(d). In this regard, the respondent submits that the fact that out-of-court statements are admitted into evidence at trial denies him the guarantee of a public hearing. I do not find this submission persuasive. Out-of-court statements are admitted into evidence in judicial proceedings everyday without any suggestion that the trial is unfair or not public. Further, the fact that the child's testimony is on video-

S'exprimant au nom de la Cour, le juge Wilson a estimé que l'accusé a, certes, le droit fondamental de contre-interroger le témoin, mais qu'il n'est pas obligatoire que ce droit s'exerce au procès. Ces remarques du juge Wilson ont été suivies par le juge Tobias, dans l'arrêt *R. c. Argue*, C. Ont. (Div. gén.), le 2 octobre 1991, inédit, à la p. 10, lequel ne partage pas l'opinion du juge Helper en l'espèce. Dans l'arrêt *Argue*, le juge Tobias a conclu que l'art. 715.1 du *Code criminel* protégeait pleinement les droits reconnus à l'accusé, tant en common law qu'en vertu de la *Charte*, en lui donnant l'occasion de tester l'exactitude de l'enregistrement. Je suis d'accord. En l'espèce, j'estime que le droit au contre-interrogatoire n'est pas menacé par son absence de contemporanéité et, en soi, le délai qui s'ensuit inévitablement ne rend pas l'art. 715.1 déficient sur le plan constitutionnel.

En conclusion, donc, je suis d'avis que les droits reconnus à l'intimé en vertu de l'art. 7 de la *Charte* n'ont pas été violés par l'utilisation d'un témoignage enregistré en application de l'art. 715.1 du *Code criminel* et que cette disposition est, par conséquent, constitutionnelle. Elle ne contrevient pas aux principes de justice fondamentale garantis par l'art. 7 de la *Charte*.

#### L'alinéa 11d)

J'examinerai maintenant la prétention de l'intimé que l'art. 715.1 du *Code criminel* viole le droit que lui garantit l'al. 11d) de la *Charte* «d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable». Un grand nombre des intérêts que protège la garantie des «principes de justice fondamentale» consacrée à l'art. 7 peuvent aussi recevoir la protection de l'al. 11d). Toutefois, comme j'ai déjà analysé ces questions, je m'attacherai cette fois-ci uniquement aux intérêts directement visés par l'al. 11d). À cet égard, l'intimé soutient que l'admission en preuve au procès de déclarations extrajudiciaires le prive de la garantie d'un procès public. Cet argument ne me convainc pas. Des déclarations extrajudiciaires sont admises en preuve tous les jours dans des poursuites judiciaires sans que soit jamais remis en cause l'équité

tape, in my opinion, in no way colours the accused's guilt or innocence. The respondent's submissions on this point are minimal and, frankly, do not deserve a longer discussion. I do not find that s. 11(d) of the *Charter* is infringed by s. 715.1 of the *Criminal Code*.

### Judicial Discretion

Even if one were to conclude that s. 715.1 creates an exception to the general rules of evidence, which I do not, it would be a very minimal exception indeed. In this regard, I agree with the appellant's submission that the wording of s. 715.1 itself supports the interpretation that such a provision accommodates traditional rules of evidence and judicial discretion. Thus, in addition to the power to expunge or edit statements where necessary, the trial judge has discretion to refuse to admit the videotape in evidence if its prejudicial effect outweighs its probative value. Properly used, this discretion to exclude admissible evidence ensures the validity of s. 715.1 and is conversant with fundamental principles of justice necessary to safeguard the right to a fair trial enshrined in the *Charter*. Most recently, and following earlier decisions, in *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, this Court held that residual judicial discretion may be constitutionally required in order to provide a mechanism for balancing the rights of the accused and those of the state.

It is further important to note that s. 715.1 does not operate in a vacuum. In fact, at trial, Scollin J. directly asked counsel if there were any parts of the videotaped testimony that would be inadmissible had the child been in the witness box. Counsel explicitly replied that there were not. This judicial discretion has its foundation in the judge's duty to ensure a fair trial for the accused (*R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670). In *Corbett*, when referring to

ou le caractère public du procès. De plus, le fait que le témoignage de l'enfant soit recueilli sur bande vidéo ne change rien, à mon avis, à la culpabilité ou à l'innocence de l'accusé. Sur ce point, les prétentions de l'intimé sont minimales et, en toute franchise, ne méritent pas un examen plus approfondi. J'estime donc que l'art. 715.1 du *Code criminel* ne contrevient pas à l'al. 11d) de la *Charte*.

### Le pouvoir discrétionnaire judiciaire

Même si l'on devait conclure que l'art. 715.1 crée une exception aux règles de preuve générales, ce que je ne fais pas, il s'agirait dans les faits d'une exception minime. À cet égard, je suis d'accord avec l'appelant pour dire que l'interprétation selon laquelle l'art. 715.1 permet aux tribunaux d'appliquer les règles traditionnelles de preuve et d'exercer leur pouvoir discrétionnaire ressort du texte même de la disposition. Ainsi, outre le pouvoir d'expurger ou d'épurer une déclaration en cas de besoin, le juge du procès a le pouvoir discrétionnaire de refuser d'admettre un enregistrement magnétoscopique en preuve si son effet préjudiciable l'emporte sur sa valeur probante. L'exercice régulier de ce pouvoir discrétionnaire d'exclure une preuve admissible assure la validité de l'art. 715.1 et est compatible avec les principes de justice fondamentale dont le respect est exigé pour garantir le droit à un procès équitable consacré dans la *Charte*. Récemment, et conformément à des décisions antérieures, notre Cour a estimé, dans l'arrêt *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, qu'un pouvoir discrétionnaire résiduel du tribunal peut être constitutionnellement requis en tant que mécanisme d'équilibre entre les droits de l'accusé et ceux de l'État.

Il importe également de souligner que l'art. 715.1 ne s'applique pas dans un vacuum. En fait, au procès, le juge Scollin a demandé directement aux avocats si certaines parties de l'enregistrement auraient pu être inadmissibles dans l'hypothèse où l'enfant aurait été à la barre. Les avocats ont explicitement répondu par la négative. Ce pouvoir discrétionnaire repose sur le devoir des juges de veiller à ce que l'accusé ait un procès équitable (*R. c.*

the rules of evidence Dickson C.J. observed at p. 697:

... basic principles of the law of evidence embody an inclusionary policy which would permit into evidence everything logically probative of some fact in issue, subject to the recognized rules of exclusion and exceptions thereto. Thereafter the question is one of weight. The evidence may carry much weight, little weight or no weight at all. If error is to be made it should be on the side of inclusion rather than exclusion and our efforts in my opinion, consistent with the ever-increasing openness of our society, should be toward admissibility unless a very clear ground of policy or law dictates exclusion.

Section 715.1, in my view, has been carefully crafted to leave room for the application of this principle, in allowing for judicial discretion to reject evidence where its probative value is outweighed by its prejudicial effect. All relevant evidence must be admissible unless it is excluded for compelling policy reasons. La Forest J. expressed the view in *Corbett, supra*, at p. 745, that:

... "fairness" implies, and in my view demands, consideration also of the interests of the state as representing the public. Likewise the principles of fundamental justice operate to protect the integrity of the system itself, recognizing the legitimate interests not only of the accused but also of the accuser.

In a case where the protection of s. 715.1 is called upon, the child victim must testify at trial and attest to the truth of the statements made earlier as recorded by videotape. The child may then be subjected to cross-examination on the contents of the taped evidence and the making of the tape. In addition to the child adopting all or part of her prior statements, other limitations exist in that the videotape will only be admissible for a victim under 18 years of age and the video must be made within a reasonable time. However, even before the videotape may be admitted, a *voir dire* must be

*Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670). Dans *Corbett*, le juge en chef Dickson a fait observer ceci à propos des règles de preuve, à la p. 697:

... les règles fondamentales du droit de la preuve comportent un principe d'inclusion en vertu duquel il est permis de produire en preuve tout ce qui sert logiquement à prouver un fait en litige, sous réserve des règles d'exclusion reconnues et des exceptions à celles-ci. Pour le reste, c'est une question de valeur probante. La valeur probante d'un élément de preuve peut être forte, faible ou nulle. En cas de doute, il vaut mieux pécher par inclusion que par exclusion et, à mon avis, conformément à la transparence de plus en plus grande de notre société, nous devrions nous efforcer de favoriser l'admissibilité, à moins qu'il n'existe une raison très claire de politique générale ou de droit qui commande l'exclusion.

À mon avis, l'art. 715.1 a été soigneusement rédigé pour laisser place à l'application de ce principe, en permettant que s'exerce le pouvoir discrétionnaire du tribunal de rejeter un élément de preuve lorsque sa valeur probante est inférieure à son effet préjudiciable. Doivent être considérés comme admissibles tous les éléments de preuve pertinents, à moins que des considérations impérieuses de politique générale n'en commandent l'exclusion. Selon le juge La Forest dans *Corbett*, précité, à la p. 745:

... «l'équité» implique, commande même à mon avis, qu'entrent également en ligne de compte les intérêts de l'État en tant que représentant du public. De même, les principes de justice fondamentale ont pour effet de protéger l'intégrité du système lui-même, car ils reconnaissent les intérêts légitimes non seulement de l'accusé, mais aussi de l'accusateur.

Dans le cas où l'on fait appel à la protection de l'art. 715.1, l'enfant victime doit témoigner au procès et attester de la véracité des déclarations qu'il a faites antérieurement et qui ont été enregistrées sur bande vidéo. L'enfant est alors sujet à contre-interrogatoire sur le contenu de l'enregistrement et sur sa réalisation. Outre l'exigence que l'enfant confirme en tout ou en partie ses déclarations antérieures, l'enregistrement ne sera admissible que si celui-ci a été réalisé dans un délai raisonnable et que la victime est âgée de moins de 18 ans. Toutefois, avant même que l'enregistrement puisse être

held to review the contents of the tape and to ensure that any statements made in the videotape conform to the rules of evidence. Any statements which are in conflict with rules of evidence may be expunged from the tape. There are a number of factors which the trial judge could take into account in exercising his or her discretion to exclude a videotaped statement:

- (a) The form of questions used by any other person appearing in the videotaped statement;
- (b) any interest of anyone participating in the making of the statement;
- (c) the quality of the video and audio reproduction;
- (d) the presence or absence of inadmissible evidence in the statement;
- (e) the ability to eliminate inappropriate material by editing the tape;
- (f) whether other out-of-court statements by the complainant have been entered;
- (g) whether any visual information in the statement might tend to prejudice the accused (for example, unrelated injuries visible on the victim);
- (h) whether the prosecution has been allowed to use any other method to facilitate the giving of evidence by the complainant;
- (i) whether the trial is one by judge alone or by a jury; and
- (j) the amount of time which has passed since the making of the tape and the present ability of the witness to effectively relate to the events described.

In conclusion on this aspect, consideration must be had for the prerogative of Parliament to make such reforms to the law of evidence from time to time as best serves the interests of justice. The recent decision of our Court in *B. (K.G.)*, *supra*, best illustrates such need. As I stated above, this prerogative should not be unduly limited without a

admis, un voir-dire doit être tenu pour en examiner le contenu et veiller à ce que les déclarations qu'il contient soient conformes aux règles de preuve. Toute déclaration contraire à ces règles peut être retranchée de l'enregistrement. Il existe un bon nombre de facteurs que le juge du procès pourrait prendre en considération dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'exclure une déclaration enregistrée sur bande vidéo:

- a) le genre des questions utilisées par toute autre personne apparaissant sur la bande;
- b) l'intérêt de toute personne participant à la prise de la déclaration;
- c) la qualité de la reproduction magnétoscopique et sonore;
- d) la présence ou l'absence d'éléments de preuve inadmissibles dans la déclaration;
- e) la possibilité d'éliminer les éléments inadéquats par l'épuration de la bande;
- f) l'existence ou l'absence d'autres déclarations extrajudiciaires de la plaignante déposées en preuve;
- g) l'existence de renseignements visuels qui tendraient à porter préjudice à l'accusé (par exemple, des blessures de la victime non reliées à l'incident);
- h) la question de savoir si la poursuite a été autorisée à utiliser toute autre méthode visant à faciliter le témoignage de la plaignante;
- i) le fait que le procès ait lieu devant un juge seul ou devant juge et jury; et
- j) le temps écoulé depuis l'enregistrement de la bande et la capacité actuelle du témoin de relater les événements décrits de façon effective.

Pour conclure sur ce sujet, je dirai qu'il faut tenir compte de la prerogative du législateur d'apporter au droit de la preuve les réformes qu'impose, à l'occasion, l'intérêt de la justice, comme en témoigne éloquemment le récent arrêt de notre Cour *B. (K.G.)*, précité. Comme je l'ai dit précédemment, cette prerogative ne devrait pas être

clear basis for justification. The provisions of s. 715.1 accommodate the traditional rules of evidence as well as judicial discretion. As such, these provisions are not unconstitutional.

### Age Limit

The final argument put forward by the respondent with respect to the constitutionality of s. 715.1 and ascribed to by Helper J.A. on appeal, is to the effect that the age of the complainant affects the viability of s. 715.1 of the *Criminal Code*. According to the respondent, the limit of 18 years of age is arbitrary and as such renders the section unconstitutional. I disagree. Whether the complainant is a young child or an adult woman, all victims of sexual abuse who are required to relive, through detailed testimony, the horrendous events through which they have suffered, experience doubly what is already significant pain. There is a need for greater recognition of the severe effects that all witnesses, regardless of age, suffer in such instances. Section 715.1 is a legislative attempt to partly shield the most vulnerable of those witnesses, children and young women. The purpose of the legislation remains the same regardless of the age of the complainant and the need for protection may even be enhanced in the case of young women. A young woman of 15, 16 or 17 years of age will, in most instances, be in a situation of power imbalance *vis-à-vis* the perpetrator, as a result of both her sex and her age. As well, there will be many instances where the accused is in a position of trust and this may often result in additional emotional turmoil and confusion. Young women are particularly vulnerable at the age when they commence to assert their sexuality. As a result, such an experience in adolescence, may be even more traumatic and have more long term effects than if suffered at an earlier age.

Empirical data sheds some light on this issue. For example, a Toronto study indicated that the highest percentage of reported rapes that were classified by the police as unfounded, were in the 14- to 19-year-old age group. In this age group, 69 percent of reports were classified as unfounded

indûment restreinte sans justification claire. Les dispositions de l'art. 715.1 laissent quant à elles place à l'application des règles de preuve traditionnelles ainsi qu'à l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal. À ce titre, elles ne sont donc pas inconstitutionnelles.

### La limite d'âge

Le dernier argument que fait valoir l'intimé à l'encontre de la constitutionnalité de l'art. 715.1 et auquel a souscrit le juge Helper en appel est que l'âge du plaignant influe sur la viabilité de cet article. Selon l'intimé, la limite d'âge de 18 ans est arbitraire et, pour ce motif, rend l'article inconstitutionnel. Je ne suis pas d'accord. Que le plaignant soit un jeune enfant ou une femme adulte, toutes les victimes d'agression sexuelle appelées, dans leur témoignage, à revivre en détail les événements horribles qu'elles ont vécus font doublement l'expérience d'une souffrance déjà grande. Il faudrait être davantage sensible aux répercussions importantes que subissent dans ces cas tous les témoins, quel que soit leur âge. L'article 715.1 est une tentative du législateur de protéger partiellement les plus vulnérables de ces témoins, soit les enfants et les jeunes femmes. L'objet de la disposition demeure le même indépendamment de l'âge du plaignant et le besoin de protection pourrait même s'avérer plus grand dans les cas des jeunes femmes. Une jeune femme de 15, 16 ou 17 ans sera, dans la plupart des cas, dans une situation d'inégalité du rapport de force *vis-à-vis* l'agresseur, du fait à la fois de son sexe et de son âge. Souvent, l'accusé occupera une position de confiance, d'où un bouleversement émotif et une confusion accrus. Les jeunes femmes sont particulièrement vulnérables à l'âge où elles commencent à affirmer leur sexualité. Une telle expérience à l'adolescence pourra donc être encore plus traumatisante et ses répercussions se feront sentir plus longtemps que si elle s'était produite plus tôt.

Des données empiriques éclairent le débat. Par exemple, selon une étude menée à Toronto, le plus fort pourcentage d'allégations de viol classées par la police comme non fondées se situait dans le groupe des 14 à 19 ans. Dans ce groupe d'âge, 69 pour 100 des signalements ont été classés comme

(Clark, *supra*, at pp. 143-44). This trend of disbelief continues and worsens when the charge is one of gang rape or multiple rape. Clark in her article, at p. 144, states:

... that this [survey] indicates clearly that those aged thirteen to nineteen (especially fourteen to seventeen) are seriously discriminated against in terms of getting any legal redress for their multiple sexual victimization. <sup>b</sup>

The United Nations *Convention on the Rights of the Child*, Can. T.S. 1992 No. 3, defines a child as "every human being below the age of eighteen years unless, under the law applicable to the child, majority is attained earlier" (Article 1). This international convention, to which Canada is a signatory, demands that Canadian children under the age of 18 be protected as a class (Articles 19 and 34). In all Canadian provinces, the age of majority is 18 years of age or more and, in addition, legislation such as the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, applies to children up to the age of 18. I find that the inclusion of all children up to the age of 18 under the protections afforded by s. 715.1 of the *Criminal Code* is required by the continued need for such protection and is in conformity with international and domestic instruments. As such, it is in no way arbitrary and, accordingly, it was perfectly legitimate for Parliament to draw the line where it did. A claim of unconstitutionality of s. 715.1 on such a basis must be rejected. <sup>f</sup>

In conclusion, s. 715.1 of the *Criminal Code* applies to a class of crimes where the complainants are young and in which the subject matter of the crime requires that the child provide intimate and embarrassing details about the events that occurred — the unwanted interference with the child's body. The children involved are generally scared, helpless and in emotional turmoil. Their world has fallen apart. In such circumstances as described here, which are far from unique, they feel betrayed by someone whom they should have been able to trust and are often revictimised by a criminal justice system that places them in the spotlight. They <sup>h</sup>

non fondés (Clark, *loc. cit.*, aux pp. 143 et 144). Cette tendance à ne pas ajouter foi aux signalements s'accroît dans les cas d'accusations de viol collectif ou multiple. Dans son article, à la p. 144, Clark dit:

<sup>a</sup> Clark dit:

[TRADUCTION] ... [cette enquête] indique clairement que les jeunes âgés de treize à dix-neuf ans (et particulièrement de quatorze à dix-sept ans) sont victimes de discrimination grave lorsqu'il s'agit d'obtenir réparation en justice pour leur victimisation sexuelle multiple.

Selon la définition de la *Convention relative aux droits de l'enfant* des Nations Unies, R.T. Can. 1992 n° 3, l'enfant est «tout être humain âgé de moins de dix-huit ans, sauf si la majorité est atteinte plus tôt en vertu de la législation qui lui est applicable» (article premier). Cette convention internationale, dont le Canada est signataire, exige que les enfants canadiens âgés de moins de 18 ans soient protégés en tant que classe (articles 19 et 34). Dans toutes les provinces canadiennes, l'âge de la majorité est fixé à 18 ans ou plus, et des lois telle la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, s'appliquent aux enfants jusqu'à l'âge de 18 ans. J'estime que l'inclusion de tous les enfants de moins de 18 ans sous la protection de l'art. 715.1 du *Code criminel* s'impose en raison du besoin continu qu'ils ont de cette protection, en plus d'être conforme aux instruments internationaux et internes. À ce titre, cet article n'a rien d'arbitraire et il était donc parfaitement loisible au législateur de fixer la limite là où il l'a fait. L'exception d'inconstitutionnalité fondée sur ce motif doit par conséquent être rejetée. <sup>g</sup>

En conclusion, l'art. 715.1 du *Code criminel* s'applique à une catégorie de crimes touchant de jeunes plaignants qui se voient obligés, de par la nature même de ces crimes, de révéler des détails intimes et embarrassants à propos des événements survenus — les contacts non désirés avec leur corps. Les enfants en cause sont généralement effrayés, désarmés et émotivement troublés. Leur monde s'est effondré. Dans des circonstances comme celles décrites en l'espèce, et qui n'ont rien d'exceptionnel, ils se sentent trahis par une personne en qui ils auraient dû avoir confiance et deviennent souvent à nouveau victimes, cette fois <sup>i</sup>



are subjected to repeated questioning and grueling analysis whereas they would expect such treatment to apply rather to the person responsible, in their view, for criminal acts. If the criminal justice system is to effectively perform its role in deterring and punishing child sexual abuse, it is vital that the law provide a workable, decent and dignified means for the victim to tell her or his story to the court. In my opinion, s. 715.1 is a modest legislative initiative working toward this end. For the reasons outlined above, I find that s. 715.1 does not infringe either s. 7 or 11(d) of the *Charter*. A s. 1 analysis is, therefore, unnecessary.

### Non-Constitutional Issues

I now turn to the three non-constitutional issues, which I reproduce here for the sake of convenience:

1. Whether the videotaped testimony of R.S. has been recorded within a reasonable time after the offence, pursuant to s. 715.1 of the *Code*.
2. Whether the trial judge erred in failing to use the "might reasonably be true" evidentiary test to determine if the accused should be convicted or acquitted.
3. Whether the trial judge's interjections and commentary during the questioning of the witnesses created a reasonable apprehension of bias.

I will deal with each question in order.

### Reasonable Time

Section 715.1 provides that "a videotape [be] made within a reasonable time after the alleged offence, in which the complainant describes the acts complained of". In this case, a five-month period of time elapsed between the time the offence was first reported and the making of the videotape. The respondent alleges that such a lapse

d'un système pénal de justice qui les met sur la sellette. Ils sont soumis à des interrogatoires répétés et à des analyses épuisantes alors qu'ils s'attendraient à ce que ce traitement s'applique plutôt à la personne responsable, à leur avis, des actes criminels. Si le système de justice pénale doit effectivement jouer son rôle de dissuader et de punir les agressions sexuelles contre les enfants, il est d'importance vitale que la loi mette à la disposition de la victime un moyen efficace, décent et digne lui permettant de venir donner sa version devant le tribunal. À mon avis, l'art. 715.1 est une mesure législative modeste qui vise cette fin. Pour les motifs énoncés précédemment, j'estime donc que l'art. 715.1 ne contrevient ni à l'art. 7 ni à l'al. 11d) de la *Charte*. Il est par conséquent inutile de procéder à une analyse fondée sur l'article premier.

### d Les questions non constitutionnelles

J'en viens maintenant aux trois questions non constitutionnelles, que je reproduis pour plus de commodité:

1. L'enregistrement magnétoscopique du témoignage de R.S. a-t-il été réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction, comme l'exige l'art. 715.1 du *Code*?
2. Le juge du procès a-t-il commis une erreur en n'appliquant pas le critère de la preuve «pouvant raisonnablement être vraie» pour établir la culpabilité ou l'innocence de l'accusé?
3. Les interjections et les commentaires du juge du procès pendant l'interrogatoire des témoins ont-ils fait naître une crainte raisonnable de partialité?

Je répondrai dans l'ordre à chacune de ces questions.

### Le délai raisonnable

L'article 715.1 prévoit la possibilité de réaliser «un enregistrement magnétoscopique [. . .] dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction reprochée et montrant le plaignant en train de décrire les faits à l'origine de l'accusation». En l'espèce, cinq mois se sont écoulés entre le moment où l'infraction a été signalée pour la pre-

of time is not "reasonable" and, consequently, the videotape should not have been admitted into evidence. This was the finding of Helper J.A. on appeal. I disagree. What is or is not "reasonable" depends entirely on the circumstances of a case. The trial judge in this case, taking into consideration all such circumstances came to the conclusion that the lapse of time in this instance was reasonable. On the *voir dire* the trial judge stated:

But in the end of the day, the test must be, has the Crown proved beyond a reasonable doubt that the videotape was made within a reasonable time after the alleged offence?

In this case I am satisfied that the, despite the unnecessary delay by the police, the eventual making of the tape in August was within a reasonable time after the alleged offence. . . . I simply observe that in this, in this context, [s.] 715.1, where you are dealing with young children, what is reasonable in one case may not be in the other. But the boundaries of reasonableness are indeed almost as variable as the historical boundaries of Poland. But I do think in this case given the ages, given the age involved, that the tape satisfies the test of [s.] 715.1, and accordingly, the tape, in respect of [R.S.] will be marked Exhibit 1.

As this Court has repeatedly said, a court of appeal should not interfere lightly with findings of fact unless it concludes that the trial judge has made an egregious error either by failing to recognize or misinterpreting an important and relevant piece of evidence or by reaching an erroneous conclusion (see *P. (D.) v. S. (C.)*, [1993] 4 S.C.R. 141; *Bank of Montreal v. Bail Ltée*, [1992] 2 S.C.R. 554, at pp. 572-73; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *M. (M.E.) v. L. (P.)*, [1992] 1 S.C.R. 183; *R. v. Duguay*, [1989] 1 S.C.R. 93; and *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672). In this case, the Court of Appeal did not indicate which such error the trial judge committed, nor did they state upon which facts they relied in order to reverse the trial judge's findings of fact. In my view, the Court of Appeal simply substituted

mière fois et la réalisation de l'enregistrement magnétoscopique. L'intimé allègue que ce délai n'est pas «raisonnable» et que, en conséquence, l'enregistrement n'aurait pas dû être admis en preuve. C'est la conclusion à laquelle est arrivée le juge Helper en appel. Je ne suis pas d'accord. Ce qui est ou n'est pas «raisonnable» est uniquement affaire de circonstances. En l'espèce, le juge du procès, prenant en considération l'ensemble des circonstances, a conclu que le délai était raisonnable. Il s'est exprimé ainsi lors du voir-dire:

[TRADUCTION] Mais, tout compte fait, le critère doit être le suivant: le ministère public a-t-il prouvé hors de tout doute raisonnable que l'enregistrement magnétoscopique a été réalisé dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction reprochée?

En l'espèce, j'ai la conviction que, malgré le retard imputable à la police, l'enregistrement réalisé en août l'a été dans un délai raisonnable après la perpétration de l'infraction. [ . . . ] Je soulignerai simplement que, sous le régime de l'art. 715.1, lorsque de jeunes enfants sont en cause, ce qui est raisonnable dans un cas peut ne pas l'être dans un autre. Les frontières du caractère raisonnable sont en effet presque aussi variables que les frontières historiques de la Pologne. Mais j'estime en l'espèce, compte tenu des âges, compte tenu de l'âge en question, que l'enregistrement satisfait au critère de l'art. 715.1 et, en conséquence, cet enregistrement sera, à l'égard de [R.S.], marqué comme pièce n° 1.

Comme notre Cour l'a dit à maintes reprises, un tribunal d'appel ne devrait pas s'immiscer à la légère dans des conclusions de fait, sauf s'il conclut que le juge de première instance a commis une erreur grossière soit en ne reconnaissant pas ou en interprétant mal un élément important et pertinent de la preuve, soit en tirant une conclusion erronée (voir *P. (D.) c. S. (C.)*, [1993] 4 R.C.S. 141; *Banque de Montréal c. Bail Ltée*, [1992] 2 R.C.S. 554, aux pp. 572 et 573; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *M. (M.E.) c. L. (P.)*, [1992] 1 R.C.S. 183; *R. c. Duguay*, [1989] 1 R.C.S. 93, et *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672). Dans la présente affaire, la Cour d'appel n'a pas indiqué quelle erreur le juge du procès avait commise et elle n'a pas énoncé les faits sur lesquels elle s'est fondée pour infirmer ses conclu-

its opinion to that of the trial judge. This, in my view, it was not entitled to do.

Beyond the facts of this case, however, what should the determination of the reasonableness of the length of delay take into consideration? In reaching a conclusion as to the reasonableness of time, courts must be mindful of the fact that children, for a number of reasons, are often apt to delay disclosure. As McLachlin J. wrote in *R. v. W. (R.)*, *supra*, at p. 136:

... victims of abuse often in fact do not disclose it, and if they do, it may not be until a substantial length of time has passed.

Studies abundantly confirm this fact as part of the child abuse syndrome. (See, among others, R. C. Summit, "The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome" (1983), 7 *Child Abuse & Neglect* 177, at pp. 181-88; and G. Renaud, "Judicial Notice of Delayed Reporting of Sexual Abuse: A Reply to Mr. Rauf" (1993), 20 C.R. (4th) 383.)

Further, depending on where the child resides and whether facilities are available, as well as the necessity of prior investigation to ensure the seriousness of the allegations, some delay will necessarily accrue. On the other hand, such determination must also take into account social science data which makes clear that recollection decreases in accuracy with time. Flin and Spencer in "Do Children Forget Faster?", [1991] *Crim. L.R.* 189, at p. 190, indicate that, although children may have clear and accurate memories at the time of the occurrence, studies illustrate that children's memories may fade faster than those of adults. There is, thus, a clear advantage to gathering evidence from a child as early as possible. Videotaped evidence offers one avenue to accomplish this end. The child's evidence is gathered and preserved, many months and often years, before the trial is held.

The reasonableness of the delay in gathering such evidence may further depend on a number of factors which only a case-by-case analysis will be

sions de fait. À mon avis, la Cour d'appel a simplement substitué son opinion à celle du juge du procès, ce qu'elle n'était pas habilitée à faire.

Au-delà des faits de l'espèce, toutefois, quels éléments faut-il prendre en considération pour déterminer le caractère raisonnable du délai? Pour parvenir à une conclusion à cet égard, les tribunaux doivent tenir compte du fait que les enfants, pour un certain nombre de raisons, sont souvent enclins à retarder la dénonciation. Comme le juge McLachlin l'a écrit dans l'arrêt *R. c. W. (R.)*, précité, à la p. 136:

... en réalité, il arrive fréquemment que les victimes d'abus ne dénoncent pas celui-ci, et si elles le font, ce n'est peut-être pas avant un long moment.

Les études confirment abondamment ce fait, qu'elles associent au syndrome de l'enfant victime de violence. (Voir, entre autres, R. C. Summit, «The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome» (1983), 7 *Child Abuse & Neglect* 177, aux pp. 181 à 188, et G. Renaud, «Judicial Notice of Delayed Reporting of Sexual Abuse: A Reply to Mr. Rauf» (1993), 20 C.R. (4th) 383.)

De plus, des facteurs tels le lieu de résidence de l'enfant et la disponibilité des installations, ainsi que la nécessité de mener une enquête préalable pour vérifier le sérieux des allégations susciteront inévitablement des délais. Par ailleurs, il faut également tenir compte des données sociologiques, lesquelles indiquent clairement que les souvenirs perdent de leur exactitude avec le temps. Selon Flin et Spencer, dans «Do Children Forget Faster?», [1991] *Crim. L.R.* 189, à la p. 190, la mémoire des enfants peut être claire et exacte au moment de l'événement mais, d'après les études effectuées, elle s'estompe plus vite que celle des adultes. Il y a donc un avantage manifeste à recueillir le témoignage de l'enfant aussi tôt que possible. L'enregistrement magnétoscopique est un moyen de parvenir à cette fin, le témoignage de l'enfant étant recueilli et conservé des mois sinon des années avant la tenue du procès.

Le caractère raisonnable du délai mis à recueillir ce témoignage peut également dépendre de certains autres facteurs, que seule une analyse de

able to determine. This approach is not new. The reasonableness of a search, for example, requires a case-by-case analysis, as do a number of other instances. This case-by-case analysis is the function of the trial judge. In the present case, the trial judge, after reviewing all the circumstances of this case, concluded that the delay in videotaping the child's evidence was reasonable. My own reading of the evidence brings me to the same conclusion. Accordingly, since the trial judge correctly directed himself in law and did not err in his assessment of the evidence, it was an error on the part of the Court of Appeal to intervene.

I now turn to the respondent's second non-constitutional concern, the appropriate test for the determination of guilt or innocence.

#### Appropriate Test

The respondent submitted a brief to the trial judge with regard to the appropriate test for weighing the evidence and in particular with regard to assessing the credibility of witnesses. He argued that the proper test was whether an account given by, or on behalf, of an accused might "reasonably be true". The trial judge did not agree and explained:

Whether an account given by, or on behalf of, an accused might reasonably be true, is not in my view the honest and proper and established test of whether the Crown's evidence should be rejected. It is simply one factor in assessing the overall impact of the evidence as a whole. If one were to determine criminal cases simply on an academic test, unrelated to all the other facts, of whether something might reasonably be true, much of the impact of truly and compellingly credible Crown evidence such as that here, would go for naught, and truth would be subjugated by plausibility.

chaque cas d'espèce pourra déterminer. Cette méthode n'est pas nouvelle. Elle s'applique, entre autres, en matière de fouille et de perquisition. C'est au juge du procès qu'il incombe de procéder à cette analyse au cas par cas. En l'espèce, le juge du procès a conclu, après examen de l'ensemble des circonstances, que le délai ayant précédé l'enregistrement du témoignage de l'enfant était raisonnable. Quant à moi, je fais de la preuve une lecture qui m'amène à une conclusion identique. En conséquence, étant donné que le juge du procès s'est correctement dirigé en droit et qu'il n'a pas commis d'erreur dans son appréciation de la preuve, c'est à tort que la Cour d'appel s'est immiscée dans ses conclusions.

J'examinerai maintenant le second point non constitutionnel soulevé, soit le critère qu'il convient d'appliquer pour établir la culpabilité ou l'innocence.

#### Le critère applicable

L'intimé a soumis au juge du procès un mémoire portant sur le critère applicable à l'appréciation de la preuve et, en particulier, à l'appréciation de la crédibilité des témoins. Il a fait valoir que le critère pertinent était de savoir si la version donnée par l'accusé ou pour son compte pouvait «raisonnablement être vraie». Le juge du procès s'est dit en désaccord avec cette opinion, pour les raisons suivantes:

[TRADUCTION] La question de savoir si le récit fait par l'accusé ou pour son compte pourrait raisonnablement être vrai n'est pas, à mon avis, le critère honnête, juste et établi pour décider si la preuve du ministère public devrait être rejetée. Il s'agit simplement d'un facteur qui entre en considération dans l'appréciation de la valeur globale de la preuve dans son ensemble. Si l'on devait juger des affaires criminelles uniquement en fonction d'un critère théorique, n'ayant aucun lien avec tous les autres faits, et consistant à se demander si quelque chose pourrait raisonnablement être vrai, la preuve véritablement et indéniablement crédible du ministère public, comme en l'espèce, perdrait une grande partie de sa valeur et la vérité serait supplantée par la plausibilité.

In my view, the trial judge was correct, as was O'Sullivan J.A. who succinctly enunciated the test as follows (at p. 317):

The only question for the trier of fact at the end of the trial is whether or not, on the whole of the evidence, the Crown has proved its case beyond a reasonable doubt. If it has, the accused must be convicted. If there is a reasonable doubt, the accused must be acquitted.

This is the proper test on which Cory J. in *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742, at pp. 757-58, expanded as follows:

A trial judge might well instruct the jury on the question of credibility along these lines:

First, if you believe the evidence of the accused, obviously you must acquit.

Second, if you do not believe the testimony of the accused but you are left in reasonable doubt by it, you must acquit.

Third, even if you are not left in doubt by the evidence of the accused, you must ask yourself whether, on the basis of the evidence which you do accept, you are convinced beyond a reasonable doubt by that evidence of the guilt of the accused.

The respondent's submissions on this point, also made to us, cannot succeed.

The respondent further argues that the trial judge erred in his assessment of the evidence. In my view, the trial judge, having applied the proper test, correctly assessed the evidence. It is clear that he believed the complainant, such as he had the right to do and found that the Crown had proven its case beyond a reasonable doubt. The respondent has not succeeded in convincing me that the trial judge was wrong.

### Reasonable Apprehension of Bias

The final issue raised by the respondent is whether the trial judge may have acted in such a manner as to raise a reasonable apprehension of bias, as per *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39. In *Brouillard*, Lamer J., for the Court, held that the judiciary should not be seen as "enter-

À mon avis, le juge du procès avait raison, tout comme le juge O'Sullivan qui a succinctement formulé le critère dans les termes suivants (à la p. 317):

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Au terme du procès, la seule question que doit se poser le juge des faits est de savoir si, d'après l'ensemble de la preuve, le ministère public a établi une preuve hors de tout doute raisonnable. Si oui, l'accusé doit être déclaré coupable. S'il existe un doute raisonnable, l'accusé doit être acquitté.

Voilà le critère approprié, que le juge Cory a explicité comme suit dans l'arrêt *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742, à la p. 758:

<sup>c</sup> Le juge du procès pourrait donner des directives aux jurés au sujet de la crédibilité selon le modèle suivant:

<sup>d</sup> Premièrement, si vous croyez la déposition de l'accusé, manifestement vous devez prononcer l'acquittement.

Deuxièmement, si vous ne croyez pas le témoignage de l'accusé, mais si vous avez un doute raisonnable, vous devez prononcer l'acquittement.

<sup>e</sup> Troisièmement, même si vous n'avez pas de doute à la suite de la déposition de l'accusé, vous devez vous demander si, en vertu de la preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable par la preuve de la culpabilité de l'accusé.

<sup>f</sup> Les arguments sur ce point, que l'intimé a aussi fait valoir devant nous, doivent donc être rejetés.

L'intimé soutient également que le juge du procès a commis une erreur dans son appréciation de la preuve. À mon avis, toutefois, ayant appliqué le critère pertinent, le juge a correctement apprécié la preuve. Manifestement, il a cru la plaignante, comme il en avait le droit, et il a estimé que le ministère public avait établi sa preuve hors de tout doute raisonnable. L'intimé n'a pas réussi à me convaincre que le juge du procès a eu tort.

### La crainte raisonnable de partialité

<sup>i</sup> La dernière question soulevée par l'intimé est celle de savoir si le juge du procès a agi de telle sorte qu'il a fait naître une crainte raisonnable de partialité, tel qu'il appert de l'arrêt *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39. Dans cet arrêt, le juge Lamer a dit, au nom de la Cour, que les juges ne

ing the ring” or acting on behalf of one of the parties. However, he wrote p. 48:

... although the judge may and must intervene for justice to be done, he must nonetheless do so in such a way that justice is *seen to be done*. It is all a question of manner. [Emphasis added; italics in original.]

The respondent argues, while conceding that the trial judge can and should ask questions of witnesses in the course of their testimony, that the trial judge exceeded his role and participated in the proceedings to such an extent that an apprehension of judicial bias resulted.

It is my view that, in the case at hand as well as in other cases involving fragile witnesses such as children, the trial judge has a responsibility to ensure that the child understands the questions being asked and that the evidence given by the child is clear and unambiguous. To accomplish this end, the trial judge may be required to clarify and rephrase questions asked by counsel and to ask subsequent questions to the child to clarify the child's responses. In order to ensure the appropriate conduct of the trial, the judge should provide a suitable atmosphere to ease the tension so that the child is relaxed and calm. The trial judge, in this case, did not prevent the mounting of a proper defence, nor did he demonstrate favouritism toward the witness in such a way as to preclude a fair trial. I find that the trial judge in this instance did nothing more than “intervene for justice to be done”.

With regard to the non-constitutional issues raised, then, the respondent has conveyed no persuasive argument that the trial judge erred either in his findings of fact or as to the reasonableness of the time factor involved in making the videotaped statement or in stating the proper test or in its application to the facts of the case or, finally, that the trial judge demonstrated bias.

### Conclusion

The respondent's attack on the constitutionality of s. 715.1 of the *Criminal Code* is unfounded.

devaient pas paraître «sauter dans l'arène» ou agir pour le compte de l'une des parties. Toutefois, il a écrit, à la p. 48:

... si le juge peut et doit intervenir pour que justice soit rendue il doit quand même le faire de telle sorte que justice *paraisse être rendue*. Tout est dans la façon. [Je souligne; en italique dans l'original.]

Tout en reconnaissant que le juge du procès peut et doit poser des questions aux témoins pendant leur déposition, l'intimé fait valoir qu'il a excédé son rôle et qu'il a participé à l'instance dans une mesure telle qu'on peut raisonnablement craindre qu'il y ait eu partialité.

À mon avis, dans la présente affaire comme dans d'autres mettant en cause des témoins fragiles tels les enfants, il incombe au juge du procès de veiller à ce que l'enfant comprenne les questions posées et à ce que son témoignage soit clair et sans ambiguïté. À cette fin, il se peut qu'il soit obligé de clarifier ou de reformuler des questions posées par les avocats et de poser des questions additionnelles pour clarifier les réponses de l'enfant. Pour assurer la bonne marche du procès, le juge se doit de créer une atmosphère propice au calme et à la détente de l'enfant. En l'espèce, le juge du procès n'a pas empêché la défense de présenter la preuve voulue et il n'a pas non plus fait montre de favoritisme à l'endroit du témoin de manière à empêcher la tenue d'un procès équitable. J'estime qu'il n'a rien fait d'autre, dans la présente affaire, que d'«intervenir pour que justice soit rendue».

Par conséquent, en ce qui a trait aux questions non constitutionnelles soulevées, l'intimé ne m'a pas convaincue que le juge du procès a commis une erreur soit dans ses conclusions de fait soit quant au caractère raisonnable du délai de réalisation de l'enregistrement magnétoscopique, soit dans la formulation du critère pertinent ou son application aux faits de l'espèce, ou, enfin, qu'il a fait montre de partialité.

### Conclusion

L'attaque de l'intimé contre la constitutionnalité de l'art. 715.1 du *Code criminel* n'est pas fondée.

Both the context and the legislative background indicate that Parliament was rightly concerned at one point with the treatment of abused children by the judicial system, as well as the consequences for those children who recount in court difficult, at times horrendous, experiences. With this notable purpose in mind, as well as social science data and stories told by abused children and without ignoring the rights of an accused to a fair trial, s. 715.1 was enacted. The goal pursued by such legislative enactment was, and continues to be, the protection of child witnesses and the attainment of the truth through the mechanism of videotaped statements. To achieve the required degree of fairness to the accused, as prescribed by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, on the other hand, Parliament ensured that judges enjoy the necessary discretion to set aside, edit or disallow such statements if their prejudicial effect outweighs their probative value. Moreover, preconditions to the admission of such statements were imposed. These include requirements that the child adopt her or his statements at trial, that the child be made available for cross-examination and that the applicability of the section be limited to certain sexual offences against children under 18 years of age. It is my view that Parliament has been successful in striking a balance between the rights of the accused, the fairness of the trial and the interests of society. The fundamental principles of justice have not been infringed, nor does the application of s. 715.1 to children of 18 years of age or less constitute such an infringement. Thus, the constitutionality of s. 715.1 of the *Criminal Code* is ensured.

In assessing legislation such as s. 715.1 of the *Criminal Code*, courts must be mindful that:

The child's experience with the criminal justice system will color his or her future interactions with it. A negative experience may result in an unwillingness to report crimes later on. Some adult women, molested as children, hesitate to report the sexual assault of their

Il ressort en effet du contexte, ainsi que du cadre législatif, que le législateur s'est à bon droit préoccupé à un certain moment du traitement que le système judiciaire accorde aux enfants victimes de violence et des répercussions qu'a sur eux l'obligation de raconter à nouveau, devant le tribunal, des expériences difficiles, voire même horribles. C'est en tenant compte de cette préoccupation notable, des données de la sociologie et des récits faits par les enfants victimes, sans négliger les droits de l'accusé à un procès équitable, que l'art. 715.1 a été édicté. L'objet de cette disposition était et continue d'être la protection des enfants témoins et la recherche de la vérité grâce à l'enregistrement magnétoscopique de leurs déclarations. D'autre part, de façon à assurer à l'accusé l'équité requise par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, le législateur a veillé à ce que les juges jouissent du pouvoir discrétionnaire nécessaire pour écarter, épurer ou rejeter les déclarations si leur effet préjudiciable l'emporte sur leur valeur probante. De plus, il a imposé des conditions préalables à leur utilisation, notamment, que l'enfant confirme sa déclaration au procès, qu'il puisse être soumis à un contre-interrogatoire et que l'applicabilité de l'article soit limitée à certaines infractions d'ordre sexuel contre les enfants de moins de 18 ans. À mon avis, le législateur est parvenu à établir un équilibre entre les droits de l'accusé, l'équité du procès et les intérêts de la société. Il n'y a pas eu contravention des principes de justice fondamentale, et l'application de l'art. 715.1 aux enfants de 18 ans ou moins ne constitue pas non plus une telle contravention. La constitutionnalité de l'art. 715.1 du *Code criminel* est donc assurée.

Dans l'appréciation qu'ils font d'une disposition telle l'art. 715.1 du *Code criminel*, les tribunaux doivent être conscients que:

[TRADUCTION] L'expérience que fait l'enfant du système de justice pénale influera sur les futures interactions qu'il aura avec ce système. Une expérience négative pourra le conduire plus tard à refuser de signaler des crimes. Certaines femmes agressées lorsqu'elles étaient enfants hésitent, une fois parvenues à l'âge adulte, à signaler les agressions sexuelles dont leurs propres

own children because of the way they were treated by the legal system.

(G. Goodman and V. S. Helgeson, "Child Sexual Assault: Children's Memory and the Law" (1985), 40 *U. Miami L. Rev.* 181, at p. 206.) <sup>a</sup>

In the words of the then Minister of Justice Ramon Hnatyshyn, when Bill C-15, which implemented s. 715.1 of the *Criminal Code* was introduced, we must <sup>b</sup>

... affirm the rights of our children and our youth, both boys and girls, to the integrity of their person as well as access to the justice system. <sup>c</sup>

(House of Commons Legislative Committee on Bill C-15, *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 1, November 27, 1986, at p. 1:18.) <sup>d</sup>

As to the other issues raised in this case, the trial judge correctly applied the principles as well as the proper test for weighing the evidence and, in the discharge of his duties, did not demonstrate any bias that would have vitiated the trial. His decision must stand. <sup>e</sup>

Accordingly, I would allow the appeal, set aside <sup>f</sup> the judgment of the Court of Appeal and reinstate the conviction at trial.

The following are the reasons delivered by <sup>g</sup>

MAJOR J. — I have read the reasons of Justice L'Heureux-Dubé in this appeal. The constitutional questions were answered on June 15, 1993 and I agree with the disposition of them. <sup>h</sup>

I agree with the conclusion respecting the non-constitutional questions and that the appeal be allowed and the conviction be reinstated. <sup>i</sup>

*Appeal allowed.*

*Solicitor for the appellant: The Department of Justice, Winnipeg.* <sup>j</sup>

enfants sont victimes à cause de la façon dont elles ont été traitées par le système juridique.

(G. Goodman et V. S. Helgeson, «Child Sexual Assault: Children's Memory and the Law» (1985), 40 *U. Miami L. Rev.* 181, à la p. 206.)

Pour reprendre les mots de Ramon Hnatyshyn, ministre de la Justice au moment de la présentation du projet de loi C-15 qui édictait l'art. 715.1 du *Code criminel*, nous devons

... confirmer [...] le droit de nos enfants et de nos adolescents, garçons et filles, à l'intégrité de leur personne et à l'accès au système de justice.

(Comité législatif de la Chambre des communes sur le projet de loi C-15, *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 1, le 27 novembre 1986, à la p. 1:18.)

Quant aux autres questions soulevées dans le présent pourvoi, le juge du procès a correctement appliqué les principes et le critère relatifs à l'appréciation de la preuve et, dans l'exécution des devoirs de sa charge, il n'a fait preuve d'aucune partialité susceptible d'avoir vicié le procès. Sa décision doit donc être maintenue.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler le jugement de la Cour d'appel et de rétablir la déclaration de culpabilité prononcée au procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR — J'ai lu les motifs du juge L'Heureux-Dubé dans le présent pourvoi. Les réponses aux questions constitutionnelles ont été données le 15 juin 1993, et j'y souscris.

Je suis d'accord avec la conclusion relative aux questions non constitutionnelles et je suis d'avis que le pourvoi devrait être accueilli et la déclaration de culpabilité rétablie.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureur de l'appelante: Le ministère de la Justice, Winnipeg.* <sup>j</sup>



*Solicitors for the respondent: Zazelenchuk & Associates, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Paul M. LeBreton, Fredericton.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.*

*Procureurs de l'intimé: Zazelenchuk & Associates, Winnipeg.*

*a Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*b Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.*

*c Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Paul M. LeBreton, Fredericton.*

*d Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: W. Brent Cotter, Regina.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

**Dimitrios Levogiannis** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Manitoba and the Attorney General for Alberta** *Intervenors*

Indexed as: *R. v. LEVOGIANNIS*

File No.: 22953.

Hearing and judgment: June 15, 1993.

Reasons delivered: November 18, 1993.

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 — Fair trial — Right to cross-examine witness — Right of accused to be within witness's sight — Accused charged with touching young boy for sexual purposes — Young complainant testifying behind screen pursuant to s. 486(2.1) of Criminal Code — Whether s. 486(2.1) infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 486(2.1).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Fair trial — Presumption of innocence — Right to cross-examine witness — Accused charged with touching young boy for sexual purposes — Young complainant testifying behind screen pursuant to s. 486(2.1) of Criminal Code — Whether s. 486(2.1) infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 486(2.1).*

The accused was charged with touching a child for a sexual purpose contrary to s. 151 of the *Criminal Code*. At the opening of the trial, the Crown requested that the 12-year-old complainant be allowed to testify behind a screen pursuant to s. 486(2.1) of the *Code*. That section

**Dimitrios Levogiannis** *Appellant*

c.

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

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général du Manitoba et le procureur général de l'Alberta** *Intervenants*

<sup>c</sup> Répertoire: *R. c. LEVOGIANNIS*

N<sup>o</sup> du greffe: 22953.

Audition et jugement: 15 juin 1993.

<sup>d</sup> Motifs déposés: 18 novembre 1993.

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

<sup>e</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Procès équitable — Droit de contre-interroger le témoin — Droit de l'accusé d'être vu par le témoin — Accusé inculpé d'avoir touché un jeune garçon à des fins d'ordre sexuel — Jeune plaignant témoignant derrière un écran conformément à l'art. 486(2.1) du Code criminel — L'article 486(2.1) enfreint-il l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486(2.1).*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès équitable — Présomption d'innocence — Droit de contre-interroger le témoin — Accusé inculpé d'avoir touché un jeune garçon à des fins d'ordre sexuel — Jeune plaignant témoignant derrière un écran conformément à l'art. 486(2.1) du Code criminel — L'article 486(2.1) enfreint-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486(2.1).*

<sup>j</sup> L'accusé a été inculpé d'avoir touché un enfant à des fins d'ordre sexuel en contravention de l'art. 151 du *Code criminel*. Au début du procès, le ministère public a demandé qu'il soit permis au plaignant âgé de 12 ans de témoigner derrière un écran conformément au par.

provides that a judge may permit a complainant under the age of 18 years to testify behind a screen if the judge is of the opinion that the use of a screen is "necessary to obtain a full and candid account of the acts complained of from the complainant". The trial judge granted the Crown's motion following the testimony of a clinical psychologist who indicated that the complainant was experiencing a great deal of fear about testifying. The accused challenged the constitutional validity of s. 486(2.1) on the grounds that it violates his right to a fair trial guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Both the trial judge and the Court of Appeal held that s. 486(2.1) of the *Code* did not infringe ss. 7 and 11(d). The Court of Appeal added that even if s. 486(2.1) infringed these sections, the infringement would be justified under s. 1 of the *Charter*.

**Held:** The appeal should be dismissed. Section 486(2.1) of the *Code* is constitutional.

The main objective pursued by s. 486(2.1) is to better get at the truth by facilitating the giving of evidence by young victims of various forms of sexual abuse. The section recognizes that a young complainant may react negatively to a face-to-face confrontation with the accused and may, as a result, require different treatment than adults in the courtroom. The exception, however, is very limited. Under s. 486(2.1), a screen can only be used in cases where the accused is charged with one of the offences enumerated and the complainant is under the age of 18. The screen blocks the complainant's view of the accused but it does not obstruct the accused's view of the complainant. In addition, it can only be used when the trial judge is of the opinion that it is "necessary to obtain a full and candid account of the acts complained of from the complainant". A trial judge has substantial latitude in deciding whether the use of the screen should be permitted. Section 486(2.1) does not require that exceptional and inordinate stress be caused to the young complainant.

Section 486(2.1) of the *Code*, which has been carefully worded to protect the right of an accused to a fair trial, does not violate s. 7 or 11(d) of the *Charter*. The absence of face-to-face confrontation between the accused and the young complainant does not infringe any principle of fundamental justice. While normally an accused has the right to be in the sight of the witnesses who testify against him, it is not an absolute right but is rather a right which is subject to qualification in the interests of justice. When an order is made pursuant to s.

486(2.1) du *Code*. Ce paragraphe prévoit qu'un juge peut permettre à un plaignant de moins de 18 ans de témoigner derrière un écran s'il est d'avis que l'emploi d'un écran est «nécessaire pour obtenir du plaignant qu'il donne un récit complet et franc des faits sur lesquels est fondée l'accusation». Le juge du procès a fait droit à la demande du ministère public sur la foi du témoignage d'une psychologue clinicienne qui a dit que le plaignant éprouvait une grande appréhension à la perspective d'avoir à témoigner. L'accusé a contesté la constitutionnalité du par. 486(2.1) au motif qu'il violait son droit à un procès équitable garanti par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le juge du procès et la Cour d'appel ont statué que le par. 486(2.1) du *Code* ne porte atteinte ni à l'art. 7 ni à l'al. 11d). La Cour d'appel a ajouté que, même si le par. 486(2.1) violait ces dispositions, ce serait une violation justifiée au sens de l'article premier de la *Charte*.

**Arrêt:** Le pourvoi est rejeté. Le paragraphe 486(2.1) du *Code* est constitutionnel.

L'objet principal du par. 486(2.1) est de mieux permettre de découvrir la vérité en facilitant la déposition des jeunes victimes de divers genres d'agressions sexuelles. Le paragraphe reconnaît qu'un jeune plaignant peut mal réagir à une confrontation avec l'accusé et qu'il peut, en conséquence, s'avérer nécessaire en salle d'audience de traiter les enfants différemment des adultes. Toutefois, l'exception est très limitée. En vertu du par. 486(2.1), on ne peut utiliser un écran que lorsque l'accusé est inculpé des infractions énumérées et que le plaignant est âgé de moins de 18 ans. L'écran cache l'accusé à la vue du plaignant, mais il n'empêche pas l'accusé de voir le plaignant. En outre, l'écran ne peut être utilisé que lorsque le juge du procès est d'avis que cela est «nécessaire pour obtenir du plaignant qu'il donne un récit complet et franc des faits sur lesquels est fondée l'accusation». Le juge du procès a une latitude considérable lorsqu'il décide si l'emploi de l'écran devrait être permis. Le paragraphe 486(2.1) n'exige pas que le jeune plaignant soit en proie à un stress exceptionnel et démesuré.

Le paragraphe 486(2.1) du *Code*, qui a été soigneusement formulé de manière à protéger le droit de l'accusé à un procès équitable, ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*. L'absence de confrontation de l'accusé avec le jeune plaignant ne porte atteinte à aucun principe de justice fondamentale. Bien que l'accusé jouisse en temps normal du droit d'être vu des témoins à charge, il ne s'agit pas d'un droit absolu mais plutôt d'un droit dont la portée est susceptible de restriction dans l'intérêt de la justice. Dans un cas où une ordonnance est rendue

486(2.1), the requisite elements of confrontation remain, albeit in a limited form, since the accused is able to observe the complainant as he testifies. The use of a screen does not preclude the accused from effective cross-examination. The fact that the complainant's giving of evidence may be facilitated by the use of a screening device in no way restricts or impairs an accused's ability to cross-examine the complainant. Finally, s. 486(2.1) does not contravene the accused's right to be presumed innocent. The potential effect on the minds of jurors of the use of a screen to protect a complainant is not relevant in this case since the accused was tried before a judge sitting alone. In any event, a jury properly informed will not be biased by the use of such a device.

### Cases Cited

Referred to: *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Maryland v. Craig*, 110 S.Ct. 3157 (1990); *R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30; *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Smellie* (1919), 14 Cr. App. R. 128; *R. v. D.J.X.* (1989), 91 Cr. App. R. 36; *R. v. Accused (T 4/88)*, [1989] 1 N.Z.L.R. 660; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. M. (P.)* (1990), 1 O.R. (3d) 341; *R. v. Faid* (1981), 61 C.C.C. (2d) 28 (Alta. C.A.), rev'd on other grounds [1983] 1 S.C.R. 265; *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670; *R. v. Vetrovec* (1980), 58 C.C.C. (2d) 537 (B.C.C.A.), aff'd [1982] 1 S.C.R. 811.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 7, 11(d).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 140 [en. 1987, c. 24, s. 1].  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 151 [en. c. 19 (3rd Suppl.), s. 1], 486(2.1) [*idem*, s. 14].

### Authors Cited

American Psychological Association. "Brief for Amicus Curiae American Psychological Association in Support of Neither Party", filed with the Supreme Court

en vertu du par. 486(2.1), les éléments essentiels de la confrontation subsistent, quoique sous une forme limitée, puisque l'accusé peut observer le plaignant pendant qu'il dépose. L'emploi d'un écran ne met pas l'accusé dans l'impossibilité de contre-interroger efficacement. Le fait que l'emploi d'un écran puisse faciliter la déposition du plaignant ne restreint ni ne compromet aucunement la capacité de l'accusé de contre-interroger ce dernier. Enfin, le par. 486(2.1) ne viole pas le droit de l'accusé d'être présumé innocent. L'effet que pourrait avoir sur l'esprit des jurés l'emploi d'un écran pour protéger le plaignant n'est pas pertinent en l'espèce puisque le procès de l'accusé a eu lieu devant un juge seul. Quoi qu'il en soit, l'emploi d'un tel dispositif n'entraînera aucun parti pris chez les jurés ayant reçu des directives appropriées.

### Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Maryland c. Craig*, 110 S.Ct. 3157 (1990); *R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30; *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Smellie* (1919), 14 Cr. App. R. 128; *R. c. D.J.X.* (1989), 91 Cr. App. R. 36; *R. c. Accused (T 4/88)*, [1989] 1 N.Z.L.R. 660; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. M. (P.)* (1990), 1 O.R. (3d) 341; *R. c. Faid* (1981), 61 C.C.C. (2d) 28 (C.A. Alb.), inf. pour d'autres motifs par [1983] 1 R.C.S. 265; *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670; *R. c. Vetrovec* (1980), 58 C.C.C. (2d) 537 (C.A.C.-B.), conf. par [1982] 1 R.C.S. 811.

### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 7, 11d).  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 151 [aj. ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 1], 486(2.1) [*idem*, art. 14].  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 140 [aj. 1987, ch. 24, art. 1].

### Doctrine citée

American Psychological Association. «Brief for Amicus Curiae American Psychological Association in Support of Neither Party», filed with the Supreme Court

- of the United States in *Maryland v. Craig*, March 2, 1990.
- Bala, Nicholas. "Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System". In Walter S. Tarnopolsky, Joyce Whitman and Monique Ouellette, eds., *Discrimination in the Law and the Administration of Justice*. Montréal: Thémis, 1993, 232. <sup>a</sup>
- Child Witness Project. London Family Court Clinic. *Reducing the System-induced Trauma for Child Sexual Abuse Victims Through Court Preparation, Assessment and Follow-up*. London, Ont.: London Family Court Clinic, January 1991. <sup>b</sup>
- McGillivray, Anne. "Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15" (1990), 19 *Man. L.J.* 549.
- Schmolka, Vicki. *Is Bill C-15 Working? An Overview of the Research on the Effects of the 1988 Child Sexual Abuse Amendments*. Ottawa: Department of Justice, 1992. <sup>c</sup>
- APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1990), 1 O.R. (3d) 351, 43 O.A.C. 161, 2 C.R. (4th) 355, 62 C.C.C. (3d) 59, dismissing the accused's appeal from his conviction for touching a child for a sexual purpose contrary to s. 151 of the *Criminal Code*. Appeal dismissed. <sup>e</sup>
- Brian H. Greenspan and Lisa A. Silver*, for the appellant. <sup>f</sup>
- David Finley*, for the respondent.
- Graham Reynolds, Q.C.*, and *Kimberly Prost*, for the intervener the Attorney General of Canada. <sup>g</sup>
- Lucie Rondeau and Dominique A. Jobin*, for the intervener the Attorney General of Quebec. <sup>h</sup>
- Marva J. Smith and Deborah L. Carlson*, for the intervener the Attorney General of Manitoba.
- Written submissions only by *Jack Watson*, for the intervener the Attorney General for Alberta. <sup>i</sup>
- The judgment of the Court was delivered by
- L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal raises many of the same questions as canvassed in *R. v.*
- of the United States in *Maryland v. Craig*, March 2, 1990.
- Bala, Nicholas. «Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System». In Walter S. Tarnopolsky, Joyce Whitman et Monique Ouellette, dir., *La discrimination dans le droit et l'administration de la justice*. Montréal: Thémis, 1993, 232.
- Child Witness Project. London Family Court Clinic. *Reducing the System-induced Trauma for Child Sexual Abuse Victims Through Court Preparation, Assessment and Follow-up*. London, Ont.: London Family Court Clinic, January 1991.
- McGillivray, Anne. «Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15» (1990), 19 *R.D. Man.* 549.
- Schmolka, Vicki. *Le projet de loi C-15 donne-t-il les effets voulus? Compte rendu des recherches portant sur les effets des modifications de 1988 relatives à l'exploitation sexuelle des enfants*. Ottawa: Ministère de la Justice, 1992. <sup>d</sup>
- POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de l'Ontario (1990), 1 O.R. (3d) 351, 43 O.A.C. 161, 2 C.R. (4th) 355, 62 C.C.C. (3d) 59, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité pour avoir touché un enfant à des fins d'ordre sexuel en contravention de l'art. 151 du *Code criminel*. Pourvoi rejeté.
- Brian H. Greenspan et Lisa A. Silver*, pour l'appellant.
- David Finley*, pour l'intimée.
- Graham Reynolds, c.r.*, et *Kimberly Prost*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.
- Lucie Rondeau et Dominique A. Jobin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.
- Marva J. Smith et Deborah L. Carlson*, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.
- Argumentation écrite seulement par *Jack Watson*, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.
- Le jugement de la Cour a été rendu par
- LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi soulève des questions identiques à bon nombre

*L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, an appeal heard at the same time and judgment released concurrently, to which I will refer throughout the course of these reasons. More specifically, at issue in this case, however, is whether the accused's right to a fair trial guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* was infringed by the provisions of s. 486(2.1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which allow the testimony of a complainant in certain offences (here s. 151 of the *Criminal Code* (formerly s. 140)) to be given behind a screen.

The following two constitutional questions were formulated by the Chief Justice on December 7, 1992:

1. Does s. 486(2.1) of the *Criminal Code* violate s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question one is in the affirmative, is the infringement justified by s. 1 of the *Charter*?

Section 486(2.1) of the *Criminal Code* reads:

486. . . .

(2.1) Notwithstanding section 650, where an accused is charged with an offence under section 151, 152, 153, 155 or 159, subsection 160(2) or (3), or section 170, 171, 172, 173, 271, 272 or 273 and the complainant is, at the time of the trial or preliminary inquiry, under the age of eighteen years, the presiding judge or justice, as the case may be, may order that the complainant testify outside the court room or behind a screen or other device that would allow the complainant not to see the accused, if the judge or justice is of the opinion that the exclusion is necessary to obtain a full and candid account of the acts complained of from the complainant. [Emphasis added.]

(Added R.S.C., 1985, c. 19 (3rd Supp.), s. 14.)

Following the appellant's oral argument and without hearing the respondent, judgment was rendered from the bench on June 15, 1993, in the following terms:

The appeal is dismissed, with reasons to follow. The constitutional questions are answered as follows:

de celles abordées dans l'arrêt *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, entendu en même temps et rendu simultanément. Je me référerai à cet arrêt tout au long de mes motifs. Se pose plus particulièrement en l'espèce, cependant, la question de savoir si le par. 486(2.1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui permet, dans le cas de certaines infractions (en l'occurrence celle prévue à l'art. 151 du *Code criminel* (auparavant l'art. 140)), que le plaignant témoigne derrière un écran, porte atteinte au droit à un procès équitable garanti à l'accusé par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Le Juge en chef a formulé les deux questions constitutionnelles suivantes le 7 décembre 1992:

1. Le paragraphe 486(2.1) du *Code criminel* viole-t-il l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à cette question est affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*?

Le paragraphe 486(2.1) du *Code criminel* est ainsi conçu:

486. . . .

(2.1) Par dérogation à l'article 650, lorsqu'une personne est accusée d'une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 155 ou 159, aux paragraphes 160(2) ou (3) ou aux articles 170, 171, 172, 173, 271, 272 ou 273 et que le plaignant est, au moment du procès ou de l'enquête préliminaire, âgé de moins de dix-huit ans, le juge qui préside le procès ou le juge de paix peut ordonner que le plaignant témoigne à l'extérieur de la salle d'audience ou derrière un écran ou un dispositif qui permet au plaignant de ne pas voir l'accusé s'il est d'avis que cela est nécessaire pour obtenir du plaignant qu'il donne un récit complet et franc des faits sur lesquels est fondée l'accusation. [Je souligne.]

(Ajouté L.R.C. (1985), ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 14.)

À la suite de l'argumentation orale de l'appelant et sans que l'intimée ne soit entendue, l'arrêt suivant a été rendu à l'audience le 15 juin 1993:

Le pourvoi est rejeté, avec motifs à suivre. Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. Does s. 486(2.1) of the *Criminal Code* violate s. 7 and/or s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

2. If the answer to question one is in the affirmative, is the infringement justified by s. 1 of the *Charter*?

Answer: The question does not arise.

### Facts

The complainant B.L. was a 12-year-old boy at the commencement of the trial who first met the appellant in the fall of 1986, when he was nine years old. The appellant was a 28-year-old male volunteer with the "One to One" organization at the University of Western Ontario, which provides the influence of someone outside the family for a child experiencing difficulties. From the fall of 1986 to the fall of 1987, the appellant and B.L. spent time together approximately once a week, swimming or playing with the appellant's computer. From September 1987 to March 1988, the appellant and B.L. did not see each other on a regular basis. At the end of August or in early September 1988, the appellant offered to take B.L. to the Western Fair in London. B.L. stayed at the appellant's home on September 9, 1988, the night before going to the fair. B.L. indicated that, early in the morning on September 10, he awoke when he felt the appellant's hand feeling his penis. He further recounted that this happened five or six times and that, each time, he took evasive action to stop the act by pretending to be asleep and rolling away. Finally, B.L. reported that the appellant rolled him on top of him and rubbed his penis against him and said "Keep me warm". In response, B.L. pretended to sleep and rolled away.

As a result, the appellant was charged with sexual interference pursuant to s. 151 of the *Criminal Code*:

1. Le paragraphe 486(2.1) du *Code criminel* viole-t-il l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

*a* Réponse: Non.

2. Si la réponse à cette question est affirmative, la violation est-elle justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*?

*b*

Réponse: Cette question ne se pose pas.

### Les faits

*c*

Le plaignant, B.L., était, au début du procès, un garçon de 12 ans qui a fait la connaissance de l'appelant à l'automne de 1986 à l'âge de neuf ans. L'appelant, qui avait 28 ans, faisait du bénévolat au sein de l'organisme «One to One» à l'université de Western Ontario. Cet organisme offre aux enfants éprouvant des difficultés la possibilité de nouer des relations avec une personne qui n'est pas membre de leur famille. À partir de l'automne de 1986 jusqu'à l'automne de 1987, l'appelant et B.L. passaient du temps ensemble environ une fois par semaine et, à ces occasions, ils allaient se baigner ou jouaient avec l'ordinateur de l'appelant. De septembre 1987 à mars 1988, l'appelant et B.L. ne se voyaient pas régulièrement. À la fin d'août ou au début de septembre 1988, l'appelant a offert d'amener B.L. au Western Fair à London. Le 9 septembre 1988, soit la veille de leur excursion à la foire, B.L. a couché chez l'appelant. Selon B.L., il s'est réveillé tôt le matin du 10 septembre pour se rendre compte que l'appelant tâtait son pénis. Il a ajouté que cela s'est produit à cinq ou six reprises et que, chaque fois, il a mis fin à l'acte en faisant semblant de dormir et en se retournant afin de s'éloigner de l'appelant. Finalement, toujours selon B.L., l'appelant l'a attiré sur lui et a frotté son pénis contre lui en disant: [TRADUCTION] «Réchauffe-moi.» Pour toute réponse, B.L. aurait de nouveau fait semblant de dormir et se serait éloigné de l'appelant en se retournant.

*d*

En conséquence, l'appelant a été accusé de l'infraction de contacts sexuels prévue à l'art. 151 du *Code criminel*, qui porte:

## SEXUAL INTERFERENCE

151. Every person who, for a sexual purpose, touches, directly or indirectly, with a part of the body or with and object, any part of the body of a person under the age of fourteen years is guilty of an indictable offence and liable to imprisonment for a term not exceeding ten years or is guilty of an offence punishable by summary conviction.

At the trial before a judge alone, the Crown prosecutor requested that the complainant be allowed to testify behind a screen, pursuant to the provisions of s. 486(2.1) of the *Criminal Code*. Following the testimony of a clinical psychologist involved with a child witness project, who indicated that, from her conversations with him, B.L. was experiencing a great deal of fear about testifying at trial, the trial judge granted the motion. He held that an order for a screening device pursuant to s. 486(2.1) did not contravene the *Charter* and should be granted in the circumstances of the case: (1989), 53 C.C.C. (3d) 492. On the evidence, the appellant was convicted. His appeal to the Court of Appeal for Ontario was dismissed: (1990), 1 O.R. (3d) 351, 43 O.A.C. 161, 62 C.C.C. (3d) 59, 2 C.R. (4th) 355. He now appeals his conviction to this Court.

Judgments

*District Court of Ontario* (Jenkins Dist. Ct. J.)

Regarding the constitutionality of s. 486(2.1) of the *Criminal Code*, the trial judge distinguished the American authorities and observed that the American Constitution, unlike the *Charter*, enshrines the right of an accused to confront his or her accuser. He concluded that the use of a screen preventing the child witness from seeing the accused, did not preclude the accused from effective cross-examination. With respect to the appellant's argument that the screen would somehow raise an inference of guilt, Jenkins Dist. Ct. J. stated that this factor could be taken into account when exercising his discretion as to whether to allow the complainant to testify behind a screen, in order that the trial be fair both to the accused and

## CONTACTS SEXUELS

151. Est coupable soit d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement maximal de dix ans, soit d'une infraction punissable sur déclaration de culpabilité par procédure sommaire toute personne qui, à des fins d'ordre sexuel, touche, directement ou indirectement, avec une partie de son corps ou avec un objet, une partie du corps d'un enfant âgé de moins de quatorze ans.

Au procès, tenu devant un juge siégeant sans jury, le substitut du procureur général a demandé qu'il soit permis au plaignant de témoigner derrière un écran conformément au par. 486(2.1) du *Code criminel*. Le juge du procès a fait droit à la demande sur la foi du témoignage d'une psychologue clinicienne qui participait à un projet concernant les enfants témoins et qui a dit que, d'après ce qui s'était dégagé de ses conversations avec lui, B.L. éprouvait une grande appréhension à la perspective d'avoir à témoigner au procès. Il a statué qu'une ordonnance prescrivant l'emploi d'un écran en vertu du par. 486(2.1) n'allait pas à l'encontre de la *Charte* et était indiquée dans les circonstances de l'affaire: (1989), 53 C.C.C. (3d) 492. Vu la preuve, l'appelant a été déclaré coupable. Débouté de son appel devant la Cour d'appel de l'Ontario ((1990), 1 O.R. (3d) 351, 43 O.A.C. 161, 62 C.C.C. (3d) 59, 2 C.R. (4th) 355), il se pourvoit maintenant devant notre Cour.

Les jugements

*La Cour de district de l'Ontario* (le juge Jenkins)

En ce qui concerne la constitutionnalité du par. 486(2.1) du *Code criminel*, le juge du procès a fait une distinction d'avec la jurisprudence américaine en faisant remarquer que la Constitution américaine, à la différence de la *Charte*, consacre le droit de l'accusé d'être confronté avec son accusateur. Il a conclu que l'emploi d'un écran qui empêchait l'enfant témoin de voir l'accusé ne mettait pas ce dernier dans l'impossibilité de le contre-interroger efficacement. Au sujet de l'argument de l'appelant selon lequel l'utilisation de l'écran ferait naître de quelque manière une présomption de culpabilité, le juge Jenkins a dit que c'était là un élément qu'il pouvait prendre en considération en exerçant son pouvoir discrétionnaire afin de déter-



to the prosecution. He concluded that s. 486(2.1) did not offend the *Charter*.

*Ontario Court of Appeal* (1990), 1 O.R. (3d) 351 (Morden A.C.J.O., Krever and Labrosse JJ.A.)

Morden A.C.J.O., for the court, noted that the effect of an order under s. 486(2.1) was to block the complainant's view of the accused but not to obstruct the view of the complainant by either the accused, the defence counsel, the prosecutor or the trial judge. Morden A.C.J.O. considered whether, within the context of s. 7 of the *Charter*, a witness must have an unobstructed view of the accused and, upon review of English, Canadian and American authorities, he concluded that if one has a right to confrontation in Canada it is not an absolute right and it is "subject to qualification in the interests of justice" (p. 367). The Court of Appeal further expressed the view that, even when an order is made pursuant to s. 486(2.1), the requisite "elements of confrontation" remain and, therefore, the accused's rights under s. 7 are not infringed.

With regard to the appellant's right to be presumed innocent or to a fair hearing under s. 11(d) of the *Charter*, Morden A.C.J.O. held that s. 486(2.1) did not infringe this right. In any event, the court held that if s. 486(2.1) infringed the *Charter*, the infringement would be justified under s. 1.

### The Issues

The only issue in this case concerns the constitutionality of s. 486(2.1) of the *Criminal Code* in that it provides for the complainant to testify behind a screen. As previously mentioned, the Court has already dismissed the appellant's constitutional challenge to s. 486(2.1). The following are the reasons which underlie that judgment.

miner s'il y avait lieu de permettre au plaignant de témoigner derrière un écran, assurant ainsi un procès équitable aussi bien pour l'accusé que pour la poursuite. Il a conclu que le par. 486(2.1) ne contrevient pas à la *Charte*.

*La Cour d'appel de l'Ontario* (1990), 1 O.R. (3d) 351 (le juge en chef adjoint Morden et les juges Krever et Labrosse)

Le juge en chef adjoint Morden, s'exprimant au nom de la Cour, fait remarquer qu'une ordonnance rendue en vertu du par. 486(2.1) a pour effet de cacher l'accusé à la vue du plaignant sans pour autant empêcher que celui-ci soit vu par l'accusé, l'avocat de la défense, le poursuivant ou le juge du procès. Il examine si, dans le contexte de l'art. 7 de la *Charte*, un témoin doit avoir une vue dégagée de l'accusé. Après avoir passé en revue la jurisprudence anglaise, canadienne et américaine, il conclut que, pour autant qu'il existe au Canada un droit de confrontation, ce droit n'est pas absolu et est [TRADUCTION] «susceptible de restriction dans l'intérêt de la justice» (p. 367). La Cour d'appel est en outre d'avis que, même lorsqu'une ordonnance est rendue en vertu du par. 486(2.1), les [TRADUCTION] «éléments [essentiels] de la confrontation» subsistent, de sorte que les droits dont l'accusé jouit aux termes de l'art. 7 ne sont pas enfreints.

En ce qui concerne le droit de l'appelant, garanti par l'art. 11d) de la *Charte*, d'être présumé innocent ou de recevoir un procès équitable, le juge en chef adjoint Morden énonce que le par. 486(2.1) n'y porte pas atteinte. Quoi qu'il en soit, la cour conclut que, si le par. 486(2.1) viole la *Charte*, ce serait une violation justifiée au sens de l'article premier.

### La question en litige

L'unique question ici en litige concerne la constitutionnalité du par. 486(2.1) du *Code criminel* en ce qu'il permet au plaignant de témoigner derrière un écran. Comme je l'ai mentionné plus haut, notre Cour a rejeté les prétentions de l'appelant relatives à la constitutionnalité du par. 486(2.1). Ce qui suit est l'exposé des motifs de cet arrêt.

The Context

Here, as in the case of *R. v. L. (D.O.)*, *supra*, it is important to examine the context in which the determination of constitutional questions should be made. As Wilson J. wrote in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1355:

One virtue of the contextual approach, it seems to me, is that it recognizes that a particular right or freedom may have a different value depending on the context.

(See also *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 647.)

The examination of whether an accused's rights are infringed encompasses multifaceted considerations, such as the rights of witnesses, in this case children, the rights of accused and courts' duties to ascertain the truth. The goal of the court process is truth seeking and, to that end, the evidence of all those involved in judicial proceedings must be given in a way that is most favourable to eliciting the truth. In ascertaining the constitutionality of s. 486(2.1) of the *Criminal Code*, one cannot ignore the fact that, in many instances, the court process is failing children, especially those who have been victims of abuse, who are then subjected to further trauma as participants in the judicial process. In fact, as I commented in *L. (D.O.)*, despite the increase in child sexual assault complaints since the early 1980s, the ratio of charge to conviction rate remains unchanged (A. McGillivray, "Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15" (1990), 19 *Man. L.J.* 549). In addition, young complainants often suffer tremendous stress when required to testify before those whom they accuse. Social science research, as reflected in the brief for *amicus curiae* of the American Psychological Association in *Maryland v. Craig*, 110 S.Ct. 3157 (1990), at p. 3, indicates that:

Le contexte

En l'espèce, comme dans l'arrêt *R. c. L. (D.O.)*, précité, il importe d'examiner le contexte dans lequel les questions constitutionnelles devraient être tranchées. Comme l'a écrit le juge Wilson dans l'arrêt *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1355:

Il me semble qu'une qualité de la méthode contextuelle est de reconnaître qu'une liberté ou un droit particuliers peuvent avoir une valeur différente selon le contexte.

(Voir aussi l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 647.)

Quant à savoir s'il y a eu atteinte aux droits d'un accusé, c'est là une question dont l'examen appelle nombre de considérations, dont les droits des témoins (qui sont en l'occurrence des enfants), les droits de l'accusé et le devoir des tribunaux d'obtenir la vérité. Le processus judiciaire a pour but la recherche de la vérité et, à cette fin, le témoignage de tous les participants à des poursuites judiciaires doit être donné de la façon la plus propre à faire éclater la vérité. En se penchant sur la constitutionnalité du par. 486(2.1) du *Code criminel*, on ne saurait faire abstraction du fait que, dans bien des cas, le processus judiciaire néglige les enfants, surtout ceux victimes de mauvais traitements, qui se voient de nouveau traumatisés en raison de leur participation au processus judiciaire. En fait, comme je l'ai dit dans l'arrêt *L. (D.O.)*, malgré l'augmentation du nombre de plaintes d'agression sexuelle contre des enfants portées depuis le début des années 1980, la proportion des déclarations de culpabilité par rapport au nombre d'accusations demeure inchangée (A. McGillivray, «Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15» (1990), 19 *R.D. Man.* 549). En outre, l'obligation de témoigner devant ceux qu'ils accusent occasionne souvent aux jeunes plaignants un stress énorme. Comme l'indique (à la p. 3) le mémoire de l'American Psychological Association à l'intention de l'*amicus curiae*, déposé dans l'affaire *Maryland c. Craig*, 110 S.Ct. 3157 (1990), il ressort des recherches effectuées dans le domaine des sciences sociales:

... testifying in confrontation with the alleged abuser may in many cases cause child victim-witnesses to refuse to testify or to testify less completely than they are capable.

In this regard, the London Family Court Clinic (Ontario) has done a three-year study of over 221 child witnesses. In their report entitled *Reducing the System-induced Trauma for Child Sexual Abuse Victims Through Court Preparation, Assessment and Follow-up* (January 1991), at p. 107, the authors remark:

The children who did have the benefit of the screen were assisted greatly in giving their evidence in court. All screen recipients were fearful of the accused, and felt unable to tell their story in court because of their anxieties and fears for their personal safety, as well as due to their great uncomfotableness at facing the accused.

Younger children seemed to experience the screen as providing a physical barrier between themselves and the accused which made them feel safe. Older children described not having to worry about making eye contact and being drawn to look at the accused out of fear.

The plight of children who testify and the role courts must play in ascertaining the truth must not be overlooked in the context of the constitutional analysis in the case at hand. As this Court has said, children may require different treatment than adults in the courtroom setting (*R. v. B. (K.G.)*, [1993] 1 S.C.R. 740; *R. v. B. (G.)*, [1990] 2 S.C.R. 30, at p. 54; and *R. v. W. (R.)*, [1992] 2 S.C.R. 122, at p. 133). For a more comprehensive analysis, I refer to my reasons in *L. (D.O.)*, *supra*. It is with that context in mind that the constitutionality of s. 486(2.1) must be examined.

#### Constitutionality of Section 486(2.1) of the Criminal Code

In this Court's view, s. 486(2.1) does not violate the appellant's right to a fair trial and to fundamen-

[TRADUCTION] ... [qu']être confronté avec le prétendu agresseur peut dans bien des cas amener l'enfant victime a refuser de témoigner ou à donner un témoignage moins complet qu'il ne pourrait l'être.

À cet égard, la London Family Court Clinic (Ontario) a mené, sur une période de trois ans, une étude portant sur plus de 221 enfants témoins. Dans leur rapport intitulé *Reducing the System-induced Trauma for Child Sexual Abuse Victims Through Court Preparation, Assessment and Follow-up* (janvier 1991), les auteurs font, à la p. 107, les observations suivantes:

[TRADUCTION] L'écran a beaucoup aidé les enfants qui ont pu en bénéficier à témoigner en cour. Chacun des enfants auxquels l'utilisation d'un écran a été permis craignait l'accusé et tous se sentaient incapables de présenter leur récit en cour à cause de leurs anxiétés et de leurs craintes pour leur sécurité personnelle, mais aussi parce qu'ils étaient fort troublés à la pensée d'avoir à faire face à l'accusé.

Les enfants plus jeunes semblaient voir l'écran comme une barrière matérielle entre eux et l'accusé; ils se sentaient donc en sécurité. Quant aux enfants plus âgés, ils disaient ne pas avoir à se soucier de regarder l'accusé dans les yeux ni d'être amenés, par la crainte, à le regarder.

Il ne faut pas oublier, dans le contexte de l'analyse constitutionnelle en l'espèce, la situation pénible des enfants témoins ni le rôle de détermination de la vérité que doivent jouer les tribunaux. Comme l'a dit notre Cour, il peut s'avérer nécessaire en salle d'audience de traiter les enfants différemment des adultes (*R. c. B. (K.G.)*, [1993] 1 R.C.S. 740; *R. c. B. (G.)*, [1990] 2 R.C.S. 30, à la p. 54, et *R. c. W. (R.)*, [1992] 2 R.C.S. 122, à la p. 133). Pour une analyse plus détaillée, je renvoie à mes motifs dans l'arrêt *L. (D.O.)*, précité. C'est ce contexte qu'il faut garder présent à l'esprit en examinant la constitutionnalité du par. 486(2.1).

#### La constitutionnalité du par. 486(2.1) du Code criminel

De l'avis de notre Cour, le par. 486(2.1) ne viole pas le droit de l'appelant au respect des principes

tal justice under either s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*. Sections 7 and 11(d) respectively assert:

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

11. Any person charged with an offence has the right

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

At the outset, I must say that I totally agree with the reasons of Morden A.C.J.O. at the Court of Appeal. Whether one approaches the concerns raised by the appellant from s. 7 or 11(d) of the *Charter*, the issue focuses primarily on whether the purpose and effect reflected in the provisions of s. 486(2.1) render the trial procedure fundamentally unfair to the accused. In order to determine whether the legislative initiatives put in place by s. 486(2.1) violate the rights of the accused, however, one must first appreciate the real scope of the provision. An order under s. 486(2.1) simply blocks the complainant's view of the accused and not vice versa. The wording of s. 486(2.1) merely provides that the screen "would allow the complainant not to see the accused". The screen does not obstruct the view of the complainant by the accused, his counsel, the Crown or the judge. All are present in court. The evidence is given and the trial is conducted in the usual manner, including cross-examination. As a result, the issue before this Court, is, simply put, whether a witness's obstructed view of an accused, infringes the rights of such accused under s. 7 or 11(d) of the *Charter*. I will first deal with the appellant's concerns with regard to the infringement of his rights under s. 7.

#### Section 7 of the Charter

His liberty and security interest being at stake, the appellant argues that s. 486(2.1) offends the

de justice fondamentale et à un procès équitable, garantis à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*, ainsi libellés:

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

11. Tout inculpé a le droit:

d) d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable;

Dès le départ, je dois dire que je souscris entièrement aux motifs du juge en chef adjoint Morden de la Cour d'appel. Que ce soit dans l'optique de l'art. 7 ou de l'al. 11d) de la *Charte* que l'on aborde les préoccupations exprimées par l'appellant, la question demeure essentiellement de savoir si, par son objet et son effet, le par. 486(2.1) rend le procès fondamentalement inéquitable pour l'accusé. Toutefois, pour déterminer si les mesures législatives énoncées au par. 486(2.1) violent les droits de l'accusé, il faut d'abord saisir la véritable portée de cette disposition. Une ordonnance rendue en vertu du par. 486(2.1) ne fait que soustraire l'accusé à la vue du plaignant; elle n'a pas l'effet inverse. Le paragraphe 486(2.1) dit simplement que l'écran «permet au plaignant de ne pas voir l'accusé». L'écran n'empêche pas l'accusé, son avocat, le ministère public ou le juge de voir le plaignant. Tous sont présents dans la salle d'audience. Les témoignages sont donnés et le procès se déroule comme à l'ordinaire, incluant le contre-interrogatoire. Par conséquent, la question dont nous sommes saisis est, simplement, de savoir si le fait qu'un témoin ne puisse voir l'accusé porte atteinte aux droits de l'accusé garantis par l'art. 7 ou l'al. 11d) de la *Charte*. Je me penche d'abord sur les préoccupations de l'appellant relativement à la violation de ses droits consacrés à l'art. 7.

#### L'article 7 de la Charte

Comme il y va de son droit à la liberté et à la sécurité, l'appellant soutient que le par. 486(2.1)

principles of fundamental justice protected by s. 7 of the *Charter*, since he is prevented, by the placement of the screen, from “facing his accuser”. He further argues that the screening device undermines the integrity of the fact finding process by effectively disallowing full cross-examination.

The principles of fundamental justice provided by s. 7 must reflect a diversity of interests, including the rights of an accused, as well as the interests of society (*R. v. Seaboyer, supra*, at p. 603; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; and *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519). While the objective of the judicial process is the attainment of truth, as this Court has reiterated in *L. (D.O.)*, *supra*, the principles of fundamental justice require that the criminal process be a fair one. It must enable the trier of fact to “get at the truth and properly and fairly dispose of the case” while at the same time providing the accused with the opportunity to make a full defence (*R. v. Seaboyer, supra*, at p. 608).

In my view, the main objective pursued by the legislative enactment presently challenged is to better “get at the truth”, by recognizing that a young child abuse victim’s evidence may, in certain circumstances, be facilitated if the child is able to focus his or her attention on giving testimony, rather than experiencing difficulties in facing the accused. Section 486(2.1) of the *Criminal Code* recognizes that a child may react negatively to a face-to-face confrontation and, as a result, special procedures may be required to alleviate these concerns. Professor Nicholas Bala, in “Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System”, in W. S. Tarnopolsky, J. Whitman and M. Ouellette, eds., *Discrimination in the Law and the Administration of Justice* (1993), 232, writes in this connection (at p. 248):

Parliament has recognized that victims of child sexual abuse may be traumatized by the process of testifying in court. Children are invariably more than simply nervous about being in court; they often are afraid of facing their

choque les principes de justice fondamentale visés à l’art. 7 de la *Charte*, puisque l’utilisation de l’écran l’empêche d’être [TRADUCTION] «confronté avec son accusateur». Il fait valoir, en outre, que l’écran mine l’intégrité du processus de détermination des faits parce que son utilisation revient en réalité à empêcher un contre-interrogatoire complet.

Les principes de justice fondamentale dont il est question à l’art. 7 doivent traduire une diversité de droits, dont ceux de l’accusé et ceux de la société (*R. c. Seaboyer*, précité, à la p. 603; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143, et *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519). Le processus judiciaire vise certes à dégager la vérité, mais, comme l’a répété notre Cour dans l’arrêt *L. (D.O.)*, précité, les principes de justice fondamentale commandent l’équité du processus pénal. Ce processus doit, en effet, permettre au juge des faits «de découvrir la vérité et de rendre une décision équitable» tout en accordant à l’accusé la possibilité de présenter une pleine défense (*R. c. Seaboyer*, précité, à la p. 608).

À mon sens, l’objet principal de la disposition législative contestée en l’espèce consiste à mieux permettre de «découvrir la vérité» en reconnaissant que, dans certaines circonstances, il pourra être plus facile à un jeune enfant victime d’agression de témoigner s’il est en mesure de se concentrer sur son témoignage plutôt que d’avoir à subir les difficultés que susciterait la confrontation avec l’accusé. Il est reconnu au par. 486(2.1) du *Code criminel* qu’un enfant peut mal réagir à une telle mise en présence, de sorte que des mesures spéciales peuvent s’imposer pour le rassurer. Le professeur Nicholas Bala, dans l’article intitulé «Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System», dans W. S. Tarnopolsky, J. Whitman et M. Ouellette, dir., *La discrimination dans le droit et l’administration de la justice* (1993), 232, écrit à ce propos (à la p. 248):

[TRADUCTION] Le Parlement a reconnu que les enfants victimes d’agression sexuelle peuvent être traumatisés par le fait de témoigner devant un tribunal. Invariablement, la comparution en cour n’entraîne pas pour les

assailant again. There have, for example, been cases involving children so frightened of the accused while testifying that they were physically ill on the witness stand and the prosecution had to be stopped, or so frightened that they were unable to answer questions.

The use of the words "full and candid account of the acts complained of" in s. 486(2.1) of the *Criminal Code* cannot express more clearly what this section purports to achieve. That this is a valid purpose is beyond doubt. The only question is whether the effect of s. 486(2.1) deprives an accused of his or her right to a full defense and fair trial. In my view, it does not.

One must recall that rules of evidence are not cast in stone, nor are they enacted in a vacuum. They evolve with time. As discussed at length in *L. (D.O.)*, *supra*, the recent trend in courts has been to remove barriers to the truth-seeking process (*R. v. Khan*, [1990] 2 S.C.R. 531; *R. v. W. (R.)*, *supra*; and *R. v. Marquard*, [1993] 4 S.C.R. 223). Recent Supreme Court of Canada decisions (*R. v. B. (K.G.)*, *supra*; *R. v. Smith*, [1992] 2 S.C.R. 915; *R. v. Khan*; and most recently in *L. (D.O.)*), by relaxing certain rules of evidence, such as the hearsay rules, the use of videotaped evidence and out of court statements, have been a genuine attempt to bring the relevant and probative evidence before the trier of fact in order to foster the search for truth.

Parliament, on the other hand, is free to enact or amend legislation in order to reflect its policies and priorities, taking into account societal values which it considers important at a given time. It is clear that, in enacting s. 486(2.1) of the *Criminal Code*, Parliament was well aware of the plight of young victims of sexual abuse, as well as the need to curtail such abuse. This is perfectly legitimate. The only limit placed on Parliament is the obliga-

enfants que de la simple nervosité; souvent, ils ont peur de faire de nouveau face à leur agresseur. Il y a eu des cas, par exemple, où des enfants témoins ont eu telle ment peur de l'accusé qu'ils en sont devenus malades à la barre des témoins, nécessitant la suspension de l'interrogatoire. Dans d'autres cas, leur crainte a été si grande qu'ils n'ont pu répondre aux questions.

Il n'est de termes plus explicites pour énoncer l'objet visé par le par. 486(2.1) du *Code criminel* que l'expression «récit complet et franc des faits sur lesquels est fondée l'accusation», qui y figure. La légitimité de cet objet est incontestable. Seule se pose donc la question de savoir si le par. 486(2.1) a pour effet de priver un accusé de son droit de présenter une pleine défense et de subir un procès équitable. Je ne le crois pas.

Il faut se rappeler que les règles de preuve n'ont rien d'immuable et n'ont pas été établies dans l'abstrait. Elles évoluent avec le temps. Comme il a été longuement exposé dans l'arrêt *L. (D.O.)*, précité, les tribunaux tendent de plus en plus à écarter les obstacles à la découverte de la vérité (*R. c. Khan*, [1990] 2 R.C.S. 531; *R. c. W. (R.)*, précité, et *R. c. Marquard*, [1993] 4 R.C.S. 223). Dans certains arrêts récents (*R. c. B. (K.G.)*, précité; *R. c. Smith*, [1992] 2 R.C.S. 915; *R. c. Khan*, et encore plus récemment dans l'arrêt *L. (D.O.)*), la Cour suprême du Canada, par l'assouplissement de certaines règles de preuve, comme celles concernant le ouï-dire et l'utilisation de témoignages enregistrés sur bande vidéo ou de déclarations extrajudiciaires, a véritablement tenté de faire en sorte que les éléments de preuve pertinents et probants soient présentés au juge des faits et ce, afin de favoriser la recherche de la vérité.

Par ailleurs, le Parlement est libre d'adopter ou de modifier les lois en fonction de ses politiques et priorités, eu égard aux valeurs sociales qu'il tient pour importantes à une époque donnée. Il est évident qu'en adoptant le par. 486(2.1) du *Code criminel*, le Parlement était bien au courant de la situation pénible des jeunes victimes d'agression sexuelle et de la nécessité de mettre un terme à cet état de choses. Il s'agit donc d'une mesure tout à fait légitime et la seule restriction imposée au Parlement est l'obligation de respecter les droits dont

tion to respect the *Charter* rights of those affected by such legislation.

As mentioned above and as discussed in the companion case, rules of evidence and procedure have evolved through the years in an effort to accommodate the truth-seeking functions of the courts, while at the same time ensuring the fairness of the trial. The idea of removing an accused from the view of a complainant, however, is not new. In *R. v. Smellie* (1919), 14 Cr. App. R. 128 (C.C.A.), a case involving child sexual assault and neglect, the trial judge ordered that the accused sit on the stairs leading out of the prisoner's dock in order that he would be out of the sight of the child complainant. As a result of the relocation the child was also out of the accused's sight. On appeal, the court stated at p. 130 that:

If the judge considers that the presence of the prisoner will intimidate a witness there is nothing to prevent him from securing the ends of justice by removing the former from the presence of the latter.

Neither is such an initiative unique to Canada. It is interesting to note, as did Morden A.C.J.O., that a number of American states have implemented similar legislation in order to better deal with the testimony of young complainants. These enactments have also been criticized on the grounds of potential constitutional invalidity, as a result of infringements upon the rights of accused. As I pointed out in *L. (D.O)*, *supra*, in *Maryland v. Craig*, *supra*, a case involving the use of one way closed-circuit television O'Connor J., speaking for a majority of the United States Supreme Court, stated at p. 3167:

We likewise conclude today that a State's interest in the physical and psychological well-being of child abuse victims may be sufficiently important to outweigh, at least in some cases, a defendant's right to face his or her accusers in court.

jouissent, aux termes de la *Charte*, les personnes touchées par cette mesure.

Comme mentionné plus haut, et ce thème est traité dans l'arrêt connexe, les règles de preuve et de procédure ont connu au fil des ans une évolution traduisant une tentative de permettre aux tribunaux de remplir leur fonction de découverte de la vérité, tout en assurant l'équité du procès. L'idée de soustraire un accusé à la vue du plaignant n'est pas, toutefois, une innovation. Dans l'affaire *R. c. Smellie* (1919), 14 Cr. App. R. 128 (C.C.A.), où il était question d'agression sexuelle contre un enfant et d'omission d'en prendre soin adéquatement, le juge du procès a ordonné que l'accusé s'assoie sur les marches conduisant au banc des accusés afin qu'il ne soit pas vu de l'enfant plaignant. Par suite de ce déplacement il a également été impossible à l'accusé de voir l'enfant. En appel, la cour a dit, à la p. 130:

[TRADUCTION] Si le juge estime que la présence de l'accusé sera intimidante pour un témoin, rien ne l'empêche de satisfaire aux exigences de la justice en soustrayant celui-là de la vue de celui-ci.

Et ce n'est pas uniquement au Canada que de telles initiatives ont été prises. Il est intéressant de noter, comme l'a fait le juge en chef adjoint Morden, que plusieurs États américains ont adopté des dispositions législatives analogues afin de mieux régler le cas des jeunes plaignants qui témoignent. Ces dispositions ont également été critiquées pour cause d'inconstitutionnalité potentielle résultant d'atteintes aux droits des accusés. Ainsi que je le fais remarquer dans l'arrêt *L. (D.O.)*, précité, le juge O'Connor, se prononçant au nom de la Cour suprême des États-Unis à la majorité, a dit dans l'arrêt *Maryland c. Craig*, précité, qui porte sur l'utilisation de la télévision à circuit fermé unidirectionnelle (à la p. 3167):

[TRADUCTION] Nous concluons de même aujourd'hui que l'intérêt de l'État au bien-être physique et psychologique des enfants victimes de violence peut être d'une importance telle qu'il l'emporte, à tout le moins dans certains cas, sur le droit du défendeur d'être mis, dans la salle d'audience, en présence de ses accusateurs.

This statement is all the more remarkable since both the United States Constitution and numerous state constitutions guarantee an accused the right to confront those witnesses testifying against him or her at trial, a right on which the Canadian *Charter* is silent. Section 7 of the *Charter*, whose protection the appellant claims, simply refers to the all-encompassing concept of "principles of fundamental justice".

A cursory review of other jurisdictions reveals that similar issues were raised and similar objections were overruled, even in the absence of legislation. In *R. v. D.J.X.* (1989), 91 Cr. App. R. 36 (Eng. C.A.), which the Court of Appeal of Ontario cited in the present case, involving abhorrent sexual abuse of children, a screen was placed in the courtroom to block both the accused from seeing the child complainants and the child complainants from seeing those whom they accused. Lane L.C.J. succinctly dealt with the concerns raised here by the appellant, when he asserted at pp. 39-41:

The circumstances are these. It had become apparent from experience that children in cases such as this, not surprisingly, were shown to be reluctant to give evidence at all. Again we are told that there had been cases which had collapsed simply because the child was unwilling or unable to speak as to the facts of which he or she was expected to speak. Consequently it seemed to the court, upon representation one imagines by the Crown Prosecution Service, that steps ought to be taken in order if possible to remedy that situation, if that could be done without unfairness to the defendants.

. . . .

The learned judge has the duty on this and on all other occasions of endeavouring to see that justice is done. Those are high sounding words. What it really means is, he has got to see that the system operates fairly: fairly not only to the defendants but also to the prosecution and also to the witnesses. Sometimes he has to make decisions as to where the balance of fairness lies. He came to the conclusion that in these circumstances the necessity of trying to ensure that these children would be able to give evidence outweighed any

Cette déclaration est d'autant plus remarquable que la Constitution des États-Unis et celles de nombreux États américains garantissent à l'accusé le droit d'être confronté avec les personnes qui témoignent contre lui à son procès, droit qui n'est pas consacré dans la *Charte* canadienne. En effet, l'art. 7 de la *Charte*, invoqué par l'appelant en l'espèce, parle simplement de la notion fort générale de «principes de justice fondamentale».

Il se dégage d'un survol de la jurisprudence d'autres juridictions que des questions analogues ont été soulevées et des contestations similaires repoussées, même en l'absence de dispositions législatives pertinentes. Dans l'arrêt *R. c. D.J.X.* (1989), 91 Cr. App. R. 36 (C.A. Angl.), à laquelle s'est référée la Cour d'appel de l'Ontario en l'espèce, il s'agissait d'une odieuse exploitation sexuelle d'enfants et un écran avait été placé dans la salle d'audience de manière à empêcher les accusés de voir les enfants plaignants et vice versa. Le lord juge en chef Lane, traitant succinctement des inquiétudes exprimées par l'appelant dans la présente affaire, a affirmé aux pp. 39 à 41:

[TRADUCTION] Les circonstances sont les suivantes. L'expérience avait démontré que les enfants dans des affaires comme celle-ci — ce qui n'est guère surprenant d'ailleurs — hésitaient à témoigner de quelque manière que ce soit. On nous rappelle des causes qui n'ont pu être poursuivies du simple fait que l'enfant n'était pas disposé à parler des faits dont on voulait qu'il parle ou en était incapable. Il a en conséquence semblé à la Cour, à la suite (on peut le supposer) d'observations faites par le Crown Prosecution Service (service des poursuites), que des mesures s'imposaient pour remédier à cette situation, pourvu que cela puisse se faire sans injustice envers les défendeurs.

. . . .

Il incombe au savant juge d'essayer dans ce cas, et dans tous les autres, de voir à ce que justice soit rendue. Paroles imposantes, certes, mais elles signifient en réalité que le juge doit veiller à ce que le système fonctionne équitablement, du point de vue non seulement des défendeurs mais aussi de la poursuite et des témoins. Le juge du procès est parfois appelé à décider de ce qui est équitable dans les circonstances. Or, en l'espèce, il a conclu que la nécessité de tenter de s'assurer que ces enfants seraient en mesure de témoigner l'emportait sur



possible prejudice to the defendants by the erection of the screen.

We take the view that we do not need authority to confirm us in the view that what the learned judge here did in his discretion was a perfectly proper, and indeed a laudable attempt to see that this was a fair trial: fair to all, the defendants, the Crown and indeed the witnesses.

In the New Zealand case of *R. v. Accused* (*T 4/88*), [1989] 1 N.Z.L.R. 660 (C.A.), involving the use of a screen to protect a 12-year-old female victim of sexual assault when giving evidence in court, Cooke P., giving the principal reasons for the Court of Appeal, eloquently remarked at p. 667:

But we see no reason why the jurisdiction cannot be used to allow protection of child witnesses by one-way screens in any case where that is shown to be reasonably necessary. A very reason for the existence of the inherent jurisdiction is that justice may require a departure from ordinary rules. Its very strength is its adaptability.

Morden A.C.J.O. also cites McMullin J.'s concurring reasons in the same case, at p. 672, which clearly depict the rationale behind the rule:

Confrontation in the sense of being in the presence of one's accusers is one thing; but confrontation merely to afford the opportunity to glower at and thereby intimidate witnesses is another. The sight of an accused person from whose actions a child has lived in terror in the past is very likely to intimidate that child in the giving of evidence about that accused, particularly when the evidence involves him in incidents of the most intimate and degrading kind.

I could not agree more with Morden A.C.J.O. when, referring to the "right" to face one's accuser claimed by the appellant, he says (at pp. 366-67):

tout préjudice que pouvait causer aux défendeurs la mise en place de l'écran.

<sup>a</sup> À notre avis, nous n'avons pas besoin de jurisprudence pour nous confirmer dans l'opinion que le savant juge a exercé ici son pouvoir discrétionnaire d'une façon parfaitement légitime et que cela constituait, en fait, une tentative louable de voir à ce que le procès soit équitable pour tous: les défendeurs, le ministère public et même les témoins.

<sup>c</sup> Dans l'affaire néo-zélandaise *R. c. Accused* (*T 4/88*), [1989] 1 N.Z.L.R. 660 (C.A.), il s'agissait de l'utilisation d'un écran destiné à protéger, lorsqu'elle témoignait en cour, une jeune fille de 12 ans qui avait été victime d'agression sexuelle. Le président Cooke, qui a rédigé les motifs principaux de la Cour d'appel, a éloquentement fait remarquer à la p. 667:

<sup>e</sup> [TRADUCTION] Mais nous ne voyons aucune raison pour laquelle cette compétence ne pourrait s'exercer pour permettre la protection d'enfants témoins au moyen de vitres à sens unique chaque fois qu'on démontre que cela est à la fois raisonnable et nécessaire. Une des raisons d'être de la compétence inhérente est précisément que la justice peut commander qu'on s'écarte des règles ordinaires. Sa force réside justement dans son adaptabilité.

<sup>g</sup> Le juge en chef adjoint Morden invoque également les motifs concordants du juge McMullin, à la p. 672 de la même affaire, où est clairement présentée la raison d'être de la règle:

<sup>h</sup> [TRADUCTION] La confrontation dans le sens de la mise en présence de l'accusé et de ses accusateurs est une chose, mais la confrontation qui ne sert qu'à donner à l'accusé la possibilité de jeter des regards noirs sur les témoins et, ainsi, de les intimider en est une toute autre. La vue d'un accusé par lequel il a été terrorisé dans le passé risque fort, en effet, d'intimider l'enfant qui témoigne au sujet de cet accusé, surtout lorsque son témoignage porte sur sa propre participation à des actes des plus intimes et des plus avilissants.

<sup>j</sup> Je suis tout à fait d'accord avec le juge en chef adjoint Morden quand il dit au sujet du «droit» revendiqué par l'appellant de faire face à son accusateur (aux pp. 366 et 367):

My conclusion, based on the foregoing, is that, since it is an accepted tradition of our legal system that judge, jury, witnesses, accused and counsel are all present in sight of each other, it can be said that normally an accused has the right to be in the sight of witnesses who testify against him or her. That this is probably so is confirmed by the need for a judge's order providing otherwise if the accused is not to be in the sight of the witnesses . . . .

Accepting that it is a right, of a kind, I do not think that it can be said to be an absolute right, in itself, which reflects a basic tenet of our legal system. It is a right which is subject to qualification in the interests of justice.

I do not think that, by reason of the absence of face to face confrontation, any principle of fundamental justice has been infringed in such a trial. It may be that, if the order under s. 486(2.1) is not properly made, a legal right has been infringed, but that is not the present issue.

The intervener the Attorney General of Manitoba suggests that the importance of confrontation in truth seeking is a culturally biased vision of human characteristics and, as a result, should not be viewed as part of our fundamental principles of justice. I tend to agree. It is not, however, necessary to decide this point, since this Court has found, as did Morden A.C.J.O., that even when an order is made pursuant to s. 486(2.1) of the *Criminal Code*, the requisite "elements of confrontation" remain, albeit in a limited form.

For reasons more fully elaborated in *L. (D.O.)*, *supra*, in spite of the provisions of s. 486(2.1) of the *Criminal Code*, the appellant's right to cross-examination remains intact. The slight alteration provided for by Parliament by the impugned section is aimed, simply, at enabling the young complainant to be able to recount the evidence, fully

[TRADUCTION] Me fondant sur ce qui précède, je conclus que, comme la tradition acceptée dans notre système judiciaire veut que le juge, le jury, les témoins, l'accusé et les avocats soient tous présents et en mesure de se voir, on peut affirmer que l'accusé jouit en temps normal du droit d'être vu des témoins à charge. Qu'il en soit vraisemblablement ainsi est confirmé par la nécessité pour le juge de rendre une ordonnance contraire dans le cas où l'accusé doit être soustrait à la vue des témoins . . .

Bien que reconnaissant qu'il s'agit, d'une certaine façon, d'un droit, je ne crois pas que l'on puisse dire qu'il constitue en soi un droit absolu qui traduit un précepte fondamental de notre système judiciaire. C'est un droit, en effet, dont la portée est susceptible de restriction dans l'intérêt de la justice.

Je ne crois pas qu'en l'absence de confrontation de l'accusé avec les témoins il y ait violation d'un principe quelconque de justice fondamentale dans un procès de ce genre. Il se peut certes que, si l'ordonnance visée au par. 486(2.1) n'a pas été valablement rendue, on ait violé une garantie juridique, mais là n'est pas la question en l'espèce.

L'intervenant le procureur général du Manitoba prétend que l'importance attachée à la confrontation dans le processus de détermination de la vérité représente une vision des caractéristiques humaines qui repose sur des préconceptions d'ordre culturel et que, par conséquent, la confrontation ne doit pas être considérée comme faisant partie de nos principes de justice fondamentale. J'incline à partager cet avis. C'est, toutefois, un point qu'il n'est pas nécessaire de trancher puisque notre Cour a conclu, comme l'a fait le juge en chef adjoint Morden, que, même dans un cas où une ordonnance a été rendue en vertu du par. 486(2.1) du *Code criminel*, les «éléments [essentiels] de la confrontation» subsistent, quoique sous une forme limitée.

Pour des raisons développées plus longuement dans l'arrêt *L. (D.O.)*, précité, en dépit des dispositions du par. 486(2.1) du *Code criminel*, aucune atteinte n'est portée au droit de l'accusé de procéder à un contre-interrogatoire. Par la légère modification que constitue le paragraphe attaqué, le législateur a visé simplement à permettre au jeune

and candidly, in a more appropriate setting, given the circumstances, while facilitating the elicitation of the truth. However, young complainants, shielded by the screen, remain predominantly subject to the rigours of the courtroom and cross-examination. The fact that the complainant's giving of evidence may be facilitated by the use of a screening device in no way restricts or impairs an accused's ability to cross-examine the complainant. The words of La Forest J. in *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 362, are highly relevant in this regard:

It seems to me that s. 7 of the *Charter* entitles the appellant to a fair hearing; it does not entitle him to the most favourable procedures that could possibly be imagined.

In the case at hand, the accused was able to observe the young complainant as he testified. In addition, s. 486(2.1) provides a very limited exception. A screen may only be utilized in cases with regard to offences set out in the section and in which the complainant is under the age of 18. As well, the provision specifically provides for the trial judge's discretion to make such an order if, in her or his opinion "the exclusion is necessary to obtain a full and candid account of the acts complained of from the complainant." This, in itself, goes a long way towards guaranteeing an accused a fair trial. In *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, this Court held that residual judicial discretion may be constitutionally required in order to provide a mechanism for balancing the rights of an accused and those of the state.

I wish to make it clear, however, that the circumstances under which a judge may resort to an order under s. 486(2.1) of the *Criminal Code* do not require that exceptional and inordinate stress be caused to the child complainant. I am in agreement with the Ontario Court of Appeal in *R. v. M. (P.)* (1990), 1 O.R. (3d) 341, which held that a trial judge has "substantial latitude" in deciding whether the use of the screen should be permitted under s. 486(2.1). I also agree with the Ontario Court of Appeal in this case, that the evidence

plaignant de présenter son témoignage d'une façon complète et franche dans une ambiance qui y soit plus propice dans les circonstances, tout en facilitant la découverte de la vérité. Cependant, les jeunes plaignants, bien que cachés par l'écran, restent pour l'essentiel exposés aux rigueurs propres à un procès, dont le contre-interrogatoire. Le fait que l'emploi d'un écran puisse faciliter la déposition du plaignant ne restreint ni ne compromet aucunement la capacité de l'accusé de contre-interroger ce dernier. Fort pertinents à cet égard sont les propos du juge La Forest dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 362:

Il me semble que l'art. 7 de la *Charte* reconnaît à l'appelant le droit à un procès équitable; il ne lui donne pas le droit de bénéficier des procédures les plus favorables que l'on puisse imaginer.

En l'espèce, l'accusé a pu observer le jeune plaignant lorsqu'il déposait. En outre, le par. 486(2.1) prévoit une exception de portée très limitée. L'utilisation d'un écran n'est autorisée que dans le cas des infractions y visées et seulement si le plaignant a moins de 18 ans. Qui plus est, ce paragraphe confère expressément au juge du procès le pouvoir discrétionnaire de rendre l'ordonnance, s'il est d'avis que «cela est nécessaire pour obtenir du plaignant qu'il donne un récit complet et franc des faits sur lesquels est fondée l'accusation». Voilà qui, en soi, contribue grandement à garantir à l'accusé un procès équitable. Dans l'arrêt *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, notre Cour a observé que le pouvoir discrétionnaire résiduel des tribunaux peut constituer une exigence constitutionnelle afin d'assurer l'équilibre entre les droits de l'accusé et ceux de l'État.

Je tiens toutefois à préciser qu'il n'est pas nécessaire, pour que le juge puisse rendre une ordonnance fondée sur le par. 486(2.1) du *Code criminel*, que l'enfant plaignant soit en proie à un stress exceptionnel et démesuré. Tout comme la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. M. (P.)* (1990), 1 O.R. (3d) 341, j'estime que le juge du procès a [TRADUCTION] «une latitude considérable» lorsqu'il décide si l'emploi de l'écran devrait être permis conformément au par. 486(2.1). Je partage également l'avis, exprimé par la Cour d'appel de

need not take any particular form. In exercising her or his discretion the trial judge may consider the evidence brought forward with regard to, but not limited to, the capabilities and demeanour of the child, the nature of the allegations and the circumstances of the case. In *R. v. Faid* (1981), 61 C.C.C. (2d) 28 (Alta. C.A.), rev'd on other grounds [1983] 1 S.C.R. 265, where the accused was assigned to the prisoner's box out of sight of the public, Harradence J.A., correctly in my view, remarked (at p. 40):

... in a criminal trial the seating and location of the accused lies within the sole discretion of the learned trial Judge. That discretion cannot be interfered with unless its exercise manifestly precluded the accused from making full answer and defence to the charge.

The appellant suggests that a number of unique difficulties may arise should an accused be unrepresented and, as such, is unable to face the young witness during cross-examination. In my view, should such rare situations arise, they can easily be remedied. Generally, in criminal proceedings legal representation is made available to all accused, should they so wish. If they do not, the trial judge has discretion to adopt whatever procedure or device is best suited to prevent the infringement of an accused's rights and to ensure a fair trial. It may well be that self-representation of an accused is one of the circumstances which the trial judge, in exercising her or his discretion, may consider together with other factors when determining whether to permit the use of a screening device. In any event, this is not the case here. The trial judge in this case, in my view, properly exercised his discretion and, in so doing, did not infringe the appellant's right to a fair trial. Moreover, for reasons already discussed, s. 486(2.1) of the *Criminal Code* in no way infringes the principles of fundamental justice and accordingly, is constitutional. The appellant's argument must fail.

l'Ontario en l'espèce, que la preuve n'a pas à être présentée sous une forme particulière. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, le juge du procès peut tenir compte, entre autres, de la preuve produite relativement aux capacités et au comportement de l'enfant, à la nature des plaintes et aux circonstances de l'affaire. Dans l'arrêt *R. c. Faid* (1981), 61 C.C.C. (2d) 28 (C.A. Alb.), inf. pour d'autres motifs par [1983] 1 R.C.S. 265, où l'accusé avait été placé au banc des accusés de sorte que le public ne pouvait le voir, le juge Harradence a fait remarquer (à la p. 40), avec raison selon moi, que:

[TRADUCTION] ... dans un procès criminel, l'endroit où s'assoit l'accusé relève exclusivement du pouvoir discrétionnaire du savant juge du procès. On ne saurait intervenir dans l'exercice de ce pouvoir, à moins que cela n'ait manifestement empêché l'accusé d'opposer à l'accusation une défense pleine et entière.

L'appellant fait valoir que des difficultés particulières peuvent se présenter si l'accusé comparaît sans avocat et se voit, en conséquence, dans l'impossibilité de faire face au jeune témoin pendant le contre-interrogatoire. À mon avis, dans ces rares cas, la solution est facile. En règle générale, dans les poursuites criminelles les services d'un avocat sont offerts à tous les accusés qui veulent s'en prévaloir. S'ils ne le veulent pas, le juge du procès détient le pouvoir discrétionnaire d'adopter le procédé ou la mesure les plus susceptibles d'éviter qu'il ne soit porté atteinte aux droits de l'accusé et de lui assurer un procès équitable. Il se peut bien que le fait que l'accusé plaide sa propre cause soit l'un des facteurs que le juge du procès, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, puisse prendre en considération en décidant s'il y a lieu de permettre l'utilisation d'un écran. Quoi qu'il en soit, ce cas ne se présente pas en l'espèce. J'estime que, dans la présente affaire, le juge du procès a exercé valablement son pouvoir discrétionnaire et qu'il l'a fait sans porter atteinte au droit de l'appellant à un procès équitable. D'autre part, pour les raisons déjà exposées, le par. 486(2.1) du *Code criminel* ne va nullement à l'encontre des principes de justice fondamentale et il est, par conséquent, constitutionnel. Cela étant, l'argument de l'appellant ne saurait être retenu.

Section 11(d) of the Charter

I now turn to the appellant's submission that s. 486(2.1) of the *Criminal Code* violates his rights under s. 11(d) of the *Charter*. The appellant submits that his right to "be presumed innocent until proven guilty according to law in a fair and public hearing by an independent and impartial tribunal" is violated, as the screen undermines the presumption of innocence, operates unfairly against the accused and hampers cross-examination. Given the issue of cross-examination has been fully dealt with under s. 7, I will only deal with the appellant's other concerns.

According to the appellant, the use of a screen lends an air of credence to the witness' testimony and, since the courtroom has been altered for the protection of the young complainant, the accused may appear guilty. In the case at bar, the appellant was tried before a judge sitting alone and, as a result, the issue of appearance to the jury is not relevant. Had a jury been present, however, I suggest that, properly informed, they would not have been swayed by the use of the screen. As Dickson C.J. said in *R. v. Corbett*, [1988] 1 S.C.R. 670, at p. 692:

In my view, it would be quite wrong to make too much of the risk that the jury might use the evidence for an improper purpose. [Emphasis in original.]

In a similar vein, I suggest that one should assume that a jury will follow judicial instruction and will not be biased by the use of such a device. In fact, in contrast to the perspective raised by the appellant, it has been remarked that Crown prosecutors are reluctant to request the use of screens because they are concerned that the young complainant may not come across as credible or the child's testimony may have less of an impact (V. Schmolka, *Is Bill C-15 Working? An Overview of the Research on the Effects of the 1988 Child Sexual Abuse Amendments* (1992), at pp. 62-63). The use of a screen could very well be held against a

L'alinéa 11d) de la Charte

J'en viens maintenant à l'argument de l'appellant selon lequel le par. 486(2.1) du *Code criminel* porte atteinte aux droits dont il jouit aux termes de l'al. 11d) de la *Charte*. L'appellant prétend qu'il y a eu violation de son droit «d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable, conformément à la loi, par un tribunal indépendant et impartial à l'issue d'un procès public et équitable», du fait que l'utilisation de l'écran affaiblit la présomption d'innocence, entraîne une injustice pour l'accusé et entrave le contre-interrogatoire. Comme la question du contre-interrogatoire a été exhaustivement traitée dans le cadre de l'analyse relative à l'art. 7, je me borne ici aux autres préoccupations exprimées par l'appellant.

D'après lui, l'utilisation d'un écran prête une apparence de crédibilité à la déposition du témoin et, puisque la salle d'audience a été aménagée de manière à assurer la protection du jeune plaignant, l'accusé peut paraître coupable. Mais en l'espèce, l'appellant a été jugé devant un juge siégeant sans jury, si bien que la question des apparences aux yeux du jury ne se pose pas. Je pense cependant que, même si des jurés avaient été présents, l'utilisation de l'écran ne les aurait pas influencés, pourvu qu'ils aient reçu des directives appropriées. Comme l'a dit le juge en chef Dickson dans l'arrêt *R. c. Corbett*, [1988] 1 R.C.S. 670, à la p. 692:

Selon moi, on aurait bien tort de trop insister sur le risque que le jury puisse faire mauvais usage de ladite preuve. [Souligné dans l'original.]

Dans un ordre d'idées analogue, je soutiens que l'on doit supposer qu'un jury suivra les directives données par le juge et que l'utilisation d'un tel dispositif n'entraînera aucun parti pris chez les jurés. De fait, contrairement à la situation évoquée par l'appellant, on a constaté que les substituts du procureur général hésitent à demander l'utilisation d'écrans plaignant qu'ils craignent justement que le jeune plaignant ne paraisse pas aussi digne de foi ou que son témoignage ne soit moins convaincant (V. Schmolka, *Le projet de loi C-15 donne-t-il les effets voulus? Compte rendu des recherches portant sur les effets des modifications de 1988 rela-*

child complainant, who might be judged to be an unreliable witness, because she or he is unable to look the accused in the eye, rather than against the accused. If screens were used more regularly as part of the courtroom procedure, as recommended by the Family Court Clinic in London, these perceptions may well be totally eliminated. Finally, while it is true, as the appellant contends, that s. 486(2.1) of the *Criminal Code*, similar in this regard to most sections of the *Code*, does not contain prescribed jury instructions, such instructions are routinely given by judges and such a caution is no more a constitutional prerequisite with respect to this section than with respect to any other section of the *Criminal Code*. Such caution may not be necessary or, if it is, it will be a function of the circumstances of the case (*R. v. Vetrovec* (1980), 58 C.C.C. (2d) 537 (B.C.C.A.), aff'd [1982] 1 S.C.R. 811).

For these reasons I conclude that s. 486(2.1) does not contravene the appellant's right to be presumed innocent or to a fair hearing pursuant to s. 11(d) of the *Charter*.

### Conclusion

Section 486(2.1) of the *Criminal Code* has been carefully worded to protect the rights of accused, while at the same time facilitating the giving of evidence by young victims of sexual abuse of varying kinds. I find the appellant's attack on the constitutionality of s. 486(2.1) of the *Criminal Code* unfounded. Further, I agree with the respondent that "neither historical review, comparisons of the jurisprudence of other free and democratic societies, nor present day Canadian constitutional and evidence jurisprudence, support the Appellant's contention". Since s. 486(2.1) does not infringe either s. 7 or s. 11(d) of the *Charter*, there is no need to resort to s. 1 of the *Charter*.

*tives à l'exploitation sexuelle des enfants* (1992), aux pp. 74 à 76). Il se pourrait fort bien que l'utilisation d'un écran joue non pas contre l'accusé mais contre l'enfant plaignant, qui pourrait être jugé un témoin peu fiable du fait qu'il ne peut regarder l'accusé dans les yeux. Si, suivant la recommandation de la Family Court Clinic de London, il y avait une utilisation plus régulière d'écrans dans les salles d'audience, de telles perceptions pourraient fort bien être complètement éliminées. Enfin, bien qu'il soit vrai, comme l'affirme l'appellant, que le par. 486(2.1) du *Code criminel* (qui ressemble en cela à la plupart des articles du *Code*) ne prescrit pas de directives destinées au jury, les juges en donnent régulièrement, et la mise en garde que sont ces directives ne représente pas davantage un impératif constitutionnel dans le cas de ce paragraphe que dans le cas de toute autre disposition du *Code criminel*. Pareille mise en garde n'est peut-être pas nécessaire, mais, si elle l'est, elle sera fonction des circonstances de l'affaire (*R. c. Vetrovec* (1980), 58 C.C.C. (2d) 537 (C.A.C.-B.), conf. par [1982] 1 R.C.S. 811).

Pour ces motifs, je conclus que le par. 486(2.1) ne viole pas le droit de l'appellant d'être présumé innocent ou d'avoir un procès équitable, que garantit l'al. 11d) de la *Charte*.

### Conclusion

Le paragraphe 486(2.1) du *Code criminel* a été soigneusement formulé de manière à protéger les droits de l'accusé tout en permettant aux jeunes victimes de divers genres d'agressions sexuelles de témoigner plus facilement. Je juge donc sans fondement la contestation par l'appellant de la constitutionnalité du par. 486(2.1) du *Code criminel*. De plus, je conviens avec l'intimée que [TRADUCTION] «l'argument de l'appellant n'est appuyé ni par un examen historique, ni par des comparaisons avec la jurisprudence d'autres sociétés libres et démocratiques ni par la jurisprudence canadienne moderne en matière constitutionnelle et en matière de preuve». Puisque le par. 486(2.1) ne viole ni l'art. 7 ni l'al. 11d) de la *Charte*, point n'est besoin de recourir à l'article premier.

Parliament has devised s. 486(2.1) in such a way as to properly balance the goal of ascertaining the truth and the protection of children as well as the rights of accused to a fair trial by allowing cross-examination and by tailoring the use of screens to the complainants' age and confining their use to limited and specific types of crimes. Furthermore, s. 486(2.1) of the *Criminal Code* preserves the discretion of the trial judge to permit such use only when the "exclusion is necessary to obtain a full and candid account of the acts complained of from the complainant". Since there was no infringement of the principles of fundamental justice nor of the right to be presumed innocent or to a fair trial, s. 486(2.1) of the *Criminal Code* is constitutional.

In the result, the appeal is dismissed.

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellant: Greenspan, Humphrey, Toronto.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: The Department of Justice, Winnipeg.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Attorney General for Alberta, Edmonton.*

Le législateur a conçu le par. 486(2.1) de manière à assurer un juste équilibre entre la recherche de la vérité et la protection des enfants, mais aussi la protection du droit de l'accusé à un procès équitable, ce qui se fait en permettant des contre-interrogatoires et, en ce qui concerne les écrans, en tenant compte de l'âge du plaignant et en ne les utilisant que pour un nombre limité de types de crimes déterminés. En outre, le par. 486(2.1) du *Code criminel* conserve le pouvoir discrétionnaire du juge du procès de n'en autoriser l'utilisation que lorsque «cela est nécessaire pour obtenir du plaignant qu'il donne un récit complet et franc des faits sur lesquels est fondée l'accusation». Étant donné qu'il n'y a eu aucune violation des principes de justice fondamentale ni du droit d'être présumé innocent ou du droit à un procès équitable, le par. 486(2.1) du *Code criminel* est constitutionnel.

Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs de l'appellant: Greenspan, Humphrey, Toronto.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, 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 l'Alberta: Le procureur général de l'Alberta, Edmonton.*

**United States of America** *Appellant*

v.

**Pierre Doyer** *Respondent*

Indexed as: **United States of America v. DOYER**

File No.: 23343.

1993: November 29.

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 QUEBEC

*Extradition — Extraditable offences — Fugitive charged in United States with offence of continuing criminal enterprise — Whether offence extraditable offence.*

#### Cases Cited

Applied: *Re McVey*, [1992] 3 S.C.R. 475.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1992] R.J.Q. 2458, 51 Q.A.C. 1, 77 C.C.C. (3d) 203, allowing in part the fugitive's appeal from the dismissal of his application for *habeas corpus* and quashing his committal for extradition purposes on the continuing criminal enterprise count. Appeal allowed.

*James L. Brunton* and *Nancy Boillat*, for the appellant.

*Richard Corriveau* and *Lawrence Corriveau, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J. — We are all of the view that the appeal is governed by *Re McVey*, [1992] 3 S.C.R. 475, which had not been decided when the case came before the Court of Appeal. Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Court of

**États-Unis d'Amérique** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Pierre Doyer** *Intimé*

Répertorié: **États-Unis d'Amérique c. DOYER**

<sup>b</sup> N° du greffe: 23343.

1993: 29 novembre.

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

*Extradition — Crimes donnant lieu à l'extradition — Fugitif accusé aux États-Unis de l'infraction de «continuing criminal enterprise» — S'agit-il d'un crime donnant lieu à l'extradition?*

#### Jurisprudence

<sup>e</sup> Arrêt appliqué: *Re McVey*, [1992] 3 R.C.S. 475.

<sup>f</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1992] R.J.Q. 2458, 51 Q.A.C. 1, 77 C.C.C. (3d) 203, qui a accueilli en partie l'appel interjeté par le fugitif contre le rejet de sa requête en *habeas corpus* et cassé l'ordonnance d'incarcération pour fins d'extradition relativement au chef de *continuing criminal enterprise*. Pourvoi accueilli.

<sup>g</sup> *James L. Brunton* et *Nancy Boillat*, pour l'appellant.

<sup>h</sup> *Richard Corriveau* et *Lawrence Corriveau, c.r.*, pour l'intimé.

<sup>i</sup> Version française du jugement de la Cour rendu par

<sup>j</sup> LE JUGE LA FOREST — Nous sommes tous d'avis que le pourvoi est régi par l'arrêt *Re McVey*, [1992] 3 R.C.S. 475, qui n'avait pas été rendu lorsque la Cour d'appel a été saisie de l'affaire. En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la



Appeal is set aside, and the warrant of committal issued by Downs J. is restored.

*Judgment accordingly.*

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

*Solicitors for the respondent: Corriveau & Associés, Québec.*

Cour d'appel est infirmé et le mandat de dépôt décerné par le juge Downs est rétabli.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelant: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureurs de l'intimé: Corriveau & Associés, Québec.*

**Donald Moran** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*Indexed as: **R. v. MORAN**

File No.: 23326.

1993: November 29.

Present: Lamer C.J. and L'Heureux-Dubé, Cory, McLachlin and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Evidence — Rule against oath-helping — Cross-examination of complainant's mother not impermissible oath-helping — Accused's conviction upheld.*

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 77 C.C.C. (3d) 300, 59 O.A.C. 65, dismissing the accused's appeal from his conviction on a charge of sexual assault. Appeal dismissed, Lamer C.J. and McLachlin J. dissenting.

*Bruce Duncan*, for the appellant.*Jocelyn Speyer*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — A majority, in substantial agreement with Mr. Justice Grange as regards there not being in this case a violation of the oath-helping rule, would dismiss the appeal. The Chief Justice and Justice McLachlin, in dissent, and in agreement with Mr. Justice Finlayson, would allow the appeal, set aside the conviction and order a new trial.

The appeal is accordingly dismissed.

*Judgment accordingly.***Donald Moran** *Appellant*

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine** *Intimée*Répertorié: **R. c. MORAN**<sup>b</sup> N° du greffe: 23326.

1993: 29 novembre.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE L'ONTARIO

*Droit criminel — Preuve — Règle interdisant les témoignages justificatifs — Contre-interrogatoire de la mère de la plaignante ne constituant pas une preuve justificative inacceptable — Maintien de la déclaration de culpabilité de l'accusé.*

<sup>e</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 77 C.C.C. (3d) 300, 59 O.A.C. 65, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relative à une accusation d'agression sexuelle. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et le juge McLachlin sont dissidents.

*Bruce Duncan*, pour l'appellant.*Jocelyn Speyer*, pour l'intimée.

<sup>g</sup> Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

<sup>h</sup> LE JUGE EN CHEF LAMER — Souscrivant, pour l'essentiel, à l'opinion du juge Grange quant à l'absence ici d'une violation de la règle interdisant les témoignages justificatifs, la Cour à la majorité est d'avis de rejeter le pourvoi. Le Juge en chef et le juge McLachlin, dissidents et d'accord avec le juge Finlayson, accueilleraient le pourvoi, annuleraient la déclaration de culpabilité et ordonneraient la tenue d'un nouveau procès.

<sup>j</sup> Le pourvoi est donc rejeté.*Jugement en conséquence.*

*Solicitors for the appellant: Duncan, Fava & Schermbrucker, Toronto.*

*Procureurs de l'appelant: Duncan, Fava & Schermbrucker, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Jocelyn Speyer, Toronto.*

*Procureur de l'intimée: Jocelyn Speyer, Toronto.*

*a*

**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Richard Brian McAnespie** *Respondent*

**Indexed as: R. v. McANESPIE**

File No.: 23674.

1993: December 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Procedure — Evidence — Non-disclosure — Due diligence — Statement disclosed after conviction but before sentencing — Counsel for defence not bringing matter at earliest opportunity to attention of trial judge and not having information disclosed during sentencing proceedings — Trial judge still seized of trial and had discretion to reopen trial or order mistrial.*

*Criminal law — Procedure — Evidence — Fresh evidence — Due diligence — Respondent failing to satisfy criterion of due diligence — Due diligence to be considered with other factors — Due diligence requirement not overborne by other factors — New evidence ought not to have been admitted.*

#### Cases Cited

**Referred to:** *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 64 O.A.C. 70, 82 C.C.C. (3d) 527, allowing an appeal against convictions by Taliano J. and ordering a new trial. Appeal allowed.

*Rick Libman*, for the appellant.

*Martin Kerbel, Q.C.*, for the respondent.

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Richard Brian McAnespie** *Intimé*

**Répertorié: R. c. McANESPIE**

<sup>b</sup> N° du greffe: 23674.

1993: 10 décembre.

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

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

<sup>d</sup> *Droit criminel — Procédure — Preuve — Non-divul-gation — Diligence raisonnable — Déclaration divul-guée après la déclaration de culpabilité mais avant le prononcé de la peine — Avocat de la défense n'ayant pas signalé la question au juge du procès dès que possi-ble et n'ayant pas divulgué l'information au cours des procédures de détermination de la peine — Le juge du procès était toujours saisi du procès et avait le pouvoir discrétionnaire de le rouvrir ou de le déclarer nul.*

<sup>e</sup> *Droit criminel — Procédure — Preuve — Nouvelle preuve — Diligence raisonnable — Intimé n'ayant pas satisfait au critère de la diligence raisonnable — Dili-gence raisonnable à être examinée avec d'autres fac-teurs — Critère de la diligence raisonnable ne l'empor-tant pas sur d'autres facteurs — La nouvelle preuve n'aurait pas dû être admise.*

#### Jurisprudence

<sup>h</sup> **Arrêts mentionnés:** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 64 O.A.C. 70, 82 C.C.C. (3d) 527, qui a accueilli un appel contre les déclarations de culpabilité prononcées par le juge Taliano et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi accueilli.

<sup>j</sup> *Rick Libman*, pour l'appelante.

*Martin Kerbel, c.r.*, pour l'intimé.

The judgment of the Court was delivered orally by

SOPINKA J. — In our opinion, the majority of the Court of Appeal erred in directing a new trial. It did so on two grounds:

- (1) non-disclosure of the information contained in the victim's impact statement;
- (2) the information in the impact statement was fresh evidence, which, if it had been available at trial, might have affected the verdict.

With respect to (1), we are of the opinion that although disclosure of the information ought to have been made earlier counsel for the respondent failed to bring this to the attention of the trial judge at the earliest opportunity as required. In *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, in referring to this obligation, we stated at p. 341:

Failure to do so by counsel for the defence will be an important factor in determining on appeal whether a new trial should be ordered.

We agree with Labrosse J.A., dissenting, that the trial judge was still seized of the trial and had the discretion to reopen the trial proceedings or to order a mistrial.

In this case, counsel not only did not seek to bring the matter to the attention of the trial judge but made a tactical decision not to have the information disclosed in the sentencing proceedings. In these circumstances, a new trial ought not to have been ordered on this ground.

With respect to (2), applying the factors in *Palmer v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 759, in our opinion the proposed evidence ought not to have been admitted. Specifically, we are of the opinion that the respondent failed to satisfy the criterion of due diligence. While this factor is not applied strictly in criminal cases and is not to be considered in isolation, the strength of the other factors is not such that failure to satisfy the due diligence

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — À notre avis, la Cour d'appel à la majorité a commis une erreur en ordonnant la tenue d'un nouveau procès, ce qu'elle a fait en se fondant sur deux motifs:

- (1) non-divulguation des renseignements contenus dans la déclaration de la victime;
- (2) ces renseignements constituaient une nouvelle preuve qui, si elle avait été présentée au procès, aurait pu entraîner un verdict différent.

Pour ce qui est du premier motif, nous sommes d'avis que, même si les renseignements auraient dû être divulgués plus tôt, l'avocat de l'intimé ne l'a pas signalé dès que possible au juge du procès comme il l'aurait dû. Dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, nous avons dit relativement à cette obligation (à la p. 341):

L'omission de l'avocat de la défense de ce faire constituera un facteur important à retenir pour déterminer, lors d'un appel, s'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Nous sommes d'accord avec le juge Labrosse de la Cour d'appel, dissident, pour dire que le juge du procès était toujours saisi du procès et qu'il avait le pouvoir discrétionnaire de rouvrir le procès ou de le déclarer nul.

En l'espèce, non seulement l'avocat n'a pas tenté de signaler la chose au juge du procès, mais il a pris la décision stratégique de ne pas divulguer les renseignements au cours des procédures de détermination de la peine. Dans les circonstances, la tenue d'un nouveau procès n'aurait pas dû être ordonnée pour ce motif.

Pour ce qui est du second motif, si l'on applique l'arrêt *Palmer c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 759, la preuve proposée n'aurait pas dû, à notre avis, être admise. Plus précisément, nous sommes d'avis que l'intimé n'a pas satisfait au critère de la diligence raisonnable. Bien que ce facteur ne soit pas appliqué strictement dans les causes criminelles et qu'il ne doive pas être pris en considération isolément, les autres facteurs n'ont pas un poids tel en

requirement in this case is overborne by the other factors.

Accordingly, the appeal is allowed and the judgment of the Court of Appeal is set aside. The matter is remitted to the Court of Appeal for determination of the respondent's submission of alleged unreasonable verdict and the respondent's appeal against sentence.

*Judgment accordingly.*

*Solicitor for the appellant: Crown Law Office — Criminal, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: Martin Kerbel, Toronto.*

l'espèce qu'ils l'emportent sur l'omission de satisfaire au critère de la diligence raisonnable.

En conséquence, le pourvoi est accueilli et le jugement de la Cour d'appel est infirmé. L'affaire est retournée à la Cour d'appel pour qu'elle rende jugement sur l'allégation faite par l'intimé que le verdict était déraisonnable et sur l'appel qu'il a interjeté contre la peine.

*Jugement en conséquence.*

*Procureur de l'appelante: Bureau des avocats de la Couronne — Droit criminel, Toronto.*

*Procureur de l'intimé: Martin Kerbel, Toronto.*

**E.T. Appellant**

v.

**Her Majesty The Queen Respondent**Indexed as: **R. v. I. (L.R.) AND T. (E.)**

File No.: 22873.

1993: March 31; 1993: December 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

*Criminal law — Young offenders — Evidence — Statements — Admissibility — Statement made without counsel but in presence of adult — Second statement made explaining aspects of first statement — Lawyer consulted after first and before second statement made — First statement found to be inadmissible — Second statement admissible — Conviction based on inculpatory exchange in second statement — Whether or not second statement admissible — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 3(e), (g), 11, 56(1), (2)(a), (b)(i), (ii) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).*

*Evidence — Criminal law — Young offenders — Statements — Admissibility — Statement made without counsel but in presence of adult — Second statement made explaining aspects of first statement — Lawyer consulted after first and before second statement made — First statement found to be inadmissible — Second statement admissible — Conviction based on inculpatory exchange in second statement — Whether or not second statement admissible.*

Appellant was charged with second degree murder of a cab driver. His great-aunt, a first nation band elder with little formal education, accompanied him on his arrest to the police station. Appellant regarded her as his mother. The police informed her that there would be time to look for a lawyer on their arrival at the police station but, on their arrival, both were taken to an interview room where the investigating constable began taking a statement over the course of four and a half hours. Prior to taking the statement, a "Statement to Person in Authority Form" required by s. 56 of the *Young Offend-*

**E.T. Appellant**

c.

<sup>a</sup> **Sa Majesté la Reine Intimée**Répertorié: **R. c. I. (L.R.) ET T. (E.)**<sup>b</sup> N° du greffe: 22873.

1993: 31 mars; 1993: 16 décembre.

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

<sup>c</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

*Droit criminel — Jeunes contrevenants — Preuve — Déclarations — Admissibilité — Déclaration faite en l'absence d'un avocat mais en présence d'un adulte — Seconde déclaration expliquant des aspects de la première déclaration — Avocat consulté après la première déclaration mais avant la seconde — Première déclaration jugée inadmissible — Seconde déclaration admissible — Déclaration de culpabilité fondée sur un échange incriminant survenu au cours de la seconde déclaration — La seconde déclaration est-elle admissible? — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 3e), g), 11, 56(1), (2)a), b)(i), (ii) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).*

*Preuve — Droit criminel — Jeunes contrevenants — Déclarations — Admissibilité — Déclaration faite en l'absence d'un avocat mais en présence d'un adulte — Seconde déclaration expliquant des aspects de la première déclaration — Avocat consulté après la première déclaration mais avant la seconde — Première déclaration jugée inadmissible — Seconde déclaration admissible — Déclaration de culpabilité fondée sur un échange incriminant survenu au cours de la seconde déclaration — La seconde déclaration est-elle admissible?*

L'appellant a été accusé du meurtre au deuxième degré d'un chauffeur de taxi. Sa grand-tante, une aînée d'une bande des premières nations ayant peu de scolarité, l'a accompagné au poste de police lors de son arrestation. L'appellant la considérait comme sa mère. Les policiers l'ont informé qu'elle aurait le temps de chercher un avocat à leur arrivée au poste de police. Toutefois, à leur arrivée au poste, tous deux furent amenés dans une salle d'interrogatoire où l'agent enquêteur a commencé à recueillir une déclaration qui a duré quatre heures et demie. Avant la déclaration, on a rempli la for-

*ers Act (YOA)* was completed. The officer tried to explain the right to counsel, the right to have an adult present, and the fact that any statement could be used in proceedings against the accused. A statement was made without the advice of a lawyer. Later, appellant, at his request, met with his lawyer for a half hour. The next day, appellant informed the investigating constable that he had information to add to his statement. After appellant finished speaking with his lawyer, he and the constable went through the process of completing the “Statement to Person in Authority” form. Appellant indicated that he did not want a lawyer or other adult present. The second statement included an exchange about the plan the appellant and his co-accuseds had to murder a cab driver.

The trial judge excluded the first statement but admitted the second. Appellant unsuccessfully appealed his conviction. He had sought to have the second statement excluded and an acquittal on the basis that on the evidence absent the second statement he ought to have been acquitted.

At issue here were the principles — under the common law, the *Young Offenders Act (YOA)* and s. 10(b) of the *Charter* — that were applicable to determine the admissibility of a statement preceded by a confession ruled inadmissible.

*Held:* The appeal should be allowed.

Although only the admissibility of the second statement was in issue, its admissibility was affected by the grounds for exclusion of the first statement. The latter was excluded as involuntary by the trial judge, a finding which was assumed to be correct by the Court of Appeal. It was necessary to consider its admissibility by reasons of non-compliance with the *YOA* and the *Charter* as well.

A parent is not an alternative to counsel unless the right to counsel is waived. Section 56 *YOA*, which appears to provide that a parent or other adult may be an alternative to counsel, must be interpreted in a manner consistent with both the s. 10(b) *Charter* right to counsel and the provision in s. 11 *YOA* requiring that counsel be available.

The determination of whether or not a young person validly waived his or her s. 10(b) *Charter* right to coun-

mule de déclaration à une personne en autorité requise par l’art. 56 de la *Loi sur les jeunes contrevenants (LJC)*. L’agent a tenté d’expliquer le droit à l’assistance d’un avocat, le droit à la présence d’un adulte et le fait que toute déclaration de l’accusé pourrait servir dans des procédures intentées contre lui. Une déclaration a été faite sans les conseils d’un avocat. Plus tard, à sa propre demande, l’appelant s’est entretenu avec son avocat pendant une demi-heure. Le lendemain, l’appelant a informé l’agent enquêteur qu’il avait des renseignements à ajouter à sa déclaration. Après que l’appelant eut terminé son entretien avec son avocat, lui et l’agent ont rempli la formule de déclaration à une personne en autorité. L’appelant a indiqué qu’il ne souhaitait la présence ni de son avocat ni d’un autre adulte. Au cours de la seconde déclaration, un échange a porté sur le plan que l’appelant et ses coaccusés avaient conçu en vue de tuer un chauffeur de taxi.

Le juge du procès a écarté la première déclaration, tout en admettant la seconde. L’appelant en a appelé sans succès de sa déclaration de culpabilité. Il avait demandé que la seconde déclaration soit écartée et qu’un verdict d’acquiescement soit prononcé pour le motif qu’en l’absence de la seconde déclaration il aurait dû être acquitté, selon la preuve produite.

Le présent litige porte sur les principes — en vertu de la common law, de la *Loi sur les jeunes contrevenants (LJC)* et de l’al. 10b) de la *Charte* — applicables pour déterminer l’admissibilité d’une déclaration précédée d’une confession jugée inadmissible.

*Arrêt:* Le pourvoi est accueilli.

Même si seule l’admissibilité de la seconde déclaration était en cause, les motifs d’exclusion de la première déclaration influaient sur l’admissibilité de la seconde. Le juge du procès a écarté la première déclaration pour le motif qu’elle était involontaire et la Cour d’appel a présumé qu’il avait eu raison de le faire. Il était nécessaire d’en examiner l’admissibilité en raison du non-respect de la *LJC* et de la *Charte*.

Le père ou la mère ne peut remplacer l’avocat à moins qu’il n’y ait renonciation au droit à l’assistance d’un avocat. L’article 56 *LJC*, qui semble permettre que le père ou la mère ou un autre adulte remplace l’avocat, doit être interprété d’une manière compatible avec le droit à l’assistance d’un avocat garanti par l’al. 10b) de la *Charte* et la disposition de l’art. 11 *LJC* qui prescrit l’accessibilité à un avocat.

La réponse à la question de savoir si un adolescent a validement renoncé au droit à l’assistance d’un avocat,



sel is not to be based simply on what the police told the young person, but upon the young person's actual awareness of the consequences of his or her actions. The police need not advise an accused as a matter of course of the maximum penalty he or she might face. The phenomenal difference in potential consequences faced by the young person in youth court as opposed to adult court, however, mandates that a young person be aware of the possibility (where it exists) that he or she will be elevated to adult court, and the potential result of this in terms of stigma and penalty. The particular characteristics of young offenders make extra precautions necessary in affording them the full protection of their *Charter* rights.

Because appellant was neither advised of nor given a reasonable opportunity to exercise his right to counsel either under the *Charter* or the *YOA*, the issue of whether he validly waived that right did not arise. With respect to the first statement, neither appellant nor his great-aunt appreciated the consequences of his act of confession, despite the fact that appellant had had previous dealings with the police. If waiver had been in issue, appellant would not have had sufficient information concerning the extent of his jeopardy to make an informed and valid decision as to whether or not to speak with a lawyer. Accordingly, neither s. 56 *YOA* nor s. 10(b) of the *Charter* were complied with and the first statement was inadmissible on this ground as well.

With respect to the second statement, its admissibility was considered independently of the first statement and in conjunction therewith. The finding that appellant did not waive his right to counsel with respect to the first statement because he was not advised that he might be transferred to adult court had no application to the second statement because the appellant exercised his right to counsel. He asserted, however, that advice concerning transfer was a pre-condition to admissibility. The strict requirements set out in s. 56 concerning the admissibility of statements of a young person to a "person in authority" in proceedings against him or her recognize that young persons generally have a lesser understanding of their legal rights than adults and are less likely to assert and exercise those rights fully when confronted with an authority figure. In addition, ss. 56(1) and 56(2)(a) *YOA*, read together, incorporate the common law relating to the voluntariness of statements made by accused persons, including any special requirements applicable in the case of young persons. An

que lui garantit l'al. 10b) de la *Charte*, doit dépendre non pas uniquement de ce que la police lui a dit, mais de la connaissance réelle qu'il avait des conséquences de ses actes. En temps normal, la police n'a pas à informer un accusé de la peine maximale à laquelle il s'expose. Toutefois, en raison de la différence phénoménale qui existe entre les conséquences possibles du procès d'un adolescent devant un tribunal pour adolescents et celles d'un procès devant un tribunal pour adultes, un adolescent doit être conscient de la possibilité (lorsqu'elle existe) qu'il soit renvoyé devant un tribunal pour adultes, et de l'effet que cela peut avoir sur le plan des stigmates et de la peine qui peuvent en découler. Les caractéristiques propres aux jeunes contrevenants font que certaines précautions supplémentaires sont requises pour leur offrir la pleine protection des droits que leur garantit la *Charte*.

Puisque l'appellant n'a pas été informé de son droit à l'assistance d'un avocat en vertu de la *Charte* ou de la *LJC*, ni eu la possibilité d'exercer ce droit, la question de savoir s'il y a renoncé valablement ne se pose pas. Quant à la première déclaration, ni l'appellant ni sa grand-tante n'avait réalisé les conséquences de sa confession, en dépit du fait que l'appellant avait déjà eu affaire à la police. Si la question de la renonciation s'était posée, l'appellant n'aurait pas disposé, au sujet de l'ampleur du risque qu'il courait, de renseignements suffisants pour décider de manière valide et éclairée s'il devait ou non s'entretenir avec un avocat. Par conséquent, on ne s'est conformé ni à l'art. 56 *LJC* ni à l'al. 10b) de la *Charte* et la première déclaration était inadmissible pour ce motif également.

Quant à la seconde déclaration, son admissibilité a été considérée indépendamment de la première déclaration et conjointement avec celle-ci. La conclusion que l'appellant n'a pas renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat relativement à la première déclaration parce qu'on ne l'avait pas informé de la possibilité d'un renvoi devant un tribunal pour adultes ne s'applique pas à la seconde déclaration parce que l'appellant a exercé son droit à l'assistance d'un avocat. Il a toutefois affirmé qu'un avis au sujet de la possibilité d'un renvoi était une condition sine qua non d'admissibilité. En imposant, à l'art. 56, des conditions strictes relativement à l'admissibilité des déclarations qu'un adolescent a faites à une «personne en autorité» dans des poursuites intentées contre lui, on reconnaît qu'en général les adolescents comprennent moins bien leurs garanties juridiques que les adultes et sont moins susceptibles de les faire valoir et de les exercer pleinement lorsqu'ils sont en présence d'une personne en autorité. En outre, le par. 56(1) et l'al. 56(2)a) *LJC*, pris ensemble, incorporent la common

analysis of the common law with respect to advising a young person over age 14 of the possibility of being tried in adult court demonstrates that this was considered to be an important consideration in determining voluntariness where the statement was tendered in adult court following a successful transfer application

A warning that a young person may be raised to adult court should not be interpreted as an absolute requirement of s. 56 in all cases in which the young person is over the age of 14. Parliament has set out with great precision in s. 56(2)(b) those procedures which it has determined must be complied with in every case in order that a statement made by a young person to a person in authority be admissible against the young person. Those necessary procedures do not include a warning as to the possibility of being raised to adult court. The presence or absence of such a warning is to be considered not as a specific requirement of s. 56(2)(b) but as an aspect of determining whether or not, apart from complying with s. 56(2)(b), the statement was voluntary. In these circumstances, the Court would be hesitant to find that the statement was involuntary independently of the first statement.

The appellant's second statement could be excluded on the grounds that it was involuntary, or was obtained in breach of s. 10(b) of the *Charter* as well as breach of the *YOA*, when considered in conjunction with the first statement.

Under the rules relating to confessions at common law, the admissibility of a confession which had been preceded by an involuntary confession involved a factual determination, based on factors designed to ascertain the degree of connection between the two statements. These included the time span between the statements, advertence to the previous statement during questioning, the discovery of additional incriminating evidence subsequent to the first statement, the presence of the same police officers at both interrogations and other similarities between the two circumstances. A subsequent confession would be involuntary if either the tainting features which disqualified the first confession continued to be present or if the making of the first statement was a substantial factor contributing to the making of the second statement. An explanation of one's rights either by a police officer or counsel may not avail in the face of a strong urge to explain away

law relative au caractère volontaire des déclarations faites par des personnes inculpées, dont toute condition particulière applicable aux adolescents. Une analyse de la common law pour ce qui est d'informer un adolescent âgé de plus de 14 ans de la possibilité qu'il soit jugé devant un tribunal pour adultes démontre que cela était considéré comme un facteur important pour déterminer le caractère volontaire de la déclaration produite devant un tribunal pour adultes à la suite d'une demande de renvoi couronnée de succès.

Il ne faudrait pas interpréter l'art. 56 comme exigeant absolument que, dans tous les cas où l'adolescent est âgé de plus de 14 ans, il soit informé du risque d'être renvoyé devant un tribunal pour adultes. Le législateur a, à l'al. 56(2)(b), énoncé très précisément les conditions qui, selon lui, doivent être remplies dans tous les cas pour que la déclaration d'un adolescent à une personne en autorité soit admissible contre lui. Ces conditions qui doivent être nécessairement remplies n'incluent pas une mise en garde quant à la possibilité d'être renvoyé devant un tribunal pour adultes. L'existence ou l'absence d'une telle mise en garde doit être considérée non pas comme une condition expresse de l'al. 56(2)(b), mais comme un facteur qui sert à déterminer si, indépendamment du respect de l'al. 56(2)(b), la déclaration était volontaire. Dans ces circonstances, la Cour hésiterait à conclure que la déclaration était involontaire indépendamment de la première déclaration.

La seconde déclaration de l'appelant, prise conjointement avec sa première déclaration, pouvait être écartée pour le motif qu'elle était involontaire ou qu'elle avait été obtenue contrairement à l'al. 10(b) de la *Charte* et à la *LJC*.

Selon les règles de common law relatives aux confessions, la détermination de l'admissibilité d'une confession précédée d'une confession involontaire comportait une décision factuelle fondée sur des facteurs destinés à établir le degré de connexité entre les deux déclarations. Ces facteurs comprenaient le délai écoulé entre les déclarations, les allusions à la déclaration antérieure pendant l'interrogatoire, la découverte d'une preuve incriminante supplémentaire après la première déclaration, la présence des mêmes policiers au cours des deux interrogatoires et d'autres similarités entre les deux cas. Une confession subséquente serait involontaire si l'une des caractéristiques ayant vicié la première confession existait toujours ou si la première déclaration était un facteur important qui a incité à faire la seconde déclaration. Il se peut que l'explication que donne un policier ou un avocat des droits que l'on a ne serve à rien devant une invitation pressante à expliquer des éléments incriminants.

incriminating matters in a prior statement. Unless counsel knows that the first statement will be inadmissible, the best advice may not be to say nothing. In most cases, it is unlikely that counsel will be able to say with any assurance that the first statement will be adjudged inadmissible.

Section 56 not only incorporates the common law of voluntariness but also imposes statutory requirements with respect to the right to consultation and the presence of counsel or an adult. The requirement that the explanation as to the accused's rights precede the making of the statement is to ensure that the young person does not relinquish the right to silence except in the exercise of free will in the context of a full understanding and appreciation of his or her rights. A previous statement may operate to compel a further statement notwithstanding explanations and advice belatedly proffered. If, therefore, the successor statement is simply a continuation of the first, or if the first statement is a substantial factor contributing to the making of the second, the condition envisaged by s. 56 has not been attained and the statement is inadmissible. The final basis for exclusion of the second statement is breach of s. 10(b) of the *Charter*. If an inadmissible statement is followed by a further statement which in and of itself involves no *Charter* breach, the admissibility of the latter will be resolved under s. 24(2) of the *Charter*. The presence of a causative relationship is not a requirement in order to trigger a s. 24 analysis.

Here there was not only a close temporal relationship between the statements, but also the second statement was a continuation of the first, and the first statement was a substantial factor leading to the making of the second. The statements were taken less than a day apart by the same officer. There was no evidence that the police in the interval between the two statements had gathered further evidence tending to incriminate appellant to which appellant might be asked to respond. There was also continuous advertence by the police officer throughout the second statement to information given in the first statement. All of the evidence leads to the conclusion that the second statement was a continuation of the first. Communication with counsel did not obviate this conclusion.

Given these findings, the second statement was inadmissible both on the basis of the common law test and the exclusionary language of s. 56. It would also have

minants révélés dans une déclaration antérieure. À moins que l'avocat ne sache que la première déclaration sera inadmissible, il se peut que le meilleur conseil à donner ne soit pas de garder le silence. Dans la plupart des cas, il est peu probable que l'avocat sera en mesure d'affirmer avec certitude que la première déclaration sera jugée inadmissible.

Non seulement l'art. 56 incorpore la common law relative au caractère involontaire, mais encore il impose des conditions relativement au droit à la consultation et à la présence d'un avocat ou d'un adulte. L'exigence que l'explication quant aux droits de l'accusé précède la déclaration a pour but d'assurer que l'adolescent ne renonce à son droit de garder le silence que de son plein gré, tout en comprenant et en réalisant parfaitement les droits qu'il possède. Une déclaration antérieure peut avoir pour effet de forcer à faire une autre déclaration en dépit des explications et des conseils offerts tardivement. Si, par conséquent, la déclaration subséquente constitue une simple continuation de la première, ou si la première déclaration est un facteur important qui a incité à faire la seconde, la condition prévue à l'art. 56 n'a pas été remplie et la déclaration est inadmissible. La seconde déclaration peut enfin être écartée si l'al. 10b) de la *Charte* est violé. Si une déclaration inadmissible est suivie d'une autre qui ne comporte en soi aucune violation de la *Charte*, la question de l'admissibilité de cette autre déclaration sera résolue en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. L'existence d'un lien de causalité n'est pas une condition nécessaire pour déclencher une analyse fondée sur l'art. 24.

En l'espèce, non seulement existait-il un lien temporel étroit entre les deux déclarations, mais encore la seconde déclaration était la continuité de la première, et la première déclaration était un facteur important qui avait incité à faire la seconde. Moins d'un jour séparait les déclarations recueillies par le même agent. Il n'y avait aucune preuve que, pendant la période qui s'était écoulée entre les deux déclarations, la police avait recueilli des éléments de preuve supplémentaires tendant à incriminer l'appellant, et auxquels ce dernier aurait pu être appelé à répondre. En outre, tout au long de la seconde déclaration, le policier a constamment fait allusion aux renseignements communiqués dans la première déclaration. L'ensemble de la preuve amène à conclure que la seconde déclaration était la continuation de la première. La communication avec un avocat n'empêchait pas de tirer cette conclusion.

Compte tenu de ces conclusions, la seconde déclaration était inadmissible à la fois en raison du critère de common law et des conditions d'exclusion de l'art. 56.

been inadmissible under s. 24(2) of the *Charter*, had it been necessary to so rule. Appellant was accordingly acquitted.

#### Cases Cited

**Considered:** *R. v. Smith*, [1991] 1 S.C.R. 714; **referred to:** *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Yensen* (1961), 130 C.C.C. 353; *R. v. D.M. and J.P.* (1980), 58 C.C.C. (2d) 373; *R. v. A.* (1975), 23 C.C.C. (2d) 537; *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; *Hobbins v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 553; *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613; *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980; *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 10(b), 24(2).  
*Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 21(1)(b), (c).  
*Police and Criminal Evidence Act 1984*, 1984 (U.K.), c. 60.  
*Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 3(e), (g), (2), 11, 16, 56(1), (2)(a), (b)(i), (ii).

#### Authors Cited

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 7th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 8 B.C.A.C. 199, 17 W.A.C. 199, 14 W.C.B. (2d) 578, dismissing an appeal from conviction by Metzger Prov. Ct. J. Appeal allowed.

*Steven M. Kelliher*, for the appellant.

*Dirk Ryneveld, Q.C.*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

SOPINKA J. — This appeal concerns the appropriate principles which are applicable to determine the admissibility of a confession which is preceded by a confession that is ruled inadmissible. These

Elle aurait également été inadmissible en vertu du par. 24(2) de la *Charte*, s'il avait été nécessaire de statuer sur ce point. L'appelant a donc été acquitté.

#### a Jurisprudence

**Arrêt examiné:** *R. c. Smith*, [1991] 1 R.C.S. 714; **arrêts mentionnés:** *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Yensen* (1961), 130 C.C.C. 353; *R. c. D.M. and J.P.* (1980), 58 C.C.C. (2d) 373; *R. c. A.* (1975), 23 C.C.C. (2d) 537; *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262; *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376; *Hobbins c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 553; *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613; *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980; *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 10(b), 24(2).  
*Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 21(1)(b), (c).  
*Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 3(e), (g), (2), 11, 16, 56(1), (2)(a), (b)(i), (ii).  
*Police and Criminal Evidence Act 1984*, 1984 (R.-U.), ch. 60.

#### Doctrine citée

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 7th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 8 B.C.A.C. 199, 17 W.A.C. 199, 14 W.C.B. (2d) 578, qui a rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Metzger de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli.

*Steven M. Kelliher*, pour l'appelant.

*Dirk Ryneveld, c.r.*, pour l'intimé.

i Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi porte sur les principes applicables pour déterminer l'admissibilité d'une confession précédée d'une confession jugée inadmissible. Ces principes seront

principles will be examined in connection with three bases on which the first confession may be inadmissible, namely, because:

- (i) it was involuntary;
- (ii) it was obtained without complying with the *Young Offenders Act* ("YOA");
- (iii) it was obtained in breach of s. 10(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* ("Charter").

### Facts

The appellant E.T. was convicted in Youth Court of the second degree murder of a cab driver on October 12, 1988. E.T. was at the time a 16-year-old drop-out who lived with his great-aunt, C.T., a 62-year-old Elder of the Tsawout Band with two years of schooling. Three other persons, two young offenders, A. and L.I.R., and an adult of approximately 23 years, were also implicated in this murder. The adult, Michael Allen, was tried before a judge and jury and convicted of manslaughter. His trial and the appeals therefrom took place prior to commencement of the trial of the young offenders and Allen gave evidence for the Crown at the latter trial. The three young offenders were charged with first degree murder. The Crown's theory was that the death of the cab driver was the intended culmination of a plan to rob a taxi cab driver. The trial judge concluded on a no-evidence motion that with respect to all three accused there was no evidence of first degree murder. The Youth Court judge convicted the appellant and A. of murder in the second degree and L.I.R. of manslaughter.

During the course of the trial, the Crown sought to have admitted as evidence two statements made by E.T. to the police after the killing. The trial judge excluded a first statement made the day of E.T.'s arrest, but admitted a second statement made the next day. The circumstances surrounding the making of the two statements were as follows. On the morning of October 12 (the murder of the

étudiés en fonction de trois motifs pour lesquels la première confession peut être inadmissible:

- (i) elle est involontaire;
- (ii) elle a été obtenue sans qu'on respecte la *Loi sur les jeunes contrevenants* («LJC»);
- (iii) elle a été obtenue en violation de l'al. 10b) de la *Charte canadienne des droits et libertés* («Charte»).

### Les faits

L'appelant E.T. a été déclaré coupable par un tribunal pour adolescents du meurtre au deuxième degré d'un chauffeur de taxi, survenu le 12 octobre 1988. E.T. était, à l'époque, un décrocheur de 16 ans qui vivait avec sa grand-tante C.T., une aînée, âgée de 62 ans, de la bande Tsawout, qui avait deux années de scolarité. Trois autres personnes, à savoir deux jeunes contrevenants, A. et L.I.R., et un adulte âgé d'environ 23 ans, étaient également impliqués dans ce meurtre. L'adulte, Michael Allen, a été jugé par un juge et un jury et déclaré coupable d'homicide involontaire coupable. Son procès et les appels y relatifs ont eu lieu avant que commence le procès des jeunes contrevenants, au cours duquel Allen a témoigné à charge. Les trois jeunes contrevenants ont été accusés de meurtre au premier degré. Suivant la thèse du ministère public, la mort du chauffeur de taxi était l'aboutissement prévu d'un plan destiné à voler un chauffeur de taxi. À la suite d'une requête en non-lieu, le juge du procès a conclu que, relativement aux trois accusés, il n'y avait aucune preuve de meurtre au premier degré. Le juge du tribunal pour adolescents a déclaré l'appelant et A. coupables de meurtre au deuxième degré et L.I.R., coupable d'homicide involontaire coupable.

Pendant le procès, le ministère public a demandé l'admission en preuve de deux déclarations faites par E.T. à la police après l'homicide. Le juge du procès a écarté la première déclaration faite le jour de l'arrestation de E.T., mais il a admis la seconde, faite le lendemain. Les deux déclarations ont été faites dans les circonstances suivantes. Le 12 octobre au matin (le meurtre du

cab driver having taken place in the very early hours of that morning), the appellant was arrested at his home, warned, and his clothes were seized. He asked that his great-aunt, C.T., whom he regarded as his mother, be allowed to come with him and the two were taken to the RCMP station. While en route to the station in the police car, C.T. began searching in her purse for her lawyer's card, and was advised by the police officers that "all of that" would be taken care of at the police station. When they arrived at the station, however, E.T. and his aunt were taken directly to an interview room, and Constable Logan commenced taking a statement from E.T. which lasted some four and a half hours. The statement was preceded by the following exchange which involved the filling out of the Statement to Person in Authority form required by s. 56 of the *Young Offenders Act*:

[Logan] . . . Now um, [E.], I'm gonna do, give you the ah, give you your choices of, of giving a statement to a person in authority, you understand that I'm a person in authority. I've identified myself as Constable Matt LOGAN and um, given you the, the same ah, type of thing at your home, but I'd like to give it to you again and in front of both of you so you understand. . . . First of all um, I'm explaining to you that you, that you're under no obligation to give a statement.

ET Yeah.

[Logan] That any statements that I may give may be used as evidence in proceedings against me. I've been given an opportunity to speak to a lawyer or a parent or in the absence of a parent, the adult relative or in the presence or the absence of a parent or an adult relative, an adult of my own choosing. And you're choice that you gave me at the home would still stay the same that you wish to speak to ah, to me in front of your, in front of your ah, grand-aunt, in front of [C.T.], aye. Ah, do you refer to [C.T.] as mom?

ET Yeah.

chauffeur de taxi ayant été commis très tôt ce matin-là), l'appelant a été arrêté à sa résidence, informé de ses droits et s'est vu saisir ses vêtements. Il a demandé que sa grand-tante C.T., qu'il considérait comme sa mère, puisse l'accompagner et tous deux ont été amenés au poste de la GRC. Pendant qu'ils se dirigeaient vers le poste en voiture de police, C.T. s'est mise à chercher la carte d'affaires de son avocat dans son sac à main et les policiers l'ont alors informée qu'on s'occuperait de «tout ça» au poste de police. Toutefois, à leur arrivée au poste, E.T. et sa tante furent amenés directement dans une salle d'interrogatoire où l'agent Logan a commencé à recueillir la déclaration de E.T., qui a duré environ quatre heures et demie. La déclaration a été précédée de l'échange suivant au cours duquel on a rempli la formule de déclaration à une personne en autorité requise par l'art. 56 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*:

[TRADUCTION]

[Logan] . . . Maintenant euh, [E.], je vais te donner euh, te donner le choix de faire une déclaration à une personne en autorité, tu comprends que je suis une personne en autorité. J'ai dit que j'étais l'agent Matt LOGAN, et euh je t'ai dit le même genre de chose à ta résidence, mais j'aimerais le répéter, devant vous deux, afin que vous compreniez. [. . .] Premièrement euh, je te précise que tu n'es pas obligé de faire une déclaration.

ET Ouais.

[Logan] Que toute déclaration faite par moi pourra servir de preuve dans des poursuites intentées contre moi. Qu'on m'a donné la possibilité de parler à un avocat, à mon père ou à ma mère ou, en l'absence de mon père ou de ma mère, à un parent adulte ou, en la présence ou en l'absence de mon père ou de ma mère ou d'un parent adulte, à un adulte de mon choix. Le choix dont tu m'as fait part à la résidence demeurerait inchangé, tu souhaites toujours me parler en présence de ta grand-tante euh, en présence de [C.T.]. Est-ce que tu appelles [C.T.] ta mère?

ET Ouais.

- [Logan] . . . Okay now ah, out of those choices I wish to speak with one of my parents, I wish to speak with an adult relative or an adult of my own choosing ah, you would circle which one and I'll let you go ahead and do it. *a*
- ET Well (undecipherable).
- [Logan] Your mom um, [C.T.] would be a, an adult of your ah, your choosing, yeah. *b*
- ET (undecipherable).
- [Logan] . . . Relative now, now here it says I have the right to give my statement in the presence ah, of and you circle your choice. You have the right to give in the presence of a lawyer, of a parent or of an adult relative or an adult of your own choosing. And you just circle the person that you would like in the room when you ah, when you give a statement. *d*
- ET I guess one of my parents?
- [Logan] Um . . . probably the presence of an adult relative would be the choice there. Um, [C.T.] is like a parent but she um, we'd have to go with an adult relative. Okay. Um . . . *e*
- ET Sign right here? *f*
- [Logan] Okay, right, I need your signature right there, yeah. And I'll get [C.T.] to sign it too. Just figure out where she should sign it first. *g*
- [C.T. signs and Constable Logan signs.]
- [Logan] . . . I think before we start off ah, you know I understand you're sixteen years of age, you're ah, you know you're just starting out in life. *h*
- ET Yeah.
- [Logan] And um, you know, you've got a long way, long life ahead of you, long ways to go and ah, you'll make a lot of decisions in your life and today is one, is a decision that you have to make on whether to ah, whether to tell us the truth about what happened and ah . . . your truthfulness will make a lot of ah, make a lot of things come clear and ah, *i*
- [Logan] . . . Bon maintenant euh, parmi ces choix, je veux parler à mon père ou à ma mère, je veux parler à un parent adulte ou à un adulte de mon choix euh, tu dois encercler la personne que tu choisis et je te laisse le faire.
- ET Bien (indéchiffrable).
- [Logan] Ta mère euh, [C.T.] serait un adulte euh de ton choix, ouais.
- ET (indéchiffrable).
- [Logan] . . . Parent, maintenant, ici, c'est écrit que j'ai le droit de faire ma déclaration en présence de euh, et tu encercles ton choix. Tu as le droit de la faire en présence d'un avocat, de ton père ou de ta mère, ou encore d'un parent adulte ou d'un adulte de ton choix. Tu n'as qu'à encercler la personne que tu aimerais voir dans la salle au moment euh, au moment où tu feras ta déclaration.
- ET Mon père ou ma mère, je suppose?
- [Logan] Euh [. . .] ce serait probablement la présence d'un parent adulte ici. Euh, [C.T.] est comme ta mère, mais elle euh, nous devrions y aller avec un parent adulte. Bien. Euh . . .
- ET Je signe ici?
- [Logan] C'est ça, j'ai besoin de ta signature là, ouais. Et je vais faire signer [C.T.] également. J'essaie d'abord de voir l'endroit où elle devrait signer.
- [C.T. et l'agent Logan signent tous deux.]
- [Logan] . . . je crois avant de commencer euh, tu sais, je comprends que tu as seize ans, tu euh, tu sais que ta vie commence à peine.
- ET Ouais.
- [Logan] Et euh, tu sais qu'une longue vie se profile devant toi, beaucoup de chemin à parcourir euh, au cours de laquelle tu prendras de nombreuses décisions. Aujourd'hui, c'en est une, tu dois décider de nous dire ou non la vérité sur ce qui s'est produit et euh [. . .] en disant la vérité tu vas euh éclaircir de nombreux points, et cela représentera un évé-

it'll be a major, major thing in your, in your life to, to do that. So what I'd like to ask you ah, [E.], is that ah, is, what you can relate to me about ah, an incident that happened early this morning.

ET Yeah.

After the statement was completed, E.T. and C.T. were driven back to their home where E.T. produced a knife and the keys to the driver's cab. C.T. was told that she was through, and that E.T. would remain in police custody. Constable Logan then took E.T. to visit the scene of the crime after which they returned to the police station. Following the appellant's request, he had an interview in person with his lawyer which lasted half an hour. The next morning, the appellant telephoned Constable Logan and said he remembered some things he had forgotten the day before and wished to add them to his statement. When the Constable arrived at the police station, he found the appellant engaged in a telephone conversation with his lawyer which ended shortly thereafter. When Logan sat down with the appellant, they again went through the filling out of the "Statement to Person in Authority" form and E.T. indicated without prompting that he did not wish to speak to anyone other than Constable Logan or have anyone else present during his statement. Constable Logan also explained to E.T. that if anyone had offered him any hope of advantage or suggested any fear of prejudice with respect to giving this statement, that E.T. should forget about what they had said. The second statement was taken over a relatively short period, and after covering the topics which E.T. had apparently mentioned over the phone, reverted to a discussion of what the youths' plan with respect to the cab driver had been. The second statement included the following exchange:

Q. ... What was the complete plan?

A. [A.] was gonna sit behind the driver and stab him in the neck. . . . I was supposed to sit in the passenger side in the front and just stab when ah . . . [L.I.R.] and [Allen] were to hold the guns to his head.

ment crucial dans ta, dans ta vie. Donc, j'aimerais te demander, [E.], ce que euh, ce que tu peux me dire au sujet euh d'un incident qui est survenu plus tôt ce matin.

ET Ouais.

Une fois la déclaration terminée, E.T. et C.T. furent ramenés à leur résidence où E.T. a exhibé un couteau et les clés du taxi de la victime. C.T. a été informée que sa présence n'était plus nécessaire et que E.T. demeurerait sous la garde de la police. L'agent Logan a alors amené E.T. sur les lieux du crime, après quoi ils sont retournés au poste de police. À sa propre demande, l'appelant a pu s'entretenir en personne avec son avocat pendant une demi-heure. Le matin suivant, l'appelant a téléphoné à l'agent Logan et lui a dit se rappeler certaines choses qu'il avait oubliées la veille et qu'il souhaitait ajouter à sa déclaration. Lorsque l'agent est arrivé au poste de police, il y a trouvé l'appelant en conversation téléphonique avec son avocat, laquelle conversation s'est terminée peu après. Lorsque Logan s'est assis avec l'appelant, ils ont à nouveau rempli la formule de déclaration à une personne en autorité et E.T. a indiqué spontanément qu'il souhaitait ne parler qu'à l'agent Logan ou ne faire sa déclaration en présence de personne d'autre. L'agent Logan a également expliqué à E.T. que, si quelqu'un lui avait fait miroiter un avantage ou laissé entendre qu'il risquait de subir un préjudice s'il faisait une déclaration, il devait oublier cela. La seconde déclaration, relativement brève, a porté sur les sujets que E.T. avait apparemment mentionnés au téléphone, avant de revenir à une discussion sur la teneur du plan des adolescents à l'égard du chauffeur de taxi. L'échange suivant a eu lieu au cours de la seconde déclaration:

[TRADUCTION]

Q. ... Quel était le plan intégral?

R. [A.] devait s'asseoir derrière le conducteur et le poignarder dans le cou, je devais prendre place du côté du passager à l'avant et seulement le poignarder quand euh [ . . . ] [L.I.R.] et [Allen] braqueraient les carabines sur sa tête.



The same statement also included the following question and answer:

Q. ... Was everyone aware and in agreement with the plan to kill the taxi driver?

A. [A.] and [L.] were, Mike and I were I don't know, wondering I guess.

As mentioned above, the trial judge excluded the first statement but admitted the second, and convicted E.T. of second degree murder. The appellant appealed his conviction to the Court of Appeal for British Columbia, seeking to have the second statement excluded, and if successful, he claimed that he would be entitled to an acquittal on the ground that the evidence established his innocence as a principal, and that there was no evidence to support his conviction as an aider or abettor under s. 21(1)(b) and (c) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The Court of Appeal for British Columbia dismissed the appeal.

#### Judgments Below

*Provincial Court* (Metzger, Prov. Ct. J.)

#### Voir Dire on Admissibility of Statements Made by Appellant

The trial judge stated that the statements could only be admitted into evidence if they were voluntary and that voluntariness includes the accused's appreciating the consequences of giving the statement. With young offenders, ss. 11 and 56 *YOA* must also be complied with. The trial judge stated that the reason that a young person is entitled to have an adult with him is that "[t]he young offender needs someone who appreciates what is happening to be there with him to give him advice because the law treats him differently from adult persons". The trial judge found as a fact that C.T. did not understand that E.T. could face life imprisonment, that E.T. did not have to talk to the police, or that she could have stopped the questioning at any time. While stating that Constable Logan

La même déclaration a également comporté les question et réponse suivantes:

[TRADUCTION]

Q. ... Est-ce que chacun était au courant et d'accord avec le plan visant à tuer un chauffeur de taxi?

R. [A.] et [L.] l'étaient, Mike et moi, je ne sais pas, n'en étions pas sûrs, je suppose.

Comme je l'ai mentionné précédemment, le juge du procès a écarté la première déclaration, tout en admettant la seconde, et a déclaré E.T. coupable de meurtre au deuxième degré. L'appelant en a appelé de sa déclaration de culpabilité devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, en demandant que sa seconde déclaration soit écartée et en faisait valoir que, s'il avait gain de cause sur ce point, il aurait droit à un acquittement pour le motif que la preuve établissait son innocence à titre d'auteur principal et qu'il n'y avait aucune preuve justifiant de le déclarer coupable d'avoir aidé ou encouragé quelqu'un à commettre une infraction, au sens des al. 21(1)(b) et c) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a rejeté l'appel.

#### Les juridictions inférieures

*Cour provinciale* (le juge Metzger)

#### Voir-dire sur l'admissibilité des déclarations de l'appelant

Le juge du procès a indiqué que les déclarations ne pouvaient être admises en preuve que si elles étaient volontaires, et que pour qu'elles soient volontaires, il faut notamment que l'accusé en réalise les conséquences. Dans le cas de jeunes contrevenants, il faut également se conformer aux art. 11 et 56 *LJC*. Le juge du procès a déclaré que la raison pour laquelle un adolescent a droit à la présence d'un adulte est que [TRADUCTION] «[l]e jeune contrevenant a besoin que quelqu'un qui réalise ce qui se passe soit avec lui pour lui donner des conseils, parce que la loi le traite différemment d'un adulte». Le juge du procès a tenu pour avéré que C.T. ne comprenait pas que E.T. risquait l'emprisonnement à perpétuité, qu'il n'était pas tenu de parler à la police ou qu'elle aurait pu mettre fin à

behaved in a forthright and proper manner throughout, the trial judge held that the additional steps, which should have been taken in this case given the lack of sophistication of E.T. and C.T., would have been to say something like the following:

'C.T.', 'E.' could go to prison for life if he confesses to me. Do you understand that he can be convicted of murder in adult court if he was in the taxi and even if he did not even touch the taxi driver? 'C.T.', I urge you to talk to a lawyer. Now, do you appreciate what may happen to 'E.T.'? Do you still want to talk to me?

The trial judge held that although E.T. was given his *Charter* and *YOA* rights, there were no threats or promises made to him, he had had previous dealings with the police, and this was a first degree murder case, the first statement made by E.T. should be excluded as he did not appreciate the consequences of his act of confession when he made this statement to the police. The trial judge concluded, however, that the second statement made by E.T. "is admissible as the defect of not appreciating the consequences of his acts was cured by his consultation with a lawyer before he gave that statement".

### Judgment on Conviction

The entirety of Metzger Prov. Ct. J.'s judgment on conviction reads as follows:

I have considered all of the evidence properly before me along with the arguments of counsel and including the consumption of alcohol and the aspect of intent, and I make the following findings if each of you would stand, please, gentlemen:

You, [E.T.], I find guilty of second degree murder; [A.], I find you guilty of second degree murder; and, [L.], guilty of manslaughter.

l'interrogatoire en tout temps. Bien qu'il estime que l'agent Logan se soit conduit d'une manière franche et convenable tout au long de l'interrogatoire, le juge du procès a conclu que les autres mesures, qui auraient dû être prises, dans cette affaire, pour pallier le manque de raffinement de E.T. et de C.T., auraient pu consister à dire quelque chose comme:

[TRADUCTION] «C.T.», «E.» risque l'emprisonnement à perpétuité s'il se confesse à moi. Comprenez-vous qu'il peut être déclaré coupable de meurtre devant un tribunal pour adultes s'il prenait place dans le taxi, et ce, même s'il n'a pas touché le chauffeur de taxi? C.T., j'insiste pour que vous consultiez un avocat. Maintenant, comprenez-vous ce qui peut arriver à E.T.? Désirez-vous toujours me parler?

Le juge du procès a statué que, bien que E.T. ait été avisé des droits qui lui sont garantis par la *Charte* et la *LJC*, qu'il n'ait fait l'objet d'aucune menace et qu'on ne lui ait rien promis, qu'il ait déjà eu affaire à la police et qu'il se soit agit d'un meurtre au premier degré, la première déclaration de E.T. devait être écartée étant donné qu'il ne réalisait pas les conséquences de sa confession lorsqu'il l'a faite à la police. Le juge du procès a cependant conclu que la seconde déclaration de E.T. [TRADUCTION] «est admissible puisqu'il a remédié à son défaut de réaliser les conséquences de ses actes en consultant un avocat avant de faire cette déclaration».

### Jugement de culpabilité

Le jugement intégral de culpabilité prononcé par le juge Metzger de la Cour provinciale se lit ainsi:

[TRADUCTION] J'ai examiné l'ensemble de la preuve produite régulièrement devant moi, de même que les arguments des avocats, concernant notamment la consommation de boissons alcoolisées et l'intention, et je conclus ce qui suit, si chacun de vous veut bien se lever, je vous en prie messieurs:

[E.T.], je vous déclare coupable de meurtre au deuxième degré; [A.], je vous déclare coupable de meurtre au deuxième degré, et [L.], je vous déclare coupable d'homicide involontaire coupable.

*Court of Appeal, R. v. L.R.I. and E.T.* (1991), 8 B.C.A.C. 199 (Toy, Proudfoot and Goldie JJ.A.)

Goldie J.A. accepted the Crown's concession that the trial judge was correct to exclude the first statement, but commented that this did not mean he agreed with the trial judge's reasons for doing so. With regard to the trial judge's finding that the constable should have explained to E.T. the possibility of life imprisonment if he were raised to adult court, Goldie J.A. was of the view, at p. 207, that:

Requiring a police officer to explain the potential consequences of the charge facing a young offender may very well cause a number of difficult problems. The potential disadvantages are not confined to the additional burden it places on the police officer.

Goldie J.A. concluded that the trial judge was correct to admit the second statement because E.T. had spoken to a lawyer prior to making it. He stated that although the trial judge could not guess what advice E.T. received from his lawyer, it offended common sense to assume that E.T. did not tell his lawyer of his choice to talk to Constable Logan again, and that it would be destructive of solicitor-client relationships if the trial judge accepted that E.T. had not discussed his decision with his lawyer.

Goldie J.A. added that when the case against the appellant was examined in light of the second statement, the basis for a conviction of second degree murder becomes clear. He added at p. 208:

Allen's evidence confined the stabbing to A. Unlike L.R.I., however, there were blood stains on E.T.'s clothes which might have been taken by the trier of fact to confirm the thrust of E.T.'s statement. In short, the trier of fact could have concluded that E.T. and A. shared an intention which culminated in the death of the cab driver who responded to the call made at 5:35 a.m. and that E.T. either actively participated or aided and abetted A. in the execution of that intention.

*Cour d'appel, R. c. L.R.I. and E.T.* (1991), 8 B.C.A.C. 199 (les juges Toy, Proudfoot et Goldie)

Le juge Goldie a accepté la reconnaissance du ministère public que le juge du procès a eu raison d'écarter la première déclaration, mais il a fait observer que cela ne signifiait pas qu'il souscrivait aux raisons du juge du procès de le faire. Quant à la conclusion de ce dernier que l'agent aurait dû expliquer à E.T. qu'il risquait l'emprisonnement à perpétuité s'il était renvoyé devant un tribunal pour adultes, le juge Goldie s'est dit d'avis, à la p. 207, que:

[TRADUCTION] Exiger qu'un policier explique les conséquences éventuelles d'une accusation portée contre un jeune contrevenant risque fort de causer certaines difficultés. Les inconvénients possibles ne se limitent pas au fardeau supplémentaire qui incombe alors au policier.

Le juge Goldie a conclu que le juge du procès avait admis à juste titre la seconde déclaration puisque E.T. avait parlé à un avocat avant de la faire. Il a affirmé que, même si le juge du procès ne pouvait deviner quel conseil E.T. avait reçu de son avocat, il était absurde de présumer que E.T. n'avait pas informé ce dernier de sa décision de parler de nouveau à l'agent Logan, et il a précisé que la relation procureur-client serait anéantie si le juge du procès acceptait que E.T. n'a pas discuté de sa décision avec son avocat.

Le juge Goldie a ajouté que, si la preuve qui pèse contre l'appellant est examinée en fonction de la seconde déclaration, le motif de prononcer une déclaration de culpabilité de meurtre au second degré devient clair. Il ajoute, à la p. 208:

[TRADUCTION] Le témoignage d'Allen limitait à A. l'agression à coups de couteau. À la différence de L.R.I., toutefois, il y avait sur les vêtements de E.T. des taches de sang que le juge des faits aurait pu considérer comme confirmant la portée de la déclaration de E.T. Bref, le juge des faits aurait pu conclure que E.T. et A. partageaient une intention ayant abouti à la mort du chauffeur de taxi qui a répondu à l'appel fait à 5 h 35, et que E.T. a participé activement à l'exécution de cette intention ou qu'il a aidé et encouragé A. à l'exécuter.

Toy J.A. (Concurring reasons)

In concurring with the reasons of Goldie J.A., Toy J.A. commented on the need for more adequate reasons for the convictions by the Youth Court judge in the circumstances of this case.

The Issues

It should be noted that it is only the second of the two statements given by E.T. to the police which is at issue on this appeal. The first statement was excluded by the trial judge because he was of the view neither E.T. nor his great-aunt, C.T., understood the consequences of E.T.'s confession to the police or the full extent of the jeopardy in which he found himself. The Court of Appeal assumed that the first statement had been properly excluded (and indeed the Crown did not dispute its exclusion on appeal) but Goldie J.A. made it clear that this assumption did not mean that he agreed with the trial judge's reasons for excluding the statement. The Crown likewise did not seek to reopen the analysis of the first statement in this Court. As did the Court of Appeal, I am prepared to assume the correctness of the finding of the trial judge that the first statement was inadmissible because it was involuntary. In view of the fact that the admissibility of the second statement depends on the reasons for the inadmissibility of the first statement, I will consider whether it was inadmissible, as well, by reason of non-compliance with the *Charter* and the *YOA*. I will then deal with the admissibility of the second statement.

Requirements of the Charter and the Young Offenders Act

Section 10(b) of the *Charter* provides that "[e]veryone has the right on arrest or detention . . . (b) to retain and instruct counsel without delay and to be informed of that right". Likewise, s. 11 *YOA* requires that all young persons arrested or detained under the Act have "the right to retain and instruct counsel without delay at any stage of proceedings against [them]" and that they shall be advised of

Le juge Toy (motifs concordants)

En souscrivant aux motifs du juge Goldie, le juge Toy a fait des commentaires sur la nécessité que le juge du tribunal pour adolescents justifie les déclarations de culpabilité par des motifs plus satisfaisants dans les circonstances de la présente affaire.

b Les questions en litige

Il y a lieu de noter que seule la seconde des deux déclarations faites par E.T. à la police est en cause dans le présent pourvoi. Le juge du procès a écarté la première déclaration parce qu'il était d'avis que ni E.T. ni sa grand-tante C.T. ne réalisait les conséquences de la confession de E.T. à la police ou toute l'ampleur du risque que courait E.T. La Cour d'appel a tenu pour acquis que la première déclaration avait été écartée à juste titre (et, en fait, le ministère public n'a pas contesté cette exclusion en appel), mais le juge Goldie a précisé qu'il ne fallait pas en conclure pour autant qu'il était d'accord avec les motifs du juge du procès d'exclure la déclaration. Le ministère public n'a pas cherché lui non plus à reprendre l'analyse de la première déclaration devant notre Cour. À l'instar de la Cour d'appel, je suis disposé à considérer comme juste la conclusion du juge du procès, selon laquelle la première déclaration était inadmissible parce qu'elle était involontaire. Puisque l'admissibilité de la seconde déclaration dépend des motifs d'inadmissibilité de la première déclaration, j'examinerai si celle-ci était également inadmissible pour cause de non-respect de la *Charte* et de la *LJC*. J'examinerai ensuite l'admissibilité de la seconde déclaration.

h Conditions de la Charte et de la Loi sur les jeunes contrevenants

L'alinéa 10b) de la *Charte* prévoit que «[c]hacun 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». De même, l'art. 11 *LJC* exige que tout adolescent qui a été arrêté ou détenu en vertu de la Loi ait «le droit d'obtenir sans retard les services d'un avocat à toute phase des poursuites intentées contre lui»,

this right “forthwith on [their] arrest or detention” and “be given an opportunity to obtain counsel”. Section 56 then imposes further obligations upon the police in respect of taking statements from young persons, including the obligation to allow the young person to consult with a parent, adult relative or other adult or a lawyer and to have that person present when making the statement. Section 56 provides explicitly that if its requirements are not complied with, then the statement is inadmissible.

In this case, the officer purported to comply with the *Charter* and the *YOA* by advising the appellant that he had the right to a reasonable opportunity to speak to either a lawyer or a parent or, in the absence of a parent, another adult of his choosing. The trial judge accepted this as a compliance with both the *Charter* and the *YOA*. I disagree. While s. 56 appears to provide that a parent or other adult is an alternative to counsel, s. 11 does not. How is this apparent conflict resolved? In my view, s. 56 cannot be interpreted in a manner that derogates from the mandatory requirement in s. 11. If so interpreted, s. 56 would purport to reduce the constitutional right of an accused young person under s. 10(b) of the *Charter*. This it cannot do and s. 56 should therefore be interpreted in a manner that is consistent with s. 10(b) of the *Charter* and with s. 11 *YOA*. The only interpretation of s. 56 which is consistent with both s. 10(b) of the *Charter* and s. 11 *YOA* is that a parent is not an alternative to counsel unless the right to counsel is waived.

E.T. was not advised of his independent right to counsel and therefore it cannot be said that he waived the right. In any event, apart from this omission, it is my view that that waiver would not have been valid in the circumstances of this case. In this regard, I accept the submission of counsel for the appellant that if waiver is to be relied upon in these circumstances, the young person cannot be presumed to know the extent of his or her jeopardy and must be advised that an application may be made to have the case tried in adult court under s.

qu’il soit avisé de ce droit «dès son arrestation ou sa mise en détention» et qu’il lui soit «donné l’occasion de retenir les services d’un avocat». L’article 56 impose à la police d’autres obligations pour ce qui est de recueillir des déclarations faites par des adolescents, dont celle de permettre à l’adolescent de consulter soit son avocat soit son père ou sa mère, soit un parent adulte ou un autre adulte, et de faire sa déclaration en présence de cette personne. L’article 56 prévoit expressément que, si ces conditions ne sont pas remplies, la déclaration est inadmissible.

En l’espèce, le policier entendait respecter la *Charte* et la *LJC* en informant l’appelant de son droit à la possibilité de parler soit à un avocat, soit à son père ou à sa mère ou, en l’absence de son père ou de sa mère, à un autre adulte de son choix. Le juge du procès a convenu qu’il avait ainsi respecté tant la *Charte* que la *LJC*. Je ne suis pas d’accord. Alors que l’art. 56 semble permettre que le père ou la mère ou un autre adulte remplace l’avocat, l’art. 11 n’en fait rien. Comment résoudre ce conflit apparent? À mon avis, on ne saurait interpréter l’art. 56 d’une manière qui déroge à la condition impérative de l’art. 11. S’il était ainsi interprété, l’art. 56 serait censé réduire le droit que l’al. 10b) de la *Charte* garantit à un adolescent accusé. Ce ne saurait être le cas et l’art. 56 devrait donc être interprété d’une manière compatible avec l’al. 10b) de la *Charte* et l’art. 11 *LJC*. La seule interprétation de l’art. 56 qui soit compatible à la fois avec l’al. 10b) de la *Charte* et l’art. 11 *LJC* est que le père ou la mère ne peuvent remplacer l’avocat à moins qu’il n’y ait renonciation au droit à l’assistance d’un avocat.

E.T. n’a pas été informé de son droit distinct à l’assistance d’un avocat et c’est pourquoi on ne saurait dire qu’il a renoncé à ce droit. Quoi qu’il en soit, indépendamment de cette omission, j’estime que cette renonciation n’aurait pas été valide dans les circonstances de la présente affaire. À cet égard, je retiens l’argument de l’avocat de l’appelant selon lequel, si la renonciation doit être invoquée dans ces circonstances, on ne peut présumer que l’adolescent connaît l’ampleur du risque qu’il court et il faut l’informer qu’une demande peut

16 YOA and that the result of such an application is that the appellant would face up to life imprisonment rather than the three-year maximum under the YOA. Such an application was, in fact, made here and was successful at first instance but reversed on appeal.

The right of the accused to know the extent of his or her jeopardy in the context of the s. 10(b) right to counsel was discussed by this Court in *R. v. Smith*, [1991] 1 S.C.R. 714, a case in which the police had failed to advise the accused that his shooting victim had died. McLachlin J., for the Court, summarized the law in this area as follows, at pp. 726-27:

In Canada, we have adopted a different approach [than that in the United States]. We take the view that the accused's understanding of his situation is relevant to whether he has made a valid and informed waiver. This approach is mandated by s. 10(a) of the *Charter*, which gives the detainee the right to be promptly advised of the reasons for his or her detention. It is exemplified by three related concepts: (1) the "tainting" of a warning as to the right to counsel by lack of information; (2) the idea that one is entitled to know "the extent of one's jeopardy"; and (3) the concept of "awareness of the consequences" developed in the context of waiver.

McLachlin J. went on to conclude that in the circumstances of the case, the accused must have been aware that he had been involved in a most serious crime and, particularly, that his victim had likely died. Thus, he was possessed of sufficient information as to make a valid decision whether or not to exercise his right to counsel.

Applying these principles to the young offender context, it seems to me that the phenomenal difference in potential consequences faced by the young person in youth court as opposed to adult court mandates that a young person be aware of the possibility (where it exists) that he or she will be elevated to adult court, and the potential result of this

être faite, en vertu de l'art. 16 *LJC*, pour que l'affaire soit jugée par un tribunal pour adultes, et qu'une telle demande aurait pour résultat de l'exposer à une peine d'emprisonnement à perpétuité plutôt qu'au maximum de trois ans prévu par la *LJC*. Cette demande, qui a été faite en l'espèce, a été accueillie en première instance, puis rejetée en appel.

Le droit de l'accusé de connaître l'ampleur du risque qu'il court dans le contexte du droit à l'assistance d'un avocat garanti par l'al. 10b) a été analysé par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Smith*, [1991] 1 R.C.S. 714. Dans cette affaire, la police avait omis d'aviser l'accusé que la personne sur laquelle il avait fait feu était décédée. Le juge McLachlin résume ainsi, au nom de notre Cour, le droit applicable dans ce domaine, aux pp. 726 et 727:

Au Canada, nous avons adopté une position différente [de celle des États-Unis]. Nous sommes d'avis que la compréhension par l'accusé de sa situation est pertinente pour déterminer s'il a fait une renonciation valide et éclairée. Cette position est dictée par l'al. 10a) de la *Charte*, qui accorde au détenu le droit d'être avisé sans délai des motifs de sa détention. Elle est illustrée par trois concepts connexes: 1) l'invalidité d'un avertissement relatif au droit à l'assistance d'un avocat tenant au manque de renseignements; 2) l'idée qu'une personne a le droit de connaître «l'ampleur du risque qu'elle court»; et 3) le concept de la «connaissance des conséquences» élaboré dans le contexte de la renonciation.

Le juge McLachlin conclut ensuite que, dans les circonstances de l'affaire, l'accusé devait savoir qu'il avait été impliqué dans un crime des plus graves et, particulièrement, que sa victime était probablement décédée. Il possédait donc suffisamment de renseignements pour décider valablement s'il devait ou non exercer son droit à l'assistance d'un avocat.

Si on applique ces principes au cas d'un jeune contrevenant, il me semble qu'en raison de la différence phénoménale qui existe entre les conséquences possibles du procès d'un adolescent devant un tribunal pour adolescents et celles d'un procès devant un tribunal pour adultes, un adolescent doit être conscient de la possibilité (lors-

in terms of stigma and penalty. In the present case, this means that E.T. should have been advised that the Crown might apply to have E.T. tried in adult court and that the maximum penalty which he might face, given that a death was involved, is life imprisonment without parole for 25 years. As McLachlin J. noted in *Smith*, however, the determination of whether or not a young person validly waived his or her s. 10(b) right to counsel is not to be based simply on what the police told the young person, but upon the young person's actual awareness of the consequences of his or her actions. In the present case, the trial judge concluded after hearing the testimony that, with respect to the first statement, neither E.T. nor his great-aunt appreciated the consequences of his act of confession, despite the fact that E.T. had had previous dealings with the police.

This is not to say that in the normal course, it is necessary that the police advise an accused of the maximum penalty he or she might face. In my view the particular characteristics of young offenders make extra precautions necessary in affording them the full protection of their *Charter* rights.

With respect to the first statement, of course, I have already said that E.T. was neither advised of nor given a reasonable opportunity to exercise his right to counsel either under the *Charter* or the *YOA*, and thus the issue of whether he validly waived that right does not arise. If waiver were in issue, however, I would have found that E.T. did not have sufficient information concerning the extent of his jeopardy to make an informed and valid decision as to whether or not to speak with a lawyer. Accordingly, s. 56 was not complied with and the first statement was inadmissible. It follows from what I have said that there was a failure to comply with s. 10(b) of the *Charter* in addition to non-compliance with s. 56 *YOA*. The result of the total failure to comply with s. 10(b) was that a con-

qu'elle existe) qu'il soit renvoyé devant un tribunal pour adultes, et de l'effet que cela peut avoir sur le plan des stigmates et de la peine qui peuvent en découler. Dans la présente affaire, cela signifie que E.T. aurait dû être informé de la possibilité que le ministère public demande qu'il soit jugé par un tribunal pour adultes et que, parce qu'un décès avait été causé, il risquait la peine maximale d'emprisonnement à perpétuité, sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 25 ans. Toutefois, comme le juge McLachlin l'a fait remarquer dans l'arrêt *Smith*, la réponse à la question de savoir si un adolescent a validement renoncé au droit à l'assistance d'un avocat, que lui garantit l'al. 10b), doit dépendre non pas uniquement de ce que la police lui a dit, mais de la connaissance réelle qu'il avait des conséquences de ses actes. En l'espèce, le juge du procès a conclu, après avoir entendu les témoignages, que, relativement à la première déclaration, ni E.T. ni sa grand-tante n'avaient réalisés les conséquences de sa confession, en dépit du fait que E.T. avait déjà eu affaire à la police.

Cela ne revient pas à dire qu'en temps normal la police doit informer un accusé de la peine maximale à laquelle il s'expose. À mon avis, les caractéristiques propres aux jeunes contrevenants font que certaines précautions supplémentaires sont requises pour leur offrir la pleine protection des droits que leur garantit la *Charte*.

Quant à la première déclaration, évidemment, j'ai déjà affirmé que E.T. n'avait pas été informé de son droit à l'assistance d'un avocat en vertu de la *Charte* ou de la *LJC*, ni eu la possibilité d'exercer ce droit, et que la question de savoir s'il y a renoncé validement ne se pose donc pas. Si toutefois la question de la renonciation s'était posée, j'aurais conclu que E.T. ne disposait pas, au sujet de l'ampleur du risque qu'il courait, de renseignements suffisants pour décider de manière valide et éclairée s'il devait ou non s'entretenir avec un avocat. Par conséquent, les dispositions de l'art. 56 n'ont pas été respectées et la première déclaration était inadmissible. Ainsi, d'après ce que j'ai dit, on ne s'est conformé ni à l'al. 10b) de la *Charte* ni à l'art. 56 *LJC*. L'omission totale de se conformer à

fession was obtained from a young person who was conscripted against himself. Admission of the statement would have affected the fairness of the trial and its rejection was mandated on any view of the *Collins* factors (*R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265).<sup>a</sup>

This takes me to the admissibility of the second statement. I will address this question from two aspects:

- (1) Was it admissible when considered independently of the first statement and the circumstances surrounding it?
- (2) Was it admissible when considered in conjunction with the first statement?<sup>c</sup>

#### *The Second Statement*

##### (1) Admissibility Independent of First Statement

Prior to the making of the second statement, E.T. had had a half-hour interview in person with his lawyer and also spoke with his lawyer on the telephone immediately before making the second statement. He had therefore exercised his right to counsel, and the provisions of s. 56 as interpreted above were complied with. My finding that E.T. did not waive his right to counsel with respect to the first statement because he was not advised that he might be transferred to adult court has no application to the second statement. But counsel for the appellant forcefully contended that apart from its role with respect to waiver, discussed above, the obligation under s. 56 to advise a young person of the possibility of being raised to adult court is a pre-condition of admissibility. If this is so and a young person must be expressly advised of this possibility by the police, whether or not the young person has had the advice of counsel, then the second statement should also have been excluded. This raises the question as to whether s. 56, either by its express language or by implication in incorporating the common law doctrine of voluntariness, makes it mandatory that a young person be advised that he or she may be transferred to adult court prior to the taking of a statement. If so, then clearly this obligation was not met in this case, and

l'al. 10b) a permis d'obtenir une confession d'un adolescent mobilisé contre lui-même. L'admission de cette déclaration aurait nui à l'équité du procès et il fallait la rejeter quelle que soit la façon d'interpréter les facteurs énoncés dans l'arrêt *Collins* (*R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265).

Cela m'amène à la question de l'admissibilité de la seconde déclaration, que je vais aborder sous deux angles:

- 1) Était-elle admissible indépendamment de la première déclaration et des circonstances l'entourant?
- 2) Était-elle admissible, si elle était prise conjointement avec la première déclaration?<sup>b</sup>

#### *La seconde déclaration*

##### 1) Admissibilité indépendamment de la première déclaration<sup>d</sup>

Avant de faire sa seconde déclaration, E.T. s'est entretenu en personne avec son avocat pendant une demi-heure et il lui a également parlé au téléphone immédiatement avant de la faire. Il avait donc exercé son droit à l'assistance d'un avocat et les dispositions de l'art. 56, telles qu'elles ont été interprétées ci-dessus, ont été respectées. Ma conclusion que E.T. n'a pas renoncé à son droit à l'assistance d'un avocat relativement à la première déclaration parce qu'on ne l'avait pas informé de la possibilité d'un renvoi devant un tribunal pour adultes ne s'applique pas à la seconde déclaration. L'avocat de l'appelant a toutefois prétendu avec vigueur qu'indépendamment de son rôle quant à la renonciation, analysé précédemment, l'obligation qu'impose l'art. 56 d'aviser un adolescent de la possibilité qu'il soit renvoyé devant un tribunal pour adultes est une condition sine qua non d'admissibilité. À supposer que ce soit le cas et qu'un adolescent doive être expressément informé de cette possibilité par la police, peu importe qu'il ait été ou non conseillé par un avocat, la seconde déclaration aurait donc dû également être écartée. Se pose alors la question de savoir si l'art. 56, soit expressément, soit implicitement par incorporation de la règle de common law du caractère volontaire, requiert nécessairement qu'un adolescent soit



it would be necessary to consider whether this deficiency was rectified by E.T.'s consultation with counsel prior to making the second statement.

Section 56 sets out strict requirements which must be complied with in order to render a statement made by a young person to a "person in authority" admissible in proceedings against him or her. The rationale for this lies in Parliament's recognition that young persons generally have a lesser understanding of their legal rights than do adults and are less likely to assert and exercise fully those rights when confronted with an authority figure. The requirements in s. 56(2)(b) reflect this concern; a young person is given the right to consult with a parent or other adult as well as the right to counsel upon arrest or detention, and is entitled to have a lawyer or a parent or other adult present when making a statement. The young person must also be specifically told prior to the taking of any statement, in language appropriate to his or her level of understanding, that he or she is under no obligation to make a statement and that anything said may be used as evidence in proceedings against him or her.

There is no express requirement in s. 56(2)(b) that a young person over the age of 14 be warned of the possibility of being raised to adult court. The initial inference to be drawn from this omission is that Parliament did not feel that such a warning should be an absolute requirement in every case. However, there are a number of ways in which this requirement may be seen to have been incorporated into s. 56. First, the requirement in s. 56(2)(b)(ii) that the young person be advised that "any statement given by him may be used as evidence in proceedings against him" could be seen to require by inference that the young person be told what the "proceedings against him" may consist of, at least where there may be special proceedings such as a trial in adult court. Such an

informé du risque d'être renvoyé devant un tribunal pour adultes avant que soit recueillie sa déclaration. Dans l'affirmative, cette obligation n'a manifestement pas été remplie en l'espèce et il serait nécessaire de vérifier si ce défaut a été corrigé par le fait que E.T. a consulté son avocat avant de faire sa seconde déclaration.

L'article 56 impose certaines conditions strictes qu'il faut respecter pour que la déclaration d'un adolescent à une «personne en autorité» soit admissible dans des poursuites intentées contre lui. Cela s'explique par le fait que le législateur reconnaît qu'en général les adolescents comprennent moins bien leurs garanties juridiques que les adultes et sont moins susceptibles de les faire valoir et de les exercer pleinement lorsqu'ils sont en présence d'une personne en autorité. Les conditions énoncées à l'al. 56(2)(b) reflètent cette préoccupation; l'adolescent se voit conférer le droit de consulter son père ou sa mère ou un autre adulte, de même que le droit à l'assistance d'un avocat dès son arrestation ou sa mise en détention, et il a le droit de faire sa déclaration en présence d'un avocat, de son père ou sa mère ou d'un autre adulte. Avant de faire une déclaration, l'adolescent doit également être expressément informé en des termes adaptés à son degré de compréhension qu'il n'est pas obligé de faire une déclaration et que tout ce qu'il dit pourra servir de preuve dans des poursuites intentées contre lui.

L'alinéa 56(2)(b) ne requiert pas expressément que l'adolescent âgé de plus de 14 ans soit informé de la possibilité d'un renvoi devant un tribunal pour adultes. Il faut inférer initialement de cette omission que le législateur n'a pas jugé qu'une telle mise en garde devrait constituer une condition absolue dans tous les cas. Toutefois, il y a un certain nombre de façons de considérer que cette condition a été incorporée à l'art. 56. D'abord, la condition du sous-al. 56(2)(b)(ii) voulant que l'adolescent soit informé que «toute déclaration par lui faite pourra servir de preuve dans les poursuites intentées contre lui» pourrait être considérée comme exigeant implicitement que l'on dise à cet adolescent ce en quoi peuvent consister les «poursuites intentées contre lui», du moins lorsqu'il peut

interpretation would somewhat strain the wording of s. 56(2)(b)(ii), however, since the purpose of this part of the caution, in conjunction with that in s. 56(2)(b)(i), appears to be simply to advise of the right to silence and that any statements made may be used against the young person.

More importantly, s. 56(2)(a) provides that, along with the requirement of the specific procedures in s. 56(2)(b), the statement must be voluntary. Further, s. 56(1) provides that subject to the specific requirements of the rest of the section, the law relating to the admissibility of statements made by persons accused of committing offences applies in respect of young persons. The effect of these two subsections is clearly to incorporate the common law relating to the voluntariness of statements made by accused persons, including any special requirements applicable in the case of young persons. An analysis of the common law with respect to advising a young person over age 14 of the possibility of being tried in adult court demonstrates that this was considered to be an important consideration in determining voluntariness where the statement was tendered in adult court following a successful transfer application (*R. v. Yensen* (1961), 130 C.C.C. 353 (Ont. H.C.)). In *Yensen*, McRuer C.J.H.C. stated at p. 358 that while he did not have to decide the case on this ground (the young person not having been properly warned as to his right to remain silent), he had "very grave doubts" as to the right to use the statement of a juvenile in adult court "unless great care is taken to give a full explanation to the accused that that is the course that events might take." Likewise, in cases where, as here, the statement was only offered as evidence in youth court, the absence of such a warning was held to be an important factor in determining whether or not the statements were voluntary (*R. v. D.M. and J.P.* (1980), 58 C.C.C. (2d) 373 (Ont. Prov. Ct.); *R. v. A.* (1975), 23 C.C.C. (2d) 537 (Alta. S.C.T.D.)). It is important to note, however, that in none of the above cases was it held to be a hard and fast rule in all cases that a young person over 14 years of age

y avoir des procédures spéciales comme un procès devant un tribunal pour adultes. Toutefois, une telle interprétation forcerait quelque peu le sens du sous-al. 56(2)(b)(ii), puisque cette partie de la mise en garde, prise conjointement avec celle du sous-al. 56(2)(b)(i), paraît avoir simplement pour objet d'informer l'adolescent qu'il a droit de garder le silence et que toute déclaration qu'il fait peut être utilisée contre lui.

b

Qui plus est, outre les conditions précises imposées à l'al. 56(2)(b), l'al. 56(2)(a) prévoit que la déclaration doit être volontaire. Par ailleurs, le par. 56(1) prévoit que, sous réserve des conditions précisées dans le reste de l'article, les règles de droit concernant l'admissibilité des déclarations faites par des personnes inculpées s'appliquent aux adolescents. Ces deux paragraphes ont manifestement pour effet d'incorporer la common law relative au caractère volontaire des déclarations faites par des personnes inculpées, dont toute condition particulière applicable aux adolescents. Une analyse de la common law pour ce qui est d'informer un adolescent âgé de plus de 14 ans de la possibilité qu'il soit jugé devant un tribunal pour adultes démontre que cela était considéré comme un facteur important pour déterminer le caractère volontaire de la déclaration produite devant un tribunal pour adultes à la suite d'une demande de renvoi couronnée de succès (*R. c. Yensen* (1961), 130 C.C.C. 353 (H.C. Ont.)). Dans l'arrêt *Yensen*, le juge en chef McRuer a affirmé, à la p. 358, que, même s'il n'avait pas à trancher l'affaire en se fondant sur ce motif (l'adolescent n'ayant pas été régulièrement avisé de son droit de garder le silence), il éprouvait [TRADUCTION] «des doutes très sérieux» quant au droit d'utiliser la déclaration d'un adolescent devant un tribunal pour adultes, [TRADUCTION] «à moins de bien prendre soin d'expliquer complètement à l'accusé que c'est ce qui risque de se produire». De même, dans les cas où, comme en l'espèce, la déclaration n'a été produite en preuve que devant un tribunal pour adolescents, on a jugé que l'absence d'une telle mise en garde était un facteur important pour déterminer si les déclarations étaient volontaires ou non (*R. c. D.M. and J.P.* (1980), 58 C.C.C. (2d) 373 (C. prov. Ont.); *R. c. A.* (1975), 23 C.C.C. (2d) 537 (C.S.C.-B. 1<sup>re</sup> inst.)). Il

c

d

e

f

g

h

i

j

be warned that they could be raised to adult court. Rather, the presence or absence of such a warning was one factor to be considered in determining whether the statement was voluntary.

In my view, though, a warning that a young person may be raised to adult court should not be interpreted as an absolute requirement of s. 56 in all cases in which the young person is over the age of 14. Parliament has set out with great precision in s. 56(2)(b) those procedures which it has determined must be complied with in every case in order that a statement made by a young person to a person in authority be admissible against the young person. Those necessary procedures do not include a warning as to the possibility of being raised to adult court. In my view, therefore, the presence or absence of such a warning is to be considered not as a specific requirement of s. 56(2)(b) but as an aspect of determining whether or not, apart from complying with s. 56(2)(b), the statement was voluntary.

I have already stated that a valid waiver of the right to counsel in s. 10(b) or s. 56 can only be made where a young person is aware of the consequences of his or her actions, including the possibility of being raised to adult court. Here, E.T. exercised his right to counsel and s. 56(2)(b) was complied with prior to the making of the second statement. Was the statement nonetheless involuntary because E.T. was not explicitly warned by the police that he could be raised to adult court? To answer this question, I must apply the common law approach to date pursuant to which the presence or absence of this warning is one factor to be considered in determining voluntariness, the importance of which will vary depending upon the other facts of the case, including the age, level of understanding and sophistication of the young person and whether or not the young person has consulted with counsel. While it would have been

importe toutefois de souligner que, dans aucune des affaires précitées, on n'a jugé que l'obligation d'informer l'adolescent de plus de 14 ans de la possibilité qu'il soit renvoyé devant un tribunal pour adultes était une règle absolue dans tous les cas. Au contraire, l'existence ou l'absence d'une telle mise en garde était l'un des facteurs dont il fallait tenir compte pour déterminer si la déclaration était volontaire.

J'estime toutefois qu'il ne faudrait pas interpréter l'art. 56 comme exigeant absolument que, dans tous les cas où l'adolescent est âgé de plus de 14 ans, il soit informé du risque d'être renvoyé devant un tribunal pour adultes. Le législateur a, à l'al. 56(2)(b), énoncé très précisément les conditions qui, selon lui, doivent être remplies dans tous les cas pour que la déclaration d'un adolescent à une personne en autorité soit admissible contre lui. Ces conditions qui doivent être nécessairement remplies n'incluent pas une mise en garde quant à la possibilité d'être renvoyé devant un tribunal pour adultes. J'estime donc que l'existence ou l'absence d'une telle mise en garde doit être considérée non pas comme une condition expresse de l'al. 56(2)(b), mais comme un facteur qui sert à déterminer si, indépendamment du respect de l'al. 56(2)(b), la déclaration était volontaire.

J'ai déjà affirmé qu'une renonciation valide au droit à l'assistance d'un avocat, garanti par l'al. 10(b) ou par l'art. 56, ne peut être faite que lorsque l'adolescent est conscient des conséquences de ses actes, dont la possibilité d'être renvoyé devant un tribunal pour adultes. En l'espèce, E.T. a exercé son droit à l'assistance d'un avocat et l'al. 56(2)(b) a été respecté avant qu'il fasse sa seconde déclaration. La déclaration était-elle néanmoins involontaire du fait que E.T. n'a pas été expressément averti par la police de la possibilité qu'il soit renvoyé devant un tribunal pour adultes? Pour répondre à cette question, je dois appliquer le point de vue adopté jusqu'à maintenant en common law, selon lequel l'existence ou l'absence de cette mise en garde est un facteur à considérer pour déterminer le caractère volontaire, dont l'importance variera selon les autres faits de l'affaire, notamment l'âge, le degré de compréhension et de raffi-

preferable had the police given him this warning, E.T. did exercise his right to counsel prior to making the second statement — he spent a half-hour with counsel the evening before and spoke with counsel on the phone immediately prior to making the statement. Although the Court should not speculate upon what advice the lawyer gave E.T. with regard to what his subsequent actions should be, we can presume, in the absence of any suggestion to the contrary, that counsel was competent and was aware of and imparted to E.T. the basic information about his rights, including the possibility of a transfer application being made. It appears that it was on this basis that the trial judge concluded that the statement was voluntary. In the circumstances of this case, I would hesitate to hold that the statement was involuntary simply because of the absence of an express police warning that E.T. might be raised to adult court.

(2) Admissibility: Considered in Conjunction with First Statement.

The principles that govern the admissibility of the second statement when considered in conjunction with the first statement are directly influenced by the grounds for the exclusion of the first statement. As I have already stated I will assume the correctness of the finding of the trial judge that the first statement was not voluntary. This issue was not contested by the Crown. In addition, I have found that it was inadmissible by reason of the breach of s. 10(b) of the *Charter* as well as breach of the statutory right to counsel and the right to be advised thereof under the *YOA*. Section 56 both incorporates the common law of voluntariness and adds statutory grounds for exclusion. Each of these constitutes a possible basis for exclusion of the second statement. With respect to the breach of the *Charter*, s. 24(2) provides its own formula for exclusion. I propose to consider the principles that bear on the admissibility of the second statement on each of these bases.

nement de l'adolescent et la question de savoir s'il a consulté un avocat. Bien qu'il eût été préférable que la police lui fasse cette mise en garde, E.T. a exercé son droit à l'assistance d'un avocat avant de faire sa seconde déclaration — la veille au soir, il a passé une demi-heure avec son avocat et il lui a parlé au téléphone immédiatement avant de faire la déclaration en question. Même si notre Cour ne devrait pas conjecturer sur ce que l'avocat a conseillé à E.T. de faire par la suite, nous pouvons présumer, en l'absence de toute proposition contraire, que l'avocat était compétent, qu'il possédait les renseignements de base sur les droits de E.T. et qu'il les lui a communiqués, en lui faisant part notamment de la possibilité qu'un renvoi soit demandé. Il appert que c'est ce sur quoi le juge du procès s'est fondé pour conclure que la déclaration était volontaire. Dans les circonstances de la présente affaire, j'hésiterais à conclure que la déclaration était involontaire du simple fait que la police n'a pas expressément averti E.T. qu'il risquait d'être renvoyé devant un tribunal pour adultes.

2) Admissibilité, si elle était prise conjointement avec la première déclaration

Les motifs d'exclure la première déclaration influent directement sur les principes qui régissent l'admissibilité de la seconde déclaration lorsqu'elle est considérée conjointement avec cette première déclaration. Je le répète, je considérerai comme juste la conclusion du juge du procès que la première déclaration n'était pas volontaire. Cette question n'a pas été contestée par le ministère public. J'ai conclu également qu'elle était inadmissible en raison de la violation de l'al. 10b) de la *Charte* de même que du droit à l'assistance d'un avocat et du droit d'être informé de ce droit sous le régime de la *LJC*. L'article 56 incorpore la common law relative au caractère volontaire et ajoute également des motifs légaux d'exclusion. Chacun de ceux-ci constitue un motif possible d'exclure la seconde déclaration. En ce qui concerne la violation de la *Charte*, le par. 24(2) établit sa propre formule d'exclusion. Je compte étudier les principes relatifs à l'admissibilité de la seconde déclaration en fonction de chacun de ces motifs.

Under the rules relating to confessions at common law, the admissibility of a confession which had been preceded by an involuntary confession involved a factual determination based on factors designed to ascertain the degree of connection between the two statements. These included the time span between the statements, advertence to the previous statement during questioning, the discovery of additional incriminating evidence subsequent to the first statement, the presence of the same police officers at both interrogations and other similarities between the two circumstances. See *Boudreau v. The King*, [1949] S.C.R. 262; *Horvath v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 376; and *Hobbins v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 553. No general rule excluded subsequent statements on the ground that they were tainted irrespective of the degree of connection to the initial admissible statement. In this regard I adopt the language of Laskin C.J. in *Hobbins*, *supra*, at p. 558, when he states:

There can be no hard and fast rule that merely because a prior statement is ruled inadmissible a second statement taken by the same interrogating officers must be equally vulnerable. Factual considerations must govern, including similarity of circumstances and of police conduct and the lapse of time between the obtaining of the two statements.

In applying these factors, a subsequent confession would be involuntary if either the tainting features which disqualified the first confession continued to be present or if the fact that the first statement was made was a substantial factor contributing to the making of the second statement. In *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), the learned author summarizes the common law on this point and contrasts it with the provisions of the *Police and Criminal Evidence Act 1984*, 1984 (U.K.), c. 60, which was enacted in England and now governs the admissibility of confessions. At page 619, he states:

It had become well-established in the old law that a confession which, considered in isolation, appeared to satisfy the conditions for being voluntary, might nevertheless be excluded if preceded by an earlier involuntary

Selon les règles de common law relatives aux confessions, la détermination de l'admissibilité d'une confession précédée d'une confession involontaire comportait une décision factuelle fondée sur des facteurs destinés à établir le degré de connexité entre les deux déclarations. Ces facteurs comprenaient le délai écoulé entre les déclarations, les allusions à la déclaration antérieure pendant l'interrogatoire, la découverte d'une preuve incriminante supplémentaire après la première déclaration, la présence des mêmes policiers au cours des deux interrogatoires et d'autres similarités entre les deux cas. Voir *Boudreau c. The King*, [1949] R.C.S. 262, *Horvath c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 376, et *Hobbins c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 553. Aucune règle générale n'excluait les déclarations subséquentes pour le motif qu'elles étaient entachées d'un vice indépendamment de leur degré de connexité avec la déclaration initiale admissible. À cet égard, j'adopte les propos suivants que tient le juge en chef Laskin, à la p. 558 de l'arrêt *Hobbins*, précité:

Il ne peut y avoir de règle absolue selon laquelle, simplement parce qu'on a jugé irrecevable une déclaration antérieure, une seconde déclaration recueillie par les mêmes policiers doit, elle aussi, être irrecevable. Ce sont les faits, y compris la similitude des circonstances et des procédés employés par la police ainsi que le laps de temps entre les deux déclarations, qui doivent être déterminants.

Si on applique ces facteurs, une confession subséquente serait involontaire si l'une des caractéristiques ayant vicié la première confession existait toujours ou si la première déclaration était un facteur important qui a incité à faire la seconde déclaration. Dans *Cross on Evidence* (7<sup>e</sup> éd. 1990), l'auteur résume la common law sur ce point et la compare avec les dispositions de la *Police and Criminal Evidence Act 1984*, 1984 (R.-U.), ch. 60, qui a été adoptée en Angleterre et qui régit maintenant l'admissibilité des confessions. À la page 619, il affirme:

[TRADUCTION] Il était devenu bien établi dans l'ancien droit qu'une confession qui, prise isolément, semblait satisfaire aux conditions pour être volontaire, pouvait néanmoins être écartée si elle était précédée d'une con-

confession. It would be so excluded if either the factors tainting the earlier confession continued to apply, or if the fact of having made such a confession could itself be regarded as precipitating its successor. There is nothing in the new Act to displace so sensible an approach.

In these cases the fact that a caution or warning had been given or that the advice of counsel had been obtained between the two statements was a factor to be considered but it was by no means determinative. While such an occurrence went a long way to dissipate elements of compulsion or inducement resulting from the conduct of the interrogators, it might have little or no effect in circumstances in which the second statement is induced by the fact of the first. This point was made by Estey J. in *Boudreau, supra*, at p. 285, where he states:

A warning under such circumstances, when already he had given information in reply to questions and when immediately after the warning he is further questioned by the same parties in a manner that directed his mind to the information already given, is quite different in its effect from a warning given before any questions are asked.

An explanation of one's rights either by a police officer or counsel may not avail in the face of a strong urge to explain away incriminating matters in a prior statement. Moreover, unless counsel knows that the first statement will be inadmissible, the best advice may not be to say nothing. In most cases, it is unlikely that counsel will be able to say with any assurance that the first statement will be adjudged inadmissible.

In view of the fact that s. 56 incorporates the common law of voluntariness, these principles apply to resolve the issue as to the admissibility of a confession which is made after a prior involuntary confession. But section 56 does more than incorporate the common law. It imposes additional statutory requirements with respect to the right to consultation and the presence of counsel or an adult, to which I have referred above. There is no

confession involontaire. Elle serait ainsi écartée si les facteurs viciant la confession antérieure existaient toujours, ou si le fait d'avoir fait une telle confession pouvait lui-même être considéré comme ayant provoqué celle qui l'a suivie. Rien dans la nouvelle Loi ne supplante un point de vue aussi sensé.

Dans ces cas, il fallait tenir compte du fait qu'il y avait eu avertissement ou mise en garde ou qu'on avait obtenu les conseils d'un avocat entre les deux déclarations, sans pour autant qu'il s'agisse là de facteurs déterminants. Bien que ces facteurs aient largement contribué à dissiper les éléments de contrainte ou d'incitation résultant de la conduite des interrogateurs, il se pourrait qu'ils n'aient que peu ou pas d'effet dans les cas où la seconde déclaration est provoquée par la première. C'est ce qu'a établi le juge Estey dans l'arrêt *Boudreau*, précité, à la p. 285, où il a affirmé:

[TRADUCTION] Dans les circonstances où il avait déjà donné des renseignements pour répondre à des questions et où, immédiatement après avoir reçu la mise en garde, il a été interrogé de nouveau par les mêmes parties d'une manière qui lui a rappelé les renseignements qu'il avait déjà fournis, une mise en garde a un effet tout à fait différent de celui qu'a une mise en garde donnée avant que des questions ne soient posées.

Il se peut que l'explication que donne un policier ou un avocat des droits que l'on a ne serve à rien devant une invitation pressante à expliquer des éléments incriminants révélés dans une déclaration antérieure. De plus, à moins que l'avocat ne sache que la première déclaration sera inadmissible, il se peut que le meilleur conseil à donner ne soit pas de garder le silence. Dans la plupart des cas, il est peu probable que l'avocat sera en mesure d'affirmer avec certitude que la première déclaration sera jugée inadmissible.

Compte tenu du fait que l'art. 56 incorpore la common law relative au caractère volontaire, ces principes s'appliquent pour résoudre la question de l'admissibilité d'une confession faite après une confession involontaire. Toutefois, l'art. 56 fait plus qu'incorporer la common law. Il impose des conditions supplémentaires, que j'ai mentionnées plus haut, relativement au droit à la consultation et à la présence d'un avocat ou d'un adulte. On

requirement that failure to comply with these provisions has any causative relationship to the making of the statement. The only relationship prescribed is a temporal one. Unless the requisite explanations are made before the statement is taken from the young person, it is inadmissible. This responds to the declaration in s. 3 YOA that young persons "have special guarantees of their rights and freedoms" (3(e)) and have the right "to be informed as to what those rights and freedoms are" (3(g)).

In order to determine what principles should govern the admissibility of successive statements in which there is a failure to comply followed by an attempt to comply, it is necessary to interpret s. 56 and to decide what Parliament intended when it states that "[n]o oral or written statement... is admissible against the young person unless... the person to whom the statement was given has, before the statement was made, clearly explained..." the rights to counsel, etc. In arriving at the appropriate interpretation, by virtue of s. 3(2) of the Act is to be "liberally construed to the end that young persons will be dealt with in accordance with the principles set out in subsection (1)" which include the principles to which I have specifically referred above.

In my opinion, the purpose of the requirement that the explanation prescribed by s. 56 precede the making of the statement is to ensure that the young person does not relinquish the right to silence except in the exercise of free will in the context of a full understanding and appreciation of his or her rights. A previous statement may operate to compel a further statement notwithstanding explanations and advice belatedly proffered. If, therefore, the successor statement is simply a continuation of the first, or if the first statement is a substantial factor contributing to the making of the second, the condition envisaged by s. 56 has not been attained and the statement is inadmissible.

The final basis for exclusion of the second statement is breach of s. 10(b) of the *Charter*. If a statement is followed by a further statement which in and of itself involves no *Charter* breach, its admis-

n'exige pas qu'il y ait un lien de cause à effet entre le non-respect de ces dispositions et la déclaration qui a été faite. Le seul lien requis est un lien temporel. La déclaration de l'adolescent ne sera admissible que si les explications nécessaires sont données avant de la recueillir. Cela répond à la déclaration contenue à l'art. 3 LJC, suivant laquelle les adolescents ont des «droits et libertés [...] assortis de garanties spéciales» (3e)) et ils ont le droit «d'être informés du contenu de ces droits et libertés» (3g)).

Afin de déterminer quels principes devraient régir l'admissibilité des déclarations successives caractérisées par un non-respect des conditions prescrites, suivi d'une tentative de les respecter, il est nécessaire d'interpréter l'art. 56 et de déterminer quelle est l'intention du législateur lorsqu'il affirme que «[l]a déclaration orale ou écrite [...] n'est pas admissible en preuve contre l'adolescent, sauf si [...] la personne à qui la déclaration a été faite a, avant de la recueillir, expliqué clairement...» les droits à l'assistance d'un avocat, etc. Pour être bien interprétée, la Loi doit, en vertu du par. 3(2), «faire l'objet d'une interprétation large garantissant aux adolescents un traitement conforme aux principes énoncés au paragraphe (1)», lesquels principes comprennent ceux que j'ai mentionnés expressément plus haut.

À mon avis, l'exigence que l'explication prescrite par l'art. 56 précède la déclaration a pour but d'assurer que l'adolescent ne renonce à son droit de garder le silence que de son plein gré, tout en comprenant et en réalisant parfaitement les droits qu'il possède. Une déclaration antérieure peut avoir pour effet de forcer à faire une autre déclaration en dépit des explications et des conseils offerts tardivement. Si, par conséquent, la déclaration subséquente constitue une simple continuation de la première, ou si la première déclaration est un facteur important qui a incité à faire la seconde, la condition prévue à l'art. 56 n'a pas été remplie et la déclaration est inadmissible.

La seconde déclaration peut enfin être écartée si l'al. 10(b) de la *Charte* est violé. Si une déclaration est suivie d'une autre qui ne comporte en soi aucune violation de la *Charte*, la question de son

sibility will be resolved under s. 24(2) of the *Charter*. This provides that evidence “obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed” by the *Charter* is inadmissible if its admission would bring the administration of justice into disrepute. This language has been interpreted to apply irrespective of any causal relationship between the breach and the obtaining of the evidence provided that there is a sufficient temporal relationship between the evidence and the breach. Initial expression to this interpretation was given in *R. v. Therens*, [1985] 1 S.C.R. 613. At page 649, Le Dain J. (dissenting on another point) stated:

It is not necessary to establish that the evidence would not have been obtained out [*sic*] for the violation of the *Charter*. Such a view gives adequate recognition to the intrinsic harm that is caused by a violation of a *Charter* right or freedom, apart from its bearing on the obtaining of evidence. I recognize, however, that in the case of derivative evidence, which is not what is in issue here, some consideration may have to be given in particular cases to the question of relative remoteness.

Later, in *R. v. Strachan*, [1988] 2 S.C.R. 980, a majority of this Court, *per* Dickson C.J., endorsed the approach of Le Dain J. in *Therens* with respect to the necessary connection to operationalize s. 24(2), stating the following in that regard, at pp. 1001-2:

In the present appeal, Esson J.A. rejected the Crown’s submission that s. 24(2) requires a causal link between the *Charter* infringement and the discovery of the evidence. He considered *R. v. Therens* and held that it did not stand for the proposition that s. 24(2) requires a causal nexus. In his view the language of s. 24(2) militated against such an interpretation. If present, a causal link was one factor to take into account in the later s. 24(2) determination whether the admission of the evidence would bring the administration of justice into disrepute. . . .

I am inclined to agree with Esson J.A. and to reject the approach to the first requirement of s. 24(2) advanced by the Crown. In my view, reading the phrase

admissibilité sera résolue en vertu du par. 24(2) de la *Charte*. Ce dernier paragraphe prévoit que les éléments de preuve «obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis» par la *Charte* sont inadmissibles si leur utilisation est susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. On a considéré que ce texte s’applique indépendamment de tout lien de causalité entre la violation et l’obtention des éléments de preuve, pourvu qu’il existe un lien temporel suffisant entre les éléments de preuve et la violation. Cette interprétation a été pour la première fois exprimée dans l’arrêt *R. c. Therens*, [1985] 1 R.C.S. 613. Le juge Le Dain (dissentant sur un autre point) affirme, à la p. 649:

Il n’est pas nécessaire d’établir que la preuve n’aurait pas été obtenue n’eût été la violation de la *Charte*. Un tel point de vue reconnaît suffisamment le préjudice intrinsèque que cause la violation d’un droit ou d’une liberté garantis par la *Charte* sans parler de son incidence sur l’obtention d’éléments de preuve. Je conviens toutefois que, dans le cas d’une preuve dérivée, ce dont il n’est pas question en l’espèce, il peut parfois être nécessaire d’examiner la question de l’absence relative du lien de causalité.

Plus tard, dans l’arrêt *R. c. Strachan*, [1988] 2 R.C.S. 980, le juge en chef Dickson a, au nom de notre Cour à la majorité, fait sien le point de vue que le juge Le Dain a adopté, dans l’arrêt *Therens*, au sujet du lien nécessaire pour que le par. 24(2) s’applique, affirmant à cet égard, aux pp. 1001 et 1002:

En l’espèce, le juge Esson a rejeté l’argument du ministère public selon lequel le par. 24(2) exige un lien de causalité entre la violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve. Il a examiné l’arrêt *R. c. Therens* puis a conclu qu’il n’appuyait pas la thèse selon laquelle le par. 24(2) exige un lien de causalité. À son avis, le texte du par. 24(2) militait contre une telle interprétation. S’il était présent, le lien de causalité constituait un facteur dont il fallait tenir compte lorsque venait ensuite le temps de déterminer, conformément au par. 24(2), si l’utilisation de ces éléments de preuve serait susceptible de déconsidérer l’administration de la justice. . . .

Je suis porté à souscrire à l’opinion du juge Esson et à rejeter la façon d’interpréter la première exigence du par. 24(2), proposée par le ministère public. À mon avis,



“obtained in a manner” as imposing a causation requirement creates a host of difficulties. A strict causal nexus would place the courts in the position of having to speculate whether the evidence would have been discovered had the *Charter* violation not occurred. Speculation on what might have happened is a highly artificial task. Isolating the events that caused the evidence to be discovered from those that did not is an exercise in sophistry. Events are complex and dynamic. It will never be possible to state with certainty what would have taken place had a *Charter* violation not occurred. Speculation of this sort is not, in my view, an appropriate inquiry for the courts.

A causation requirement also leads to a narrow view of the relationship between a *Charter* violation and the discovery of evidence. Requiring a causal link will tend to distort the analysis of the conduct that led to the discovery of evidence. The inquiry will tend to focus narrowly on the actions most directly responsible for the discovery of evidence rather than on the entire course of events leading to its discovery. This will almost inevitably lead to an intellectual endeavour essentially amounting to “splitting hairs” between conduct that violated the *Charter* and that which did not.

Recently, this interpretation was applied to subject to a s. 24 analysis the results of a search effected by means of a valid search warrant which had been preceded by a search held to be unlawful by reason of a breach of s. 8 of the *Charter*. See *R. v. Grant*, [1993] 3 S.C.R. 223. Accordingly, while the presence of a causative relationship may be relevant, particularly on the issue of remoteness referred to by *Le Dain J.* and on the question of whether admission would bring the administration of justice into disrepute, it is not a requirement in order to trigger a s. 24 analysis.

#### Application to this Case

I have concluded that applying any of the above bases, the second statement must be excluded. Not only was there a close temporal relationship

interpréter les mots «obtenus dans des conditions» comme créant une exigence de causalité soulève toute une série de difficultés. Un lien de causalité strict exigerait des tribunaux qu'ils se demandent si les éléments de preuve auraient été découverts s'il n'y avait pas eu violation de la *Charte*. Conjecturer sur ce qui aurait pu arriver représente une tâche extrêmement artificielle. Distinguer les événements qui ont permis d'obtenir les éléments de preuve de ceux qui ne l'ont pas fait relève du sophisme. Les événements sont complexes et changeants. Il ne sera jamais possible de préciser ce qui serait arrivé s'il n'y avait pas eu de violation de la *Charte*. À mon avis, ce genre de conjectures ne constitue pas une méthode d'examen appropriée pour les tribunaux.

Une exigence de causalité entraîne également une interprétation restrictive du lien qui existe entre une violation de la *Charte* et la découverte des éléments de preuve. Le fait d'exiger un lien de causalité aura tendance à fausser l'analyse de la conduite qui a mené à la découverte des éléments de preuve. L'examen aura tendance à porter strictement sur les actes qui ont contribué le plus directement à la découverte des éléments de preuve plutôt que sur l'ensemble des événements qui ont mené à cette découverte. Une telle situation entraînera presque inévitablement un exercice intellectuel équivalant essentiellement à «se couper les cheveux en quatre» pour distinguer la conduite qui était contraire à la *Charte* de celle qui ne l'était pas.

Récemment, cette interprétation a été appliquée, sous réserve d'une analyse fondée sur l'art. 24, aux résultats d'une fouille effectuée en vertu d'un mandat de perquisition valide, qui avait été précédée d'une fouille jugée illégale en raison d'une violation de l'art. 8 de la *Charte*. Voir l'arrêt *R. c. Grant*, [1993] 3 R.C.S. 223. En conséquence, bien que l'existence d'un lien de causalité puisse être pertinente, particulièrement en ce qui concerne la question du caractère éloigné mentionnée par le juge *Le Dain*, et la question de savoir si l'admission est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice, il ne s'agit pas d'une condition nécessaire pour déclencher une analyse fondée sur l'art. 24.

#### Application à la présente affaire

J'ai conclu que, si on applique l'un ou l'autre des motifs susmentionnés, il faut écarter la seconde déclaration. Non seulement existait-il un lien tem-

between the statements, but the second statement was a continuation of the first, and the first statement was a substantial factor leading to the making of the second. The statements were taken less than a day apart by the same officer. There is no evidence that the police in the interval between the two statements had gathered further evidence tending to incriminate E.T. to which E.T. might be asked to respond. There was also continuous advertence by the police officer throughout the second statement to information given in the first statement. For example, after E.T. had said what he wished to say regarding the blood on his clothing, Constable Logan told him to think back to the plan and proceeded to ask him further details about it. In essence, E.T., having started a statement, asked to complete it and did.

All of the evidence in this case leads to the conclusion that the second statement was causally connected to the first. In Constable Logan's own words, E.T. wished to add something to his statement of the day before. The fact that E.T. consulted with counsel between the making of the two statements and immediately prior to making the second does not obviate this conclusion. Both E.T. and Constable Logan were operating from the perspective that the facts were already largely on the table, and the relative lengths of the statements reflect this view — the first lasted some five hours, the second only half an hour. Secondly, no one, including E.T.'s lawyer, would have known at that point that the first statement would be held to be inadmissible at trial as Constable Logan had advised E.T. according to the requirements of s. 56 as he understood them to be. While it is beyond this Court to speculate as to what E.T.'s lawyer told him, I do not think we can infer that the lawyer would have advised E.T. that the first statement was inadmissible such that E.T. should refrain from corroborating incriminating statements already made. Further, while we cannot determine with any assurance what E.T.'s motivation for making the second statement was, the largely exculpatory nature of the statement and the

porel étroit entre les deux déclarations, mais encore la seconde déclaration était la continuité de la première, et la première déclaration était un facteur important qui avait incité à faire la seconde. Moins d'un jour séparait les déclarations recueillies par le même agent. Il n'y a aucune preuve que, pendant la période qui s'est écoulée entre les deux déclarations, la police a recueilli des éléments de preuve supplémentaires tendant à incriminer E.T., et auxquels ce dernier aurait pu être appelé à répondre. En outre, tout au long de la seconde déclaration, le policier a constamment fait allusion aux renseignements communiqués dans la première déclaration. Par exemple, après que E.T. eut dit ce qu'il souhaitait dire au sujet du sang sur ses vêtements, l'agent Logan lui a dit de repenser au plan et lui a demandé plus de détails à ce sujet. Essentiellement, E.T. a, après avoir commencé une déclaration, demandé à la compléter et c'est ce qu'il a fait.

L'ensemble de la preuve en l'espèce amène à conclure qu'il existait un lien de causalité entre la seconde déclaration et la première. Pour reprendre les termes mêmes de l'agent Logan, E.T. [TRADUCTION] «souhaitait ajouter quelque chose» à sa déclaration de la veille. Le fait que E.T. ait consulté un avocat entre les deux déclarations et immédiatement avant de faire la seconde n'empêche pas de tirer cette conclusion. E.T. et l'agent Logan agissaient tous deux comme si les faits étaient déjà abondamment connus et la longueur relative des déclarations reflète ce point de vue — la première a duré environ cinq heures et la seconde, seulement une demi-heure. En outre, personne, pas même l'avocat de E.T., n'aurait su à ce moment-là que la première déclaration serait jugée inadmissible au procès puisque l'agent Logan avait averti E.T. conformément aux exigences de l'art. 56, selon la compréhension qu'il en avait. Même s'il n'appartient pas à notre Cour de conjecturer sur ce que l'avocat de E.T. lui a dit, je ne crois pas que l'on puisse inférer que l'avocat a avisé E.T. que la première déclaration était inadmissible, de sorte que E.T. devrait se garder de corroborer les déclarations incriminantes déjà faites. Par ailleurs, bien que nous ne puissions déterminer avec certitude les raisons pour lesquelles E.T. a fait la

fact that E.T. told Constable Logan that he wanted to explain why he might have had blood on his pants suggests that E.T. wanted to give credence to his avowals in the first statement that he was merely a bystander to the murder. In the end, then, as the appellant put it, “[o]nce the first statement was given, the rationale for further restraint in self-incrimination was gone”. In short, in these circumstances, communication with counsel cannot be said to have the determinative effect that it would have had if it had taken place before the first statement.

In view of the finding that the existence of the first statement was a substantial factor in inducing the making of the second statement, the latter is inadmissible both on the basis of the common law test and the exclusionary language of s. 56. Moreover, had it been necessary, I would have also excluded it under s. 24(2).

Having concluded that the trial judge erred in not excluding the second statement made by E.T. as well as the first, I need not deal with the final ground of appeal — that is, whether even with the second statement there was sufficient evidence upon which to base a conviction for second degree murder. It remains only to determine the appropriate remedy. In their written submissions, counsel for the appellant asked that an acquittal be entered, while the Crown asked only that the appeal be dismissed. The usual remedy in a case such as this would be to order a new trial, likely on the charge of manslaughter given the finding of the Court of Appeal, with which I agree, that the trial judge’s conviction for second degree murder rested on the second statement made by E.T. When asked in oral argument before this Court whether he would care to amend his Prayer for Relief to seek an order for a new trial in the event this Court determined that the second statement should have been excluded, Crown counsel initially responded affirmatively. However, Crown counsel then conceded in the face of vehement opposition from counsel for the appellant that such an amendment would not be fair as the Crown had never suggested that it might

seconde déclaration, la nature amplement disculpatoire de la déclaration et le fait que E.T. a raconté à l’agent Logan qu’il souhaitait expliquer pourquoi il pouvait y avoir eu du sang sur ses pantalons portent à croire que E.T. voulait conférer de la crédibilité à ses aveux, dans la première déclaration, qu’il avait simplement assisté au meurtre. En définitive donc, comme l’appelant l’a dit, [TRADUCTION] «[u]ne fois que la première déclaration a été faite, il n’y avait plus de raison d’éviter de s’incriminer». Bref, dans ces circonstances, on ne saurait affirmer que la communication avec un avocat a eu l’effet déterminant qu’elle aurait eu si elle avait eu lieu avant la première déclaration.

Compte tenu de la conclusion que la première déclaration est un facteur important qui a incité à faire la seconde déclaration, cette dernière est inadmissible à la fois en raison du critère de common law et des conditions d’exclusion de l’art. 56. De plus, si cela avait été nécessaire, je l’aurais également écartée en vertu du par. 24(2).

Comme j’ai conclu que le juge du procès a commis une erreur en n’écartant pas la seconde déclaration de E.T. en plus de la première, je n’ai pas à me prononcer sur le dernier moyen d’appel, soit la question de savoir si, même compte tenu de la seconde déclaration, il existait une preuve suffisante pour justifier une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Il ne reste qu’à déterminer la réparation appropriée. Dans leur argumentation écrite, l’avocat de l’appelant a demandé l’inscription d’un verdict d’acquiescement, alors que le ministère public a seulement demandé que le pourvoi soit rejeté. Dans une affaire comme celle-ci, la réparation habituelle consisterait à ordonner la tenue d’un nouveau procès probablement pour homicide involontaire coupable étant donné la conclusion de la Cour d’appel, à laquelle je souscris, que la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée par le juge du procès était fondée sur la seconde déclaration de E.T. Lorsqu’on lui a demandé au cours des plaidoiries devant notre Cour s’il aimerait modifier sa demande de réparation afin de demander qu’un nouveau procès soit ordonné dans le cas où notre Cour déciderait que la seconde déclaration aurait

seek a manslaughter conviction in E.T.'s case. Notwithstanding, that even in these circumstances the Court retains a discretion to order a new trial on manslaughter, in light of the foregoing and bearing in mind that E.T. has already served his term of detention for the second degree murder conviction, an acquittal will be ordered.

### Disposition

The appeal is allowed, the conviction for second degree murder is quashed and an acquittal is entered.

*Appeal allowed.*

*Solicitors for the appellant: Kelliher, Brooks, Purves & Marshall, Victoria.*

*Solicitor for the respondent: Regional Crown Counsel, Victoria.*

dû être écartée, le substitut du procureur général a d'abord répondu par l'affirmative. Cependant, il a ensuite reconnu, devant l'opposition véhémement de l'avocat de l'appelant, qu'une telle modification serait injuste puisque le ministère public n'avait jamais laissé entendre qu'il pourrait demander une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable dans le cas de E.T. Nonobstant le fait que, même dans ces circonstances, la Cour conserve le pouvoir discrétionnaire d'ordonner un nouveau procès pour homicide involontaire coupable, un acquittement sera ordonné en raison de ce qui précède et du fait que E.T. a déjà purgé sa peine d'emprisonnement relative à la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré.

### Dispositif

Le pourvoi est accueilli, la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré est annulée et un verdict d'acquittement est inscrit.

*Pourvoi accueilli.*

*Procureurs de l'appelant: Kelliher, Brooks, Purves & Marshall, Victoria.*

*Procureur de l'intimée: Le substitut du Procureur général pour la région, Victoria.*



*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, 1993 Vol. 4**

**4<sup>e</sup> cahier, 1993 Vol. 4**

**Cited as [1993] 4 S.C.R. 535-693**

**Renvoi [1993] 4 R.C.S. 535-693**

---

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 of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

*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, 1994.

## CONTENTS

### **R. v. Jackson** ..... 573

Criminal law — Parties to offences — Aiding and abetting — Murder or manslaughter — Whether party who aids and abets may be convicted of manslaughter under s. 21(1) of Criminal Code where principal guilty of murder — *Mens rea* required for conviction for manslaughter under s. 21(1) of Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21(1).

Criminal law — Parties to offences — Common intention — Murder or manslaughter — Whether party to common unlawful purpose may be convicted of manslaughter under s. 21(2) of Criminal Code where principal guilty of murder — *Mens rea* required for conviction for manslaughter under s. 21(2) of Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21(2).

Criminal law — Parties to offences — Charge to jury — Evidence capable of supporting murder or manslaughter — Whether trial judge should have instructed jury that a party under s. 21(1) or 21(2) of Criminal Code may be guilty of manslaughter even though principal guilty of murder — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21.

*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 des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

*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, 1994.

## SOMMAIRE

### **R. c. Jackson** ..... 573

Droit criminel — Participants à des infractions — Aider et encourager à commettre une infraction — Meurtre ou homicide involontaire — La partie qui aide et encourage à commettre une infraction peut-elle être reconnue coupable d'homicide involontaire en vertu de l'art. 21(1) du Code criminel dans le cas où l'auteur principal est coupable de meurtre? — *Mens rea* requise pour qu'il y ait déclaration de culpabilité d'homicide involontaire en vertu de l'art. 21(1) du Code — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(1).

Droit criminel — Participants à des infractions — Intention commune — Meurtre ou homicide involontaire — Un participant à la réalisation d'une fin commune illégale peut-il être reconnu coupable d'homicide involontaire en vertu de l'art. 21(2) du Code criminel dans le cas où l'auteur principal est coupable de meurtre? — *Mens rea* requise pour qu'il y ait déclaration d'homicide involontaire en vertu de l'art. 21(2) du Code — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(2).

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

### **R. v. Osolin..... 595**

Constitutional law — Charter of Rights — Presumption of innocence — Sexual assault — Defence of honest but mistaken belief in consent — Section 265(4) of Criminal Code imposing “air of reality” test as threshold to be met before issue of mistaken belief is left to jury — Whether s. 265(4) infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 265(4).

Constitutional law — Charter of Rights — Trial by jury — Sexual assault — Defence of honest but mistaken belief in consent — Section 265(4) of Criminal Code imposing “air of reality” test as threshold to be met before issue of mistaken belief is left to jury — Whether s. 265(4) infringes s. 11(f) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 265(4).

Criminal law — Evidence — Cross-examination — Sexual assault — Medical records — Complainant’s medical records admitted into evidence for limited purpose of determining complainant’s competence to testify — Notation in medical records indicating that complainant was concerned that her attitude and behaviour might have influenced accused — Trial judge not permitting accused to cross-examine complainant on her medical records to determine “what kind of person the complainant is” — Whether cross-examination should have been permitted for purpose of determining whether there was evidence to support defence of honest but mistaken belief in consent or allegation of fabrication.

Criminal law — Defences — Defence of honest but mistaken belief in consent — Sexual assault — Interpretation of s. 265(4) of Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.

### **R. v. Tapaquon..... 535**

Criminal law — Procedure — Preferring indictments — Non-jury trial — Preliminary inquiry — Preliminary inquiry judge finding insufficient evidence to support charge — Preliminary inquiry judge committing accused for trial on lesser included offence — Crown prosecutor preferring indictment on original charge notwithstanding finding at preliminary inquiry — Whether a prosecutor can prefer an indictment for original offence, even though judge at the preliminary inquiry committing only on a lesser, included offence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 267(1)(b), 548(1)(a), (b), (2), 566(1), (2), (3), 568, 574(1)(a), (b), 576(1), 577(a), (b), (c), (d).

## SOMMAIRE (Suite)

Droit criminel — Participants à des infractions — Directives au jury — Preuve susceptible de justifier une déclaration de culpabilité de meurtre ou d’homicide involontaire — Le juge du procès aurait-il dû dire au jury qu’un participant à une infraction, au sens de l’art. 21(1) ou 21(2) du Code criminel, peut être coupable d’homicide involontaire, même si l’auteur principal est coupable de meurtre? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21.

### **R. c. Osolin..... 595**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Présomption d’innocence — Agression sexuelle — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Critère de la «vraisemblance» imposé par l’art. 265(4) du Code criminel comme condition préliminaire à remplir avant de soumettre au jury la question de la croyance erronée — L’article 265(4) enfreint-il l’art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(4).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès avec jury — Agression sexuelle — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Critère de la «vraisemblance» imposé par l’art. 265(4) du Code criminel comme condition préliminaire à remplir avant de soumettre au jury la question de la croyance erronée — L’article 265(4) enfreint-il l’art. 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(4).

Droit criminel — Preuve — Contre-interrogatoire — Agression sexuelle — Dossiers médicaux — Dossiers médicaux de la plaignante présentés en preuve pour la seule fin de déterminer son habilité à témoigner — Note dans les dossiers médicaux indiquant que la plaignante craignait que son attitude et son comportement aient pu influencer l’accusé — Contre-interrogatoire de la plaignante sur ses dossiers médicaux refusé à l’accusé par le juge du procès pour déterminer «le genre de personne qu’est la plaignante» — Le contre-interrogatoire aurait-il dû être permis aux fins de déterminer s’il y avait des éléments de preuve à l’appui de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement ou de l’allégation de fabrication?

Droit criminel — Moyens de défense — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Agression sexuelle — Interprétation de l’art. 265(4) du Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

### **R. c. Tapaquon..... 535**

Droit criminel — Procédure — Présentation d’actes d’accusation — Procès sans jury — Enquête préliminaire — Conclusion du juge de l’enquête préliminaire à l’existence d’une preuve insuffisante pour justifier l’accusation — Juge de l’enquête préliminaire renvoyant l’accusé pour qu’il subisse son procès relativement à une infraction incluse moindre — Présentation par le ministère public d’un acte d’accusation comportant le chef initial nonobstant la conclusion tirée à l’enquête préliminaire — Un poursuivant peut-il présenter un acte d’ac-

*Suite à la page suivante*



## **SOMMAIRE (Fin)**

cusation comportant le chef initial même si le juge de l'enquête préliminaire a renvoyé l'accusé pour qu'il subisse son procès seulement à l'égard d'une infraction incluse moindre? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 267(1)b), 548(1)a), b), (2), 566(1), (2), (3), 568, 574(1)a), b), 576(1), 577a), b), c), d).



**Darren Lyle Tapaquon** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of  
Canada** *Intervener*

INDEXED AS: R. v. TAPAQUON

File No.: 22926.

1993: May 25; 1993: December 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
SASKATCHEWAN

*Criminal law — Procedure — Preferring indictments — Non-jury trial — Preliminary inquiry — Preliminary inquiry judge finding insufficient evidence to support charge — Preliminary inquiry judge committing accused for trial on lesser included offence — Crown prosecutor preferring indictment on original charge notwithstanding finding at preliminary inquiry — Whether a prosecutor can prefer an indictment for original offence, even though judge at the preliminary inquiry committing only on a lesser, included offence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 267(1)(b), 548(1)(a), (b), (2), 566(1), (2), (3), 568, 574(1)(a), (b), 576(1), 577(a), (b), (c), (d).*

Appellant elected to be tried by judge alone on a charge of assault causing bodily harm (s. 267(1)(b) of the *Criminal Code*). The judge presiding at the preliminary inquiry found insufficient evidence to warrant committal on that charge and committed him for trial on the lesser included offence of common assault. The prosecutor nevertheless preferred an indictment on the original charge. Appellant successfully brought a motion in the Court of Queen's Bench to quash the indictment on the ground that he had been discharged on the charge of assault causing bodily harm. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and remitted the

**Darren Lyle Tapaquon** *Appellant*

c.

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

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du  
Canada** *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. c. TAPAQUON

<sup>c</sup> N° du greffe: 22926.

1993: 25 mai; 1993: 16 décembre.

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

<sup>d</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA  
SASKATCHEWAN

*Droit criminel — Procédure — Présentation d'actes d'accusation — Procès sans jury — Enquête préliminaire — Conclusion du juge de l'enquête préliminaire à l'existence d'une preuve insuffisante pour justifier l'accusation — Juge de l'enquête préliminaire renvoyant l'accusé pour qu'il subisse son procès relativement à une infraction incluse moindre — Présentation par le ministère public d'un acte d'accusation comportant le chef initial nonobstant la conclusion tirée à l'enquête préliminaire — Un poursuivant peut-il présenter un acte d'accusation comportant le chef initial même si le juge de l'enquête préliminaire a renvoyé l'accusé pour qu'il subisse son procès seulement à l'égard d'une infraction incluse moindre? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 267(1)(b), 548(1)(a), (b), (2), 566(1), (2), (3), 568, 574(1)(a), (b), 576(1), 577(a), (b), (c), (d).*

<sup>h</sup> L'appelant a choisi de subir son procès devant un juge seul relativement à une accusation de voies de fait causant des lésions corporelles (al. 267(1)(b) du *Code criminel*). Le juge qui présidait l'enquête préliminaire a conclu que la preuve était insuffisante pour ordonner le renvoi à procès relativement à ce chef d'accusation et a renvoyé l'accusé pour qu'il subisse son procès relativement à l'infraction incluse moindre de voies de fait simples. Le poursuivant a néanmoins présenté un acte d'accusation comportant le chef initial. L'appelant a déposé avec succès en Cour du Banc de la Reine une requête en annulation de l'acte d'accusation pour le motif qu'il

matter to the Court of Queen's Bench for trial on the indictment for assault causing bodily harm. At issue here is whether a prosecutor can prefer an indictment under s. 574(1)(b) for the offence originally alleged in the information, even though the judge at the preliminary inquiry has committed the accused on a lesser included offence rather than on the original charge.

*Held* (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci and Major JJ.: The preliminary inquiry judge under s. 548 must commit an accused person for trial where there is admissible evidence which, if believed, could result in a conviction. He or she is presumed to have considered the evidence as it related to that particular offence and his or her refusal to commit on an offence charged in the information amounts to a judicial determination that the charge is not founded on the facts disclosed by the evidence.

The preliminary inquiry judge's power is not limited to committal or discharge so that the specification of offences is left to the prosecutor. Section 548(1) must be read with other sections including s. 548(2). If there is only one charge, the options for the judge are to commit or discharge. If there are several, the judge must specify the charges on which he or she orders the accused to stand trial (s. 548(2)). The prosecutor is empowered under s. 574(1)(a) to prefer an indictment in respect of "any charge on which that person was ordered to stand trial".

An accused who is not committed to trial on a charge is no longer charged with that offence. It has been judicially determined that no evidence supports it. The judge must inquire into all the charges and make some disposition; a charge cannot be left in limbo. The appropriate disposition of charges for which there is insuffi-

avait été libéré du chef initial de voies de fait causant des lésions corporelles. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par le ministère public et a renvoyé l'affaire devant la Cour du Banc de la Reine pour qu'un procès soit tenu relativement à l'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles. Il s'agit ici de déterminer si le poursuivant peut présenter un acte d'accusation en vertu de l'al. 574(1)b) pour l'infraction initialement reprochée dans la dénonciation, même si le juge de l'enquête préliminaire a renvoyé l'accusé pour qu'il subisse son procès relativement à une infraction incluse moindre, plutôt que relativement au chef d'accusation initial.

*Arrêt* (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Iacobucci et Major: Le juge de l'enquête préliminaire doit, en vertu de l'art. 548, renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès, lorsqu'il existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité. Le juge est présumé avoir examiné les éléments de preuve se rapportant à l'infraction en question et son refus d'ordonner le renvoi à procès pour une infraction reprochée dans la dénonciation équivaut à une décision judiciaire que le chef d'accusation ne se rapporte pas à une infraction dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie.

Le juge de l'enquête préliminaire n'a pas seulement le pouvoir de renvoyer l'accusé à son procès ou de le libérer de sorte qu'il appartienne au poursuivant de préciser les infractions reprochées. Le paragraphe 548(1) doit être lu conjointement avec d'autres dispositions, dont le par. 548(2). S'il n'y a qu'un seul chef d'accusation, le juge a le choix entre renvoyer l'accusé à son procès ou le libérer. S'il existe plusieurs chefs d'accusation, le juge doit préciser quelles sont les accusations à l'égard desquelles l'accusé doit subir son procès (par. 548(2)). En vertu de l'al. 574(1)a), le poursuivant est habilité à présenter un acte d'accusation à l'égard de «n'importe quel chef d'accusation pour lequel cette personne a été renvoyée pour subir son procès».

L'accusé qui n'est pas renvoyé pour subir son procès à l'égard d'un chef d'accusation n'est plus accusé de l'infraction en question. Il y a eu une décision judiciaire qu'il n'y a pas de preuve justifiant ce chef d'accusation. Le juge doit examiner tous les chefs d'accusation et décider de quelque façon que ce soit de leur sort; un

cient evidence to put the accused on trial is discharge of the accused on these charges. In order to proceed, a new charge must be laid, either by a new information or preferred indictment.

The 1985 amendments were not intended to make fundamental changes but rather were more in the nature of codification of the following principles enunciated in *McKibbon v. The Queen*. The attorney general or anyone with the written consent of a judge of the court may prefer an indictment for any offence irrespective of whether a preliminary inquiry has been held, and if one has been held, whether the accused was discharged or committed for that or any other offence. The prosecutor can prefer indictments if a preliminary inquiry has been held and the accused has been committed for trial on at least one of the charges inquired into by the judge. The count of the indictment, however, must be for an offence for which the accused was committed or for an offence disclosed in the evidence introduced at the preliminary inquiry and which is not an offence for which the accused was discharged.

Section 574 cannot be interpreted in isolation in order to avoid the potential problem with the meaning of the term "discharged" in s. 577 (direct indictments). Statutory provisions should not be interpreted in isolation but rather by reference to the statute as a whole and should be given an interpretation that harmonizes provisions that bear on the same subject matter.

Section 574 applies not only to jury trials but also, by virtue of s. 566, to non-jury trials. In jury trials it operates with s. 577 as a complete code with respect to the prosecution's power to prefer indictments. The same section cannot have one meaning in its jury setting and another in its non-jury setting. The words in s. 574 which make it subject to s. 577, to have any meaning, require that it be interpreted subject to the limitations imposed by s. 577. The restriction on the language of s. 574 which is relevant here is that an indictment cannot be preferred under that section if the accused has been discharged. The term "discharged" has been interpreted as "not committed on the charge laid". Section 574 must be interpreted as subject to the restriction that an indictment cannot be preferred under that section in a case in which the accused was not committed on the charge

chef d'accusation ne peut pas tomber dans l'oubli. La bonne façon de statuer sur les chefs d'accusation pour lesquels la preuve est insuffisante pour renvoyer l'accusé à son procès consiste à libérer l'accusé de ces chefs d'accusation. Pour aller de l'avant, un nouveau chef doit être déposé soit au moyen d'une nouvelle dénonciation, soit au moyen d'un acte d'accusation présenté par le procureur général.

Les modifications de 1985 n'étaient pas destinées à effectuer des changements fondamentaux, mais tenaient plutôt d'une codification des principes formulés dans l'arrêt *McKibbon c. La Reine*. Le procureur général, ou toute personne qui a le consentement du juge de la cour, peut présenter un acte d'accusation pour toute infraction qu'il y ait eu ou non enquête préliminaire, et, s'il y en a eu une, peu importe que l'accusé ait été libéré ou renvoyé à son procès pour cette infraction ou toute autre infraction. Le poursuivant peut présenter des actes d'accusation si une enquête préliminaire a été tenue et si l'accusé a été renvoyé à son procès relativement à au moins un des chefs d'accusation sur lesquels a porté l'enquête du juge. Le chef d'accusation doit toutefois porter sur une infraction pour laquelle l'accusé a été renvoyé à son procès ou sur une infraction révélée par la preuve soumise à l'enquête préliminaire et concernant laquelle l'accusé n'a pas été libéré.

On ne peut interpréter isolément l'art. 574 pour éviter l'éventuel problème de sens du terme «libéré» que l'on trouve à l'art. 577 (mises en accusation directe). Les dispositions d'une loi devraient être interprétées non pas isolément, mais par rapport à l'ensemble de la loi et recevoir une interprétation qui s'harmonise avec les dispositions portant sur la même question.

En vertu de l'art. 566, l'art. 574 s'applique non seulement aux procès devant jury, mais encore aux procès sans jury. Dans le cadre de procès devant jury, il a pour effet, avec l'art. 577, d'établir un code complet concernant les pouvoirs qu'a la poursuite de présenter des actes d'accusation. Le même article ne peut pas avoir un sens dans le cas d'un procès devant jury et un autre sens dans le cas d'un procès sans jury. Pour que les termes de l'art. 574, qui l'assujettissent à l'art. 577, aient un sens quelconque, il faut interpréter cet article sous réserve des restrictions imposées par l'art. 577. La restriction imposée à l'art. 574, qui est pertinente ici, est qu'il ne peut y avoir présentation d'un acte d'accusation en vertu de cet article s'il y a eu libération de l'accusé. On a interprété le terme «libéré» comme signifiant «non renvoyé à procès relativement au chef d'accusation

laid. This restriction applies notwithstanding the words "in addition to or in substitution for any charge" in s. 574(1)(b). The power of the prosecutor to prefer an indictment for an offence not charged but which is based on facts disclosed in the evidence is preserved.

The prosecutor in a non-jury trial can accordingly prefer an indictment: (1) on any charge in respect of which the accused has been ordered to stand trial; or (2) on any charge founded on facts disclosed in the evidence taken at the preliminary inquiry, provided that it is not an offence charged and in respect of which the accused was not ordered to stand trial. In serious criminal cases, the prosecutor can resort to s. 568 and order a jury trial. Section 577 then becomes available. In other cases, the Crown may be able to proceed by way of a new information. The common law right to do so, while removed by s. 577 in jury cases, has not been removed in non-jury cases. Resort to this power may, however, constitute an abuse of process in some circumstances.

*Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting):* A preliminary inquiry is not a trial. A justice at a preliminary inquiry is to determine whether there is sufficient evidence to commit the accused to trial. The inquiry provides the accused with an opportunity to avoid the indignity of being placed on trial where there is simply insufficient evidence to justify the holding of a trial at all. A decision that the accused should be discharged is not appealable and can be challenged only by way of *certiorari*. At the same time, a discharge is not a finding of "not guilty" and cannot form the basis of a plea of *autrefois acquit*.

Section 548 authorizes a justice either to discharge the accused (s. 548(1)(b)) if no sufficient case is made out to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same trans-

déposé». L'article 574 doit être interprété comme étant assujéti à la restriction selon laquelle un acte d'accusation ne saurait être présenté en vertu de cet article dans un cas où l'accusé n'a pas été renvoyé pour subir son procès relativement au chef d'accusation déposé. Cette restriction s'applique nonobstant les termes «en plus ou en remplacement de toute infraction» que l'on trouve à l'al. 574(1)b). Le poursuivant conserve le pouvoir de présenter un acte d'accusation à l'égard d'une infraction dont le prévenu n'a pas été accusé, mais qui se rapporte aux infractions dont l'existence a été révélée par la preuve.

Dans un procès sans jury, le poursuivant peut donc présenter un acte d'accusation 1) à l'égard de n'importe quel chef d'accusation pour lequel l'accusé a été renvoyé à son procès, ou 2) à l'égard de n'importe quel chef d'accusation se rapportant aux infractions dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire, à la condition qu'il ne s'agisse pas d'une infraction dont le prévenu a été accusé et pour laquelle il n'a pas été renvoyé à son procès. Dans les affaires criminelles graves, le poursuivant peut recourir à l'art. 568 et exiger un procès devant jury. L'article 577 devient alors applicable. Dans d'autres cas, il se peut que le ministère public soit en mesure de procéder par voie de nouvelle dénonciation. Même s'il a été retiré par l'art. 577 dans le cas de procès devant jury, le droit de le faire, reconnu par la common law, n'a pas été retiré dans le cas de procès sans jury. Toutefois, le recours à ce pouvoir peut, dans certaines circonstances, constituer un abus de procédure.

*Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente):* Une enquête préliminaire n'est pas un procès. Le rôle du juge de paix, à l'enquête préliminaire, consiste à déterminer si la preuve est suffisante pour renvoyer l'accusé à son procès. L'enquête préliminaire offre la possibilité à l'accusé d'échapper à l'indignité d'être traduit en justice lorsqu'il n'existe tout simplement pas d'éléments de preuve suffisants pour justifier la tenue même d'un procès. La décision de libérer l'accusé d'une accusation n'est pas susceptible d'appel et ne saurait être contestée que par voie de *certiorari*. En même temps, la libération d'une accusation ne constitue pas une déclaration de non-culpabilité et ne saurait fonder un plaidoyer d'*autrefois acquit*.

L'article 548 autorise le juge de paix soit à libérer le prévenu (al. 548(1)b)) si la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire n'est pas suffisante pour

action or to order the accused to stand trial (s. 548(1)(a)) if there is evidence supporting any indictable offence. The only limitation in applying s. 548(1)(a) is that the charge must be based on evidence disclosed at the preliminary inquiry.

Once an accused has elected to be tried by judge alone, the prosecutor is limited to the power of ordinary indictment in s. 574 which requires that the indictment be preferred only if the accused has been committed to stand trial after a preliminary inquiry. Where the justice and the prosecutor have differing views, s. 574(1)(b) gives the prosecutor the authority to go beyond the charges selected by the justice and add or substitute charges. This power is very broad; the only explicit limitation is that the charge must be one which is founded on the facts disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry. Section 548, which authorizes a preliminary inquiry justice to discharge an accused or to commit him or her to trial on the basis of the evidence at the inquiry, does not limit the scope of s. 574. The argument that a preliminary inquiry justice has made a finding mischaracterizes his or her role and the rationale underlying s. 574. Under the current s. 548, any charge must be founded on evidence disclosed at the preliminary inquiry. If it is not, the opinion of the preliminary inquiry justice that it is, is simply irrelevant.

Where an accused has elected to be tried by judge alone, and where a justice commits the accused to stand trial, s. 574(1)(b) allows the Crown to prefer an indictment on any charge founded on the evidence given at the preliminary inquiry, regardless of the opinion of the justice as to that specific offence. Such an indictment may be quashed if the charge is not founded on the facts disclosed at the preliminary inquiry. This is not a question of asking whether the prosecutor incorrectly "overruled" the justice, or whether the prosecutor should have deferred to the opinion of the justice. Because of the enactment of s. 566, s. 577 has no application here. The meaning of "discharged" in s. 577 was not relevant to the interpretation of s. 574 which was clear and unambiguous. The policy considerations behind the different procedures applying to the ordinary and to the direct powers of indictment support this interpretation.

qu'il subisse un procès, soit à le renvoyer à son procès (al. 548(1)a)) s'il existe une preuve suffisante à l'égard de tout autre acte criminel. La seule restriction à l'application de l'al. 548(1)a) est que l'accusation doit reposer sur la preuve recueillie à l'enquête préliminaire.

Une fois que l'accusé a choisi d'être jugé par un juge seul, le poursuivant ne peut exercer que le pouvoir de mise en accusation ordinaire de l'art. 574 qui exige qu'un acte d'accusation ne soit présenté que si l'accusé a été renvoyé pour subir son procès à la suite d'une enquête préliminaire. Lorsque le juge de paix et le poursuivant ont des points de vue divergents, l'al. 574(1)b) confère au poursuivant le pouvoir d'aller au-delà des chefs d'accusation retenus par le juge de paix et d'y en ajouter ou de leur en substituer d'autres. Il s'agit d'un pouvoir très large, assorti d'une seule restriction explicite, soit que l'accusation se rapporte aux infractions dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire. L'article 548, qui autorise le juge de l'enquête préliminaire à libérer l'accusé ou à le renvoyer à son procès sur la foi de la preuve recueillie à l'enquête préliminaire, ne limite pas la portée de l'art. 574. L'argument selon lequel le juge de l'enquête préliminaire a tiré une conclusion dénature le rôle de ce juge ainsi que la raison d'être de l'art. 574. Selon la version actuelle de l'art. 548, tout chef d'accusation doit être fondé sur la preuve recueillie à l'enquête préliminaire. Si tel n'est pas le cas, l'opinion du juge de l'enquête préliminaire, selon laquelle il l'est, n'est tout simplement pas pertinente.

Lorsqu'un accusé a choisi d'être jugé par un juge seul et qu'il est renvoyé à procès par un juge de paix, l'al. 574(1)b) permet au ministère public de présenter un acte d'accusation à l'égard de n'importe quel chef d'accusation qui se rapporte à une infraction dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie à l'enquête préliminaire, sans égard à l'opinion du juge de paix quant à cette infraction précise. Un tel acte d'accusation peut être annulé si les chefs d'accusation ne se rapportent pas aux infractions dont l'existence a été révélée à l'enquête préliminaire. Il ne s'agit pas de se demander si le poursuivant a eu tort de «renverser» la décision du juge de paix, ni de savoir s'il aurait dû s'en remettre à l'opinion de ce dernier. À cause de l'adoption de l'art. 566, l'art. 577 ne s'applique pas en l'espèce. L'interprétation du mot «libéré» à l'art. 577 n'avait aucun rapport avec l'interprétation de l'art. 574 qui est clair et non ambigu. Les considérations de principe qui sous-tendent les différentes procédures applicables aux pouvoirs de mise en accusation ordinaire ou directe appuient cette interprétation.

At the preliminary inquiry, there was sufficient evidence to justify the preferring of an indictment on the charge of assault causing bodily harm.

À l'enquête préliminaire, il y avait assez d'éléments de preuve pour justifier la présentation d'un acte d'accusation comportant le chef de voies de fait causant des lésions corporelles.

### Cases Cited

By Sopinka J.

**Considered:** *R. v. Miller*, [1970] 3 C.C.C. 89; *McKibbon v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 131; *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985; **referred to:** *R. v. Hampton* (1990), 69 Man. R. (2d) 293, leave to appeal refused *sub nom. D.K.H. v. The Queen*, [1991] 1 S.C.R. viii; *R. v. Hill* (1987), 57 Sask. R. 234; *R. v. Myers* (1991), 65 C.C.C. (3d) 135; *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067; *St. Jean v. The Queen* (1978), 7 C.R. (3d) 14; *Canada (Procureur général) v. Bélair* (1991), 10 C.R. (4th) 209; *R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 S.C.R. 865; *R. v. Hamm*, [1984] 5 W.W.R. 696.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*R. v. Hill* (1987), 57 Sask. R. 234; *R. v. Hampton* (1990), 69 Man. R. (2d) 293, leave to appeal refused *sub nom. D.K.H. v. The Queen*, [1991] 1 S.C.R. viii; *R. v. Barbeau*, [1992] 2 S.C.R. 845; *McKibbon v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 131; *R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 S.C.R. 865.

### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 267(1)(b), 548(1)(a), (b), (2) [am. R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 101], 566(1), (2), (3) [am. *ibid.*, s. 111], 568 [am. *idem*], 574(1)(a), (b) [am. *ibid.*, s. 113], 576(1) [am. *ibid.*, s. 114], 577(a), (b), (c), (d) [am. *ibid.*, s. 115].

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1992), 97 Sask. R. 245, 71 C.C.C. (3d) 50, allowing an appeal from a judgment of McIntyre J. (quashing an indictment for causing bodily harm) and remitting the matter for trial on the original charge. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

### <sup>a</sup> Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

<sup>b</sup> **Arrêts examinés:** *R. c. Miller*, [1970] 3 C.C.C. 89; *McKibbon c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 131; *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985; **arrêts mentionnés:** *R. c. Hampton* (1990), 69 Man. R. (2d) 293, autorisation de pourvoi refusée *sub nom. D.K.H. c. The Queen*, [1991] 1 R.C.S. viii; *R. c. Hill* (1987), 57 Sask. R. 234; *R. c. Myers* (1991), 65 C.C.C. (3d) 135; *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067; *St. Jean c. The Queen* (1978), 7 C.R. (3d) 14; *Canada (Procureur général) c. Bélair* (1991), 10 C.R. (4th) 209; *R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865; *R. c. Hamm*, [1984] 5 W.W.R. 696.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

<sup>e</sup> *R. c. Hill* (1987), 57 Sask. R. 234; *R. c. Hampton* (1990), 69 Man. R. (2d) 293, autorisation de pourvoi refusée *sub nom. D.K.H. c. The Queen*, [1991] 1 R.C.S. viii; *R. c. Barbeau*, [1992] 2 R.C.S. 845; *McKibbon c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 131; *R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865.

### Lois et règlements cités

<sup>g</sup> *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 267(1)(b), 548(1)(a), (b), (2) [mod. L.R.C. (1985), ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 101], 566(1), (2), (3) [mod. *ibid.*, art. 111], 568 [mod. *idem*], 574(1)(a), (b) [mod. *ibid.*, art. 113], 576(1) [mod. *ibid.*, art. 114], 577(a), (b), (c), (d) [mod. *ibid.*, art. 115].

<sup>j</sup> POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1992), 97 Sask. R. 245, 71 C.C.C. (3d) 50, qui a accueilli l'appel interjeté contre un jugement du juge McIntyre, qui a annulé un acte d'accusation comportant le chef de voies de fait causant des lésions corporelles et renvoyé l'affaire pour qu'un procès soit tenu relativement au chef d'accusation initial. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.



*Norman H. Bercovich*, for the appellant.

*Norman H. Bercovich*, pour l'appellant.

*Michael M. Vass*, for the respondent.

*Michael M. Vass*, pour l'intimée.

*Bernard Laprade* and *Peter Lamont*, for the interveners.

*Bernard Laprade* et *Peter Lamont*, pour l'intervenant.

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

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

SOPINKA J. — This appeal concerns an issue relating to the respective roles of the prosecutor and the judge conducting a preliminary inquiry (hereinafter “the preliminary judge” or “the judge”). Specifically, the Court must decide whether a prosecutor can prefer an indictment with respect to an offence charged in an information which the preliminary judge has found is not supported by sufficient evidence to order the accused to stand trial.

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi porte sur une question relative aux rôles respectifs du poursuivant et du juge qui préside une enquête préliminaire (ci-après «le juge de l'enquête préliminaire» ou «le juge»). Plus particulièrement, notre Cour doit décider si un poursuivant peut présenter un acte d'accusation à l'égard d'une infraction reprochée dans une dénonciation, relativement à laquelle le juge de l'enquête préliminaire a conclu que la preuve était insuffisante pour renvoyer l'accusé à son procès.

### I. Facts

### I. Les faits

The appellant was charged with assault causing bodily harm under s. 267(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. He elected to be tried by judge alone. Following a preliminary inquiry before a provincial court judge, he was committed for trial on the lesser included offence of common assault. The presiding judge found there was insufficient evidence to warrant committal on the original charge.

L'appellant a été accusé de voies de fait causant des lésions corporelles en vertu de l'al. 267(1)b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Il a opté pour un procès devant un juge seul. À la suite d'une enquête préliminaire devant un juge de la Cour provinciale, il a été renvoyé pour subir son procès relativement à l'infraction incluse moindre de voies de fait simples. Le juge qui présidait l'enquête préliminaire a conclu que la preuve était insuffisante pour ordonner le renvoi à procès relativement au chef d'accusation initial.

The prosecutor nevertheless preferred an indictment against the appellant on the original charge of assault causing bodily harm. The appellant brought a motion to quash the indictment on the ground that he had been discharged on the charge of assault causing bodily harm. The motion was granted at the Court of Queen's Bench and the prosecutor's indictment was quashed. The Crown's appeal to the Court of Appeal was allowed and the matter was remitted to the Court

Le poursuivant a néanmoins présenté contre l'appellant un acte d'accusation comportant le chef initial de voies de fait causant des lésions corporelles. L'appellant a déposé une requête en annulation de l'acte d'accusation pour le motif qu'il avait été libéré de ce chef initial. La Cour du Banc de la Reine a fait droit à la requête et l'acte d'accusation du poursuivant a été annulé. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par le ministère public et a renvoyé l'affaire devant la Cour du Banc de la

of Queen's Bench for trial on the indictment for assault causing bodily harm.

## II. Judgments Below

### *Provincial Court of Saskatchewan*

Meagher Prov. Ct. J. stated: "I don't see any evidence that I could commit on bodily harm, but certainly there is adequate evidence of common assault". He therefore committed the appellant on the included offence of common assault only.

### *Court of Queen's Bench of Saskatchewan*

McIntyre J. reviewed the relevant statutory provisions and case law with respect to the preferring of indictments. He rejected the reasoning of the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Hampton* (1990), 69 Man. R. (2d) 293, and followed the decisions in *R. v. Hill* (1987), 57 Sask. R. 234 (Q.B.), and *R. v. Myers* (1991), 65 C.C.C. (3d) 135 (Nfld. C.A.), which decided that committal on a lesser charge constituted a discharge of the accused under ss. 548(1)(b) and 577(b) of the *Code*. McIntyre J. added:

If the agent of the Attorney General is permitted to second guess a judge hearing the preliminary inquiry on this point, then there would be no need whatever of ss. 577(b) and (c) of the *Criminal Code*.

He concluded that the appellant had been discharged and therefore, in order for the Crown to prefer an indictment containing a charge of assault causing bodily harm it had to proceed under the heading of a "direct indictment" pursuant to ss. 577(b) and (c) and obtain the written personal consent of the Attorney General or Deputy Attorney General.

*Court of Appeal for Saskatchewan* (1992), 97 Sask. R. 245 (Tallis J.A. for the Court)

Tallis J.A. relied on *R. v. Hampton, supra*, as the primary authority on whether s. 574 authorizes a

Reine pour qu'un procès soit tenu relativement à l'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles.

## a II. Les juridictions inférieures

### *Cour provinciale de la Saskatchewan*

Le juge Meagher de la Cour provinciale a affirmé: [TRADUCTION] «Je ne vois aucune preuve qui me permettrait d'ordonner un renvoi à procès pour des lésions corporelles, mais il existe certainement assez d'éléments de preuve de voies de fait simples». Il a donc renvoyé l'appelant pour qu'il subisse son procès à l'égard de l'infraction incluse de voies de fait simples seulement.

### *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan*

d Le juge McIntyre a examiné les dispositions législatives pertinentes et la jurisprudence relative à la présentation d'actes d'accusation. Il a rejeté le raisonnement adopté par la Cour d'appel du Manitoba dans l'arrêt *R. c. Hampton* (1990), 69 Man. R. (2d) 293, et a suivi la décision *R. c. Hill* (1987), 57 Sask. R. 234 (B.R.), de même que l'arrêt *R. c. Myers* (1991), 65 C.C.C. (3d) 135 (C.A.T.-N.), dans lesquels on a décidé que le renvoi à procès à l'égard d'une infraction moindre constituait une libération de l'accusé au sens des al. 548(1)(b) et 577(b) du *Code*. Le juge McIntyre a ajouté:

[TRADUCTION] Si le substitut du procureur général pouvait critiquer après coup sur ce point un juge qui préside l'enquête préliminaire, alors il ne serait pas nécessaire d'avoir les al. 577(b) et c) du *Code criminel*.

Il a conclu que l'appelant avait été libéré de l'accusation et, en conséquence, que le ministère public devait, pour présenter un acte d'accusation comportant un chef de voies de fait causant des lésions corporelles, procéder par voie de mise en accusation directe, conformément aux al. 577(b) et c), et obtenir le consentement personnel écrit du procureur général ou du sous-procureur général.

*Cour d'appel de la Saskatchewan* (1992), 97 Sask. R. 245 (le juge Tallis au nom de la cour)

j Le juge Tallis s'est fondé sur l'arrêt *R. c. Hampton*, précité, à titre d'arrêt primordial sur la ques-

Crown prosecutor to prefer an indictment for an offence following a preliminary hearing on an information alleging the same offence, where the accused is committed only on a lesser, included offence. In *Hampton*, the Manitoba Court of Appeal affirmed the right of the prosecutor to invoke s. 574 of the *Code* in similar circumstances. Given that the Supreme Court of Canada denied leave to appeal (indexed as *D.K.H. v. The Queen*, [1991] 1 S.C.R. viii), he found it appropriate to follow *Hampton* and disregard other authorities on point. Tallis J.A. stated at p. 246: "we do not think the committal on the lesser charge of common assault constituted a discharge under s. 548(1)(b) and 577(b)."

### III. Analysis

Part XIX of the *Code* governs procedure in indictable offences where the accused has elected to be tried by judge alone. The prosecutor's authority to prefer an indictment is found at s. 566, which states:

**566.** (1) The trial of an accused for an indictable offence, other than a trial before a provincial court judge, shall be on an indictment in writing setting forth the offence with which he is charged.

(2) Where an accused elects under section 536 or re-elects under section 561 to be tried by a judge without a jury, an indictment in Form 4 may be preferred.

(3) Section 574 and subsection 576(1) apply, with such modifications as the circumstances require, and section 577 does not apply, to the preferring of an indictment pursuant to subsection (2).

Section 566(3) referentially incorporates ss. 574 and 576(1) from Part XX ("Procedure in Jury Trials and General Provisions"). These provisions state in part:

**574.** (1) Subject to subsection (3) and section 577, the prosecutor may prefer an indictment against any person who has been ordered to stand trial in respect of

tion de savoir si l'art. 574 autorise le ministère public à présenter un acte d'accusation pour une infraction à la suite d'une enquête préliminaire portant sur une dénonciation reprochant la même infraction, dans le cas où l'accusé est renvoyé pour subir son procès seulement à l'égard d'une infraction moindre et incluse. Dans l'arrêt *Hampton*, la Cour d'appel du Manitoba a confirmé le droit du poursuivant d'invoquer l'art. 574 du *Code* dans des circonstances similaires. Puisque la Cour suprême du Canada a refusé l'autorisation de pourvoi (répertorié *D.K.H. c. The Queen*, [1991] 1 R.C.S. viii), le juge Tallis a jugé approprié de suivre l'arrêt *Hampton* et de ne pas tenir compte des autres arrêts sur ce point. Le juge Tallis affirme, à la p. 246: [TRADUCTION] «nous ne croyons pas que le renvoi à procès relatif au chef d'accusation moindre de voies de fait simples constituait une libération au sens des al. 548(1)b) et 577b).»

### III. Analyse

La partie XIX du *Code* régit la procédure applicable aux actes criminels dans les cas où l'accusé a choisi d'être jugé par un juge seul. Le pouvoir du poursuivant de présenter un acte d'accusation est prévu à l'art. 566 dont voici le texte:

**566.** (1) Le procès d'un prévenu accusé d'un acte criminel, à l'exception d'un procès devant un juge de la cour provinciale, exige un acte d'accusation écrit énonçant l'infraction dont il est accusé.

(2) Lorsqu'un prévenu choisit, lors d'un premier choix en vertu de l'article 536 ou d'un nouveau choix en vertu de l'article 561 d'être jugé par un juge sans jury, un acte d'accusation selon la formule 4 peut être déposé.

(3) L'article 574 et le paragraphe 576(1) s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, et l'article 577 ne s'applique pas, au dépôt d'un acte d'accusation effectué en vertu du paragraphe (2).

Le paragraphe 566(3) incorpore par renvoi l'art. 574 et le par. 576(1) de la partie XX («Procédure lors d'un procès devant jury et dispositions générales»). Ces dispositions prévoient notamment:

**574.** (1) Sous réserve du paragraphe (3) et de l'article 577, le poursuivant peut présenter un acte d'accusation contre toute personne qui a été renvoyée pour subir son procès à l'égard de:

(a) any charge on which that person was ordered to stand trial, or

(b) any charge founded on the facts disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry, in addition to or in substitution for any charge on which that person was ordered to stand trial,

whether or not the charges were included in one information.

**576.** (1) Except as provided in this Act, no indictment shall be preferred.

Section 574 is the provision which authorizes the prosecutor to prefer an indictment in the ordinary course of events. Under this section no special consent is required. This can be contrasted with s. 577 which provides for the preferring of "direct" indictments. Section 566 unequivocally states that s. 577 does not apply to judge alone proceedings. Section 577 states:

**577.** In any prosecution,

(a) where a preliminary inquiry has not been held, an indictment shall not be preferred, or

(b) where a preliminary inquiry has been held and the accused has been discharged, an indictment shall not be preferred or a new information shall not be laid

before any court without,

(c) where the prosecution is conducted by the Attorney General or the Attorney General intervenes in the prosecution, the personal consent in writing of the Attorney General or Deputy Attorney General, or

(d) where the prosecution is conducted by a prosecutor other than the Attorney General and the Attorney General does not intervene in the prosecution, the written order of a judge of that court.

The crux of this appeal concerns the meaning of s. 574(1)(b), which states that the prosecutor may prefer an indictment on "any charge founded on the facts disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry". Specifically, the issue in this case is whether the prosecutor can prefer an indictment under s. 574(1)(b) for the offence originally alleged in the information, even though the preliminary judge has not committed the accused to stand

a) n'importe quel chef d'accusation pour lequel cette personne a été renvoyée pour subir son procès;

b) n'importe quel chef d'accusation se rapportant aux infractions dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire, en plus ou en remplacement de toute infraction pour laquelle cette personne a été renvoyée pour subir son procès,

que ces chefs d'accusation aient été ou non compris dans une dénonciation.

**576.** (1) Sauf dans les cas prévus par la présente loi, aucun acte d'accusation ne peut être présenté.

L'article 574 est la disposition qui autorise le poursuivant à présenter un acte d'accusation dans des circonstances normales. Aucun consentement spécial n'est requis aux termes de cet article. Cela peut être mis en parallèle avec l'art. 577 qui prévoit la présentation d'actes d'accusation «directs». L'article 566 prévoit clairement que l'art. 577 ne s'applique pas aux procédures devant un juge seul. L'article 577 est ainsi rédigé:

**577.** Lors d'une poursuite:

a) si une enquête préliminaire n'a pas été tenue, un acte d'accusation ne peut être présenté;

b) si une enquête préliminaire a été tenue et que le prévenu ait été libéré, un acte d'accusation ne peut être présenté et une nouvelle dénonciation ne peut être faite,

devant aucun tribunal sans:

c) le consentement personnel écrit du procureur général ou du sous-procureur général si la poursuite est menée par le procureur général ou si elle en est une où celui-ci intervient;

d) le consentement écrit d'un juge de ce tribunal si la poursuite n'est pas menée par le procureur général ou si la poursuite en est une où le procureur général n'intervient pas.

Au cœur du présent pourvoi, il y a la question du sens de l'al. 574(1)(b) qui précise que le poursuivant peut présenter un acte d'accusation à l'égard de «n'importe quel chef d'accusation se rapportant aux infractions dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire». Plus particulièrement, il s'agit ici de savoir si le poursuivant peut présenter un acte d'accusation en vertu de l'al. 574(1)(b) pour l'in-

trial on the original charge, committing only on a lesser, included offence. This requires an examination of the judge's powers and duties at the preliminary inquiry.

The relevant section is s. 548, which states:

**548.** (1) When all the evidence has been taken by the justice, he shall

(a) if in his opinion there is sufficient evidence to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction, order the accused to stand trial; or

(b) discharge the accused, if in his opinion on the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction.

(2) Where the justice orders the accused to stand trial for an indictable offence, other than or in addition to the one with which the accused was charged, the justice shall endorse on the information the charges on which he orders the accused to stand trial.

In *United States of America v. Shephard*, [1977] 2 S.C.R. 1067, Ritchie J. (for the majority) stated at p. 1080:

I agree that the duty imposed upon a "justice" under s. 475(1) [now s. 548(1)] is the same as that which governs a trial judge sitting with a jury in deciding whether the evidence is "sufficient" to justify him in withdrawing the case from the jury and this is to be determined according to whether or not there is any evidence upon which a reasonable jury properly instructed could return a verdict of guilty. The "justice", in accordance with this principle, is, in my opinion, required to commit an accused person for trial in any case in which there is admissible evidence which could, if it were believed, result in a conviction. [Emphasis added.]

As *Shephard* emphasizes, the preliminary judge has no discretion in making this decision. If there

fraction initialement reprochée dans la dénonciation, même si le juge de l'enquête préliminaire a renvoyé l'accusé pour subir son procès non pas relativement à ce chef d'accusation initial, mais <sup>a</sup> seulement relativement à une infraction moindre et incluse. Cela exige d'examiner les pouvoirs et fonctions du juge qui préside l'enquête préliminaire.

<sup>b</sup> La disposition pertinente est l'art. 548:

**548.** (1) Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit:

<sup>c</sup> a) renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire est suffisante;

<sup>d</sup> b) libérer l'accusé, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire n'est pas suffisante pour qu'il subisse un procès.

<sup>e</sup> (2) Lorsque le juge de paix ordonne que l'accusé soit renvoyé pour subir son procès à l'égard d'un acte criminel différent ou en sus de celui dont il était accusé, il doit mentionner sur la dénonciation quelles sont les accusations à l'égard desquelles l'accusé doit subir son procès.

<sup>f</sup> Dans l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Shephard*, [1977] 2 R.C.S. 1067, le juge Ritchie affirme, au nom de la Cour à la majorité, à la p. 1080:

Je conviens que le devoir imposé à un «juge de paix» aux termes du par. (1) de l'art. 475 [maintenant le par. 548(1)] est le même que celui du juge du procès siégeant avec un jury lorsqu'il doit décider si la preuve est «suffisante» pour dessaisir le jury selon qu'il existe ou non des éléments de preuve au vu desquels un jury équitable, ayant reçu des directives appropriées, pourrait conclure à la culpabilité. Conformément à ce principe, j'estime que le «juge de paix» doit renvoyer la personne inculpée pour qu'elle subisse son procès chaque fois qu'il existe des éléments de preuve admissibles qui pourraient, s'ils étaient crus, entraîner une déclaration de culpabilité. [Je souligne.]

<sup>j</sup> Comme le fait ressortir l'arrêt *Shephard*, le juge de l'enquête préliminaire ne jouit d'aucune latitude

is any evidence, s. 548 expressly states that the preliminary judge has a duty to commit the accused to stand trial. When the accused is not committed on an offence specifically charged in the information, it must be presumed that the judge has turned his or her mind to the evidence as it relates to that particular offence. Once the judge has heard all of the evidence, his or her refusal to commit on an offence charged in the information amounts to a judicial determination that the charge is not "founded on the facts disclosed by the evidence".

In these circumstances we must determine whether Parliament intended that counsel for the Attorney General could prefer an indictment in respect of the very charge which the judge has decided is not supported by the evidence.

The submission of the Crown in the affirmative, which my colleague accepts, is based on a view of the respective roles of the preliminary judge and the prosecutor developed in *Hampton, supra*. In that case, Helper J.A., at p. 302, stated:

The exercise of that administrative discretion by the prosecutor does not result in a collateral attack upon the decision of the magistrate whose only power is to commit for trial or to discharge the accused from the court process.

I respectfully disagree with the view that the power of the preliminary judge is limited to committal or discharge and that the specification of offences is left to the prosecutor. While one might get this impression in reading s. 548(1) in isolation it is clear from other sections including s. 548(2) that this interpretation cannot be sustained. If there is only one charge, the options for the judge are to commit or discharge. If there are several charges either because several are laid or emerge from the evidence at the hearing the judge must specify "the charges on which he orders the accused to stand trial" (s. 548(2)). Moreover, under s. 574(1)(a) the prosecutor is empowered to prefer an indictment in

en prenant cette décision. S'il existe des éléments de preuve, l'art. 548 prévoit expressément que le juge de l'enquête préliminaire est tenu de renvoyer l'accusé à son procès. Si ce dernier n'est pas renvoyé pour subir son procès à l'égard d'une infraction dont il est expressément accusé dans la dénonciation, il faut présumer que le juge a examiné les éléments de preuve se rapportant à ladite infraction. Lorsque le juge a entendu tous les témoignages, son refus d'ordonner le renvoi à procès pour une infraction reprochée dans la dénonciation équivaut à une décision judiciaire que le chef d'accusation «[ne se rapporte pas à une] infraction dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie».

Dans ces circonstances, nous devons nous demander si le législateur a voulu que le substitut du procureur général puisse présenter un acte d'accusation pour l'infraction même qui, selon ce qu'a décidé le juge, n'est pas appuyée par la preuve.

La réponse affirmative du ministère public, que ma collègue accepte, est fondée sur une perception des rôles respectifs du juge de l'enquête préliminaire et du poursuivant, qui a été adoptée dans l'arrêt *Hampton*, précité. Dans cette affaire, le juge Helper affirme, à la p. 302:

[TRADUCTION] Lorsqu'il exerce ce pouvoir discrétionnaire administratif, le poursuivant ne se livre pas à une attaque indirecte contre la décision du juge de paix dont le seul pouvoir est de renvoyer l'accusé à son procès ou de le libérer du processus judiciaire.

En toute déférence, je ne partage pas l'opinion que le juge de l'enquête préliminaire a seulement le pouvoir de renvoyer l'accusé à son procès ou de le libérer et qu'il appartient au poursuivant de préciser les infractions reprochées. Bien que l'on puisse avoir cette impression en lisant le par. 548(1) pris isolément, il ressort clairement des autres dispositions, dont le par. 548(2), que cette interprétation ne saurait être retenue. S'il n'y a qu'un seul chef d'accusation, le juge a le choix entre renvoyer l'accusé à son procès ou le libérer. S'il existe plusieurs chefs d'accusation, soit parce que plusieurs ont été déposés, soit parce que plusieurs se dégagent de la preuve recueillie à l'au-

respect of “any charge on which that person was ordered to stand trial”.

If an accused is not committed to stand trial with respect to a charge in the information, what is its status? Clearly the accused is no longer charged with that offence. There has been a judicial determination that there is no evidence to support it so as to permit the Crown to proceed to trial. In order to proceed with the charge a new charge would have to be laid either by a new information or a preferred indictment. In requiring the judge to specify the charges in respect of which the accused is ordered to stand trial, it follows that with respect to other charges in the information the disposition is that the accused is discharged. Since the judge has a duty to inquire into all charges, surely the judge must make some disposition of all charges. A charge cannot simply be left in limbo. The appropriate disposition of charges for which there is insufficient evidence to put the accused on trial is discharge of the accused on those charges.

This view of the matter has been current since at least 1969 when Fraser J. in *R. v. Miller*, [1970] 3 C.C.C. 89 (Ont. H.C.), quashed an indictment which purported to reinstitute a charge in respect of which the preliminary judge refused to commit. The accused had been charged with criminal negligence causing death. At the preliminary hearing the judge committed for dangerous driving and, in the words of Fraser J. at p. 90, “discharged him [the accused] with respect to the offence of causing

dience, le juge doit préciser «quelles sont les accusations à l’égard desquelles l’accusé doit subir son procès» (par. 548(2)). Par ailleurs, en vertu de l’al. 574(1)a, le poursuivant est habilité à présenter un acte d’accusation à l’égard de «n’importe quel chef d’accusation pour lequel cette personne a été renvoyée pour subir son procès».

Si un accusé n’est pas renvoyé pour subir son procès à l’égard d’un chef d’accusation compris dans la dénonciation, que se passe-t-il? De toute évidence, il n’est plus accusé de l’infraction en question. Il y a eu une décision judiciaire qu’il n’y a pas de preuve justifiant ce chef d’accusation de manière à permettre au ministère public d’aller en procès. Pour aller de l’avant avec ce chef d’accusation, un nouveau chef devrait être déposé soit au moyen d’une nouvelle dénonciation, soit au moyen d’un acte d’accusation présenté par le procureur général. En exigeant du juge qu’il précise quelles sont les accusations à l’égard desquelles l’accusé doit subir son procès, il s’ensuit, d’après cette disposition, que l’accusé est libéré en ce qui concerne les autres chefs d’accusation compris dans la dénonciation. Puisque le juge est tenu d’examiner tous les chefs d’accusation, il doit certainement décider de quelque façon que ce soit du sort de tous les chefs d’accusation. Un chef d’accusation ne peut simplement pas tomber dans l’oubli. La bonne façon de statuer sur les chefs d’accusation pour lesquels la preuve est insuffisante pour renvoyer l’accusé à son procès consiste à libérer l’accusé de ces chefs d’accusation.

Telle est la perception de la question qui a cours depuis au moins 1969, soit depuis que le juge Fraser a, dans la décision *R. c. Miller*, [1970] 3 C.C.C. 89 (H.C. Ont.), annulé un acte d’accusation qui était censé rétablir un chef d’accusation à l’égard duquel le juge de l’enquête préliminaire avait refusé de renvoyer l’accusé à son procès. Ce dernier avait été accusé de négligence criminelle causant la mort. À l’enquête préliminaire, le juge avait renvoyé l’accusé pour qu’il subisse son procès à l’égard de l’infraction de conduite dangereuse et, pour reprendre les propos du juge Fraser, à la p. 90, il l’avait [TRADUCTION] «libéré à l’égard de

death by criminal negligence". At page 95, Fraser J. continued:

Having regard to its context I am of the view that s. 486(b) is intended to be applied and used as it has been in the past; *i.e.*, to enable a prosecutor to revise or add counts based on the evidence at the preliminary hearings as to an occurrence which has been fully investigated. It is not intended to enable him to reverse a decision made at the preliminary hearing.

This view of the powers of the prosecutor was affirmed by the Quebec Court of Appeal in *St. Jean v. The Queen* (1978), 7 C.R. (3d) 14. It was further affirmed by this Court in *McKibbon v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 131, which dealt with the relevant provisions of the *Code* prior to the 1985 amendments to which my colleague refers. In *McKibbon*, the accused was charged with two counts in an information and elected trial by jury. He was committed to stand trial on the two counts in the information but the prosecutor preferred an indictment adding two counts which were not in the information but were allegedly based on the facts elicited at the preliminary hearing. The preliminary judge acting on this Court's decision in *R. v. Chabot*, [1980] 2 S.C.R. 985, refused to commit the accused to stand trial on the additional counts. In *Chabot* the Court held that a preliminary judge had no power to commit for an offence not charged but disclosed in the evidence taken at the hearing. Lamer J. (as he then was), speaking for the majority in *McKibbon*, held that the prosecutor was empowered to prefer an indictment adding the two charges. After an exhaustive review of the history of the provisions relating to the preferment of indictments, he summarized the then current powers as follows at p. 157:

1. The Attorney General or anyone with the written consent of a judge of the court may prefer an indictment for

l'infraction d'avoir causé la mort par négligence criminelle». À la page 95, le juge Fraser poursuit:

[TRADUCTION] Compte tenu de son contexte, je suis d'avis que l'al. 486b) est destiné à être appliqué et utilisé comme il l'a été dans le passé, à savoir pour permettre au poursuivant de modifier ou d'ajouter des chefs d'accusation en fonction de la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire relativement à un événement qui a fait l'objet d'une enquête complète. Il n'a pas pour objet de l'habiliter à infirmer une décision rendue à l'enquête préliminaire.

Cette perception des pouvoirs du poursuivant a été confirmée par la Cour d'appel du Québec dans l'arrêt *St. Jean c. The Queen* (1978), 7 C.R. (3d) 14. Elle a également été confirmée par notre Cour dans l'arrêt *McKibbon c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 131, qui portait sur les dispositions pertinentes du *Code* avant les modifications de 1985 que mentionne ma collègue. Dans l'arrêt *McKibbon*, l'accusé avait fait l'objet de deux chefs d'accusation dans une dénonciation et avait choisi de subir son procès devant jury. Il a été renvoyé à procès à l'égard de ces deux chefs d'accusation, mais le poursuivant a présenté un acte d'accusation comportant deux autres chefs qui n'étaient pas compris dans la dénonciation, mais qui, a-t-on prétendu, se fondaient sur les infractions dont l'existence avait été révélée à l'enquête préliminaire. Se fondant sur l'arrêt de notre Cour *R. c. Chabot*, [1980] 2 R.C.S. 985, le juge de l'enquête préliminaire a refusé de renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès relativement aux chefs d'accusation additionnels. Dans l'arrêt *Chabot*, notre Cour a conclu que le juge de l'enquête préliminaire n'avait pas le pouvoir d'ordonner un renvoi à procès pour une infraction dont le prévenu n'avait pas été accusé, mais dont l'existence avait été révélée par la preuve recueillie à l'audience. Dans l'arrêt *McKibbon*, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a conclu, au nom de la Cour à la majorité, que le poursuivant était habilité à présenter un acte d'accusation ajoutant les deux chefs d'accusation en cause. Après avoir fait un examen exhaustif de l'historique des dispositions relatives à la présentation d'actes d'accusation, il résume ainsi les pouvoirs alors applicables, à la p. 157:

1. Le procureur général, ou toute personne qui a le consentement du juge de la cour, peut présenter un acte



any offence irrespective of whether a preliminary inquiry has been held, and if so, whether the accused was discharged or committed for that or any other offence.

2. Anyone else empowered under s. 507(2) to prefer indictments can do so only if the following conditions have been met:

- 1) A preliminary inquiry has been held;
- 2) The accused has been committed for trial on at least one of the charges inquired into by the justice;
- 3) The count of the indictment must be for
  - a) an offence for which the accused was committed, or
  - b) for an offence disclosed in the evidence introduced at the preliminary inquiry, and which is not an offence for which the accused was discharged. [Emphasis added.]

My colleague is of the view that *McKibbon* is inapplicable for two reasons:

(1) the 1985 amendments have changed the powers of the prosecutor to prefer indictments; and

(2) this Court in *McKibbon* was required to consider the relationship between ss. 574 and 577 while this is unnecessary in this case. This relieves the Court in this case of having to assign a meaning to the term "discharged" in s. 577 which would affect the interpretation of s. 574.

With respect to the first reason, I agree with the reasoning of Baudouin J.A. in *Canada (Procureur général) v. Bélair* (1991), 10 C.R. (4th) 209, to the effect that the 1985 amendments were not intended to make fundamental changes but rather were more in the nature of codification of the principles in *McKibbon* with respect to the power of the prosecutor to prefer indictments. At page 221, Baudouin J.A. states:

[TRANSLATION] In view of, first, this historical perspective, and second, the presumed intent of the legislature, I am persuaded from an analysis of the 1985 amendments that the legislative intent in 1985 was not

d'accusation pour toute infraction qu'il y ait eu ou non enquête préliminaire, et, s'il y en a eu une, peu importe que l'accusé ait été libéré ou renvoyé à son procès pour cette infraction ou toute autre infraction.

2. Toute autre personne que le par. 507(2) habilite à présenter des actes d'accusation ne peut le faire que si les conditions suivantes ont été remplies:

- 1) Une enquête préliminaire doit avoir été tenue;
- 2) L'accusé doit avoir été renvoyé à son procès relativement à au moins un des chefs d'accusation sur lesquels a porté l'enquête du juge;
- 3) Le chef d'accusation doit porter sur
  - a) une infraction pour laquelle l'accusé a été renvoyé à son procès, ou
  - b) une infraction révélée par la preuve soumise à l'enquête préliminaire et concernant laquelle l'accusé n'a pas été libéré. [Je souligne.]

Ma collègue est d'avis que l'arrêt *McKibbon* est inapplicable pour deux motifs:

1) les modifications de 1985 ont modifié les pouvoirs qu'a le poursuivant de présenter des actes d'accusation; et

2) notre Cour devait, dans l'arrêt *McKibbon*, examiner le rapport entre les art. 574 et 577 alors qu'il n'est pas nécessaire de le faire ici. C'est pourquoi notre Cour n'a pas, en l'espèce, à donner au terme «libéré», à l'art. 577, un sens qui aurait une incidence sur l'interprétation de l'art. 574.

En ce qui concerne le premier motif, je suis d'accord avec le raisonnement du juge Baudouin de la Cour d'appel dans l'arrêt *Canada (Procureur général) c. Bélair* (1991), 10 C.R. (4th) 209, voulant que les modifications de 1985 n'étaient pas destinées à effectuer des changements fondamentaux, mais tenaient plutôt d'une codification des principes formulés dans l'arrêt *McKibbon* relativement au pouvoir qu'a le poursuivant de présenter des actes d'accusation. Le juge Baudouin affirme, à la p. 221:

L'étude des modifications apportées en 1985, eu égard, d'une part, à cette perspective historique antérieure et, d'autre part, à l'intention présumée du législateur, me convainc que celui-ci, en 1985, n'a pas eu pour

to fundamentally alter the Attorney General's powers to prefer indictments.

Furthermore, it seems to me that the legislature intended, in a different form and with a number of other *ad hoc* amendments, to reproduce the earlier law regarding the Attorney General's powers. To begin with, s. 574(1) *Crim. C.*, which provides that a prosecutor may prefer an indictment against an accused ordered to stand trial in respect of any charge on which he or she was ordered to stand trial or any charge founded on facts disclosed by evidence taken on the preliminary inquiry, whether or not the charges were included in one information, restates the provisions of the old s. 504 *Crim. C.* It codifies the interpretation given by the Supreme Court in *McKibbon v. R.*, *supra*, to the old ss. 505(1) and 507(2) *Crim. C.* [Emphasis in original.]

With respect to the second point, I do not see how the reasoning in *Hampton* can be espoused without deciding whether the accused was discharged in relation to the offence for which the indictment was preferred. The premise on which the *Hampton* decision is based is that the preferment involves no collateral attack on the decision of the judge because "discharge" means complete discharge "from the court process," to quote in part from *Hampton*, at p. 302. If a decision not to commit on a specific charge is a discharge, then the decision of the prosecutor to charge is a collateral attack on the decision of the judge and the premise of *Hampton* is erroneous.

Furthermore, I do not agree that s. 574 can be interpreted in isolation in order to avoid the potential problem with the meaning of the term "discharged" in s. 577. It is a fundamental rule of statutory construction that the provisions of a statute should be interpreted not in isolation but by reference to the statute as a whole. An interpretation should be adopted that as far as possible harmonizes provisions that bear on the same subject matter. In *R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée*,

dessein de modifier de façon fondamentale les pouvoirs de la Procureure générale en matière de mise en accusation directe.

a

Pour le surplus, le législateur me semble avoir, sous une forme différente et avec un certain nombre d'autres modifications ponctuelles, entendu reproduire l'état du droit antérieur quant aux pouvoirs de la Procureure générale. L'article 574(1) *C. crim.* en premier lieu, qui prévoit la possibilité pour le poursuivant de présenter un acte d'accusation contre un accusé renvoyé à son procès à l'endroit de n'importe quel chef d'accusation pour lequel il a été envoyé à procès ou de n'importe quel chef d'accusation résultant d'une preuve recueillie à l'enquête préliminaire, que ces chefs aient été ou non compris dans une dénonciation, reprend les dispositions de l'ancien art. 504 *C. crim.* Il codifie l'interprétation donnée par la Cour suprême dans l'arrêt *McKibbon v. R.*, précité, aux anciens art. 505(1) et 507(2) *C. crim.* [En italique dans l'original.]

a

Quant au deuxième point, je ne vois pas comment on peut adopter le raisonnement de l'arrêt *Hampton* sans décider si l'accusé a été libéré à l'égard de l'infraction pour laquelle l'acte d'accusation a été présenté. La prémisse sur laquelle repose l'arrêt *Hampton* est que la présentation de l'acte d'accusation ne comporte aucune attaque indirecte contre la décision du juge parce que le terme [TRADUCTION] «libérer» signifie libérer complètement «du processus judiciaire», pour citer en partie l'arrêt *Hampton*, à la p. 302. Si la décision de ne pas ordonner un renvoi à procès relativement à une accusation précise constitue une libération de cette accusation, alors la décision du poursuivant de présenter un chef d'accusation constitue une attaque indirecte contre la décision du juge et la prémisse de l'arrêt *Hampton* est erronée.

e

f

g

h

Par ailleurs, je n'accepte pas que l'on puisse interpréter isolément l'art. 574 pour éviter l'éventuel problème de sens du terme «libéré» que l'on trouve à l'art. 577. C'est une règle fondamentale d'interprétation législative que les dispositions d'une loi devraient être interprétées non pas isolément, mais par rapport à l'ensemble de la loi. Il y a lieu d'adopter une interprétation qui, dans la mesure du possible, s'harmonise avec les dispositions portant sur la même question. Dans l'arrêt *R.*

i

j

[1979] 1 S.C.R. 865, Pratte J., writing for the Court, stated, at p. 872:

One of the most important rules to be followed in the interpretation of a particular provision of a statute was expressed as follows by Lord Herschell in *Colquhoun v. Brooks* (1889), 14 A.C. 493, at p. 506:

It is beyond dispute, too, that we are entitled and indeed bound when construing the terms of any provision found in a statute to consider any other parts of the Act which throw light upon the intention of the legislature and which may serve to shew that the particular provision ought not to be construed as it would be if considered alone and apart from the rest of the Act.

And, in *Canada Sugar Refining Company, Limited v. The Queen*, [1898] A.C. 735, Lord Davey said at p. 741:

... Every clause of a statute should be construed with reference to the context and the other clauses of the Act, so as, so far as possible, to make a consistent enactment of the whole statute or series of statutes relating to the subject-matter.

Clearly, this basic rule of statutory construction is still in effect . . . [Emphasis added.]

Section 574 applies to both jury trials and non-jury trials. In jury trials both ss. 574 and 577 are operative to provide a complete code with respect to the powers of the prosecutor to prefer indictments. Section 566 makes s. 574 applicable to non-jury trials, the latter section being “[s]ubject to . . . section 577”. Surely the same section cannot have one meaning in its jury setting and another in its non-jury setting. I would come to this conclusion even in the absence of the express language in s. 574 which makes it subject to s. 577. If specific language in s. 577 confers a power to be exercised only by the Attorney General or his or her deputy in cases to be tried by a jury, it would be difficult to suggest that by the use of general language in s. 574 Parliament intended to confer the same power on agents of the Attorney General in non-jury cases. Notwithstanding the contradictory effect of s. 566, I am of the opinion that the use of the

*c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865, le juge Pratte affirme, au nom de notre Cour, à la p. 872:

Lord Herschell a formulé, dans l’arrêt *Colquhoun v. Brooks* (1889), 14 A.C. 493, l’une des règles cardinales d’interprétation d’un texte législatif; il a écrit à la p. 506:

[TRADUCTION] En outre, nous avons indiscutablement le droit et, en réalité, le devoir d’interpréter une disposition législative en tenant compte de toutes les autres dispositions de la loi qui précisent l’intention du législateur et tendent à montrer qu’une disposition ne doit pas recevoir la même interprétation que si elle était considérée isolément et indépendamment du reste.

Dans l’arrêt *Canada Sugar Refining Company Limited v. The Queen*, [1898] A.C. 735, lord Davey a déclaré à la p. 741:

[TRADUCTION] . . . Chaque article d’une loi doit s’interpréter en regard du contexte et des autres articles de la loi de sorte que, dans la mesure du possible, l’ensemble de la loi ou des lois connexes forme un tout logique.

Il ne fait aucun doute que cette règle fondamentale d’interprétation législative subsiste . . . [Je souligne.]

L’article 574 s’applique à la fois aux procès devant jury et aux procès sans jury. Dans le cas des procès devant jury, les art. 574 et 577 ont pour effet d’établir un code complet concernant les pouvoirs qu’a le poursuivant de présenter des actes d’accusation. L’article 566 rend l’art. 574 applicable aux procès sans jury, ce dernier article s’appliquant «[s]ous réserve [. . .] de l’article 577». Le même article ne peut sûrement pas avoir un sens dans le cas d’un procès devant jury et un autre sens dans le cas d’un procès sans jury. J’en arriverais à cette conclusion même si l’art. 574 ne prévoyait pas explicitement que son application est assujettie à l’art. 577. Si l’article 577 confère expressément un pouvoir que seul le procureur général ou le sous-procureur général peut exercer dans le cas de procès devant jury, on pourrait difficilement laisser entendre que le législateur a voulu, par l’emploi de termes généraux à l’art. 574, conférer le même pouvoir aux substituts du procureur général dans le cas de procès sans jury. Nonobstant l’effet contradictoire de l’art. 566, je suis d’avis que l’emploi de

words “[s]ubject to . . . section 577” in s. 574 reinforces this conclusion.

It is difficult to reconcile the conflicting wording of s. 566 which both incorporates by reference s. 574 and provides that s. 577 does not apply in non-jury trials. In my opinion, the peremptory language of s. 566 clearly expresses the intention of Parliament that the additional powers conferred by s. 577 on the Attorney General and his or her deputy are not to apply in non-jury trials. In trials by jury, that section operates both to enlarge the powers of a prosecutor and limit the ambit of the language in s. 574. The enlarged powers can only be exercised with the written consent of the Attorney General or his or her deputy. The enlarged powers relate to preferring indictments: (1) when no preliminary hearing has been held, and (2) when a preliminary hearing has been held and the accused has been discharged, whether or not the indictment is based on facts disclosed in the evidence at the preliminary hearing. This latter power is clearly intended to permit the Attorney General or deputy to overrule the discharge by a judge at a preliminary inquiry. The restriction on the language of s. 574 which is relevant here is that an indictment cannot be preferred under that section if the accused has been discharged. The words in s. 574 which make it subject to s. 577, if they are to have any meaning, require that it be interpreted subject to the limitations imposed by s. 577.

In respect of jury trials the crown successfully argued in *R. v. Myers, supra*, that in circumstances similar to this case an indictment could be preferred under s. 577 in respect of the charge laid when the preliminary judge ordered the accused to stand trial only on an included lesser offence. The accused was charged with sexual assault and was committed to stand trial on simple assault. The prosecutor preferred an indictment under s. 577 and his power to do so was upheld by the Court of Appeal. This result was reached by interpreting the term “discharged” in s. 577 as “not committed on

l’expression «[s]ous réserve [. . .] de l’article 577» à l’art. 574 renforce cette conclusion.

Il est difficile de concilier le texte contradictoire de l’art. 566 qui incorpore par renvoi l’art. 574 et prévoit que l’art. 577 ne s’applique pas dans le cas de procès sans jury. À mon avis, le texte péremptoire de l’art. 566 exprime clairement l’intention du législateur que les pouvoirs additionnels conférés au procureur général et au sous-procureur général par l’art. 577 ne s’appliquent pas dans le cas de procès sans jury. Dans le cas de procès devant jury, cette disposition a pour effet à la fois d’élargir les pouvoirs du poursuivant et de restreindre la portée de l’art. 574. Ces pouvoirs élargis ne peuvent être exercés qu’avec le consentement écrit du procureur général ou du sous-procureur général. Ils ont trait à la présentation d’actes d’accusation: (1) lorsqu’une enquête préliminaire n’a pas été tenue, et (2) lorsqu’une enquête préliminaire a été tenue et que le prévenu a été libéré, peu importe que l’acte d’accusation se rapporte ou non aux infractions dont l’existence a été révélée par la preuve recueillie lors de l’enquête préliminaire. Ce dernier pouvoir vise clairement à permettre au procureur général ou au sous-procureur général de renverser la décision de libérer prise par le juge de l’enquête préliminaire. La restriction imposée à l’art. 574, qui est pertinente ici, est qu’il ne peut y avoir présentation d’un acte d’accusation en vertu de cet article s’il y a eu libération de l’accusé. Pour que les termes de l’art. 574, qui l’assujettissent à l’art. 577, aient un sens quelconque, il faut interpréter cet article sous réserve des restrictions imposées par l’art. 577.

En ce qui concerne les procès devant jury, le ministère public a fait valoir avec succès, dans l’arrêt *R. c. Myers*, précité, que, dans des circonstances similaires à celles de la présente affaire, un acte d’accusation pouvait être présenté en vertu de l’art. 577 à l’égard du chef d’accusation déposé lorsque le juge de l’enquête préliminaire a renvoyé l’accusé à procès seulement à l’égard d’une infraction moindre et incluse. Ce dernier avait été accusé d’agression sexuelle et renvoyé à procès pour une infraction de voies de fait simples. Le poursuivant a présenté un acte d’accusation en vertu de l’art.

the charge laid” (p. 140). I agree with this conclusion. Applying it to the circumstances of this case, s. 574 must be interpreted as subject to the restriction that an indictment cannot be preferred under that section in a case in which the accused was “not committed on the charge laid”.

This restriction applies notwithstanding the words “in addition to or in substitution for any charge” which appear in s. 574(1)(b). They do not extend to permit the addition or substitution of a charge for which the accused was discharged. On the other hand, the power of the prosecutor to prefer an indictment for an offence not charged but which is based on facts disclosed in the evidence is preserved. This is a power which the prosecutor had before the 1985 amendments when a similar power was first given to a preliminary judge. See *R. v. Chabot, supra*, and *McKibbon v. The Queen, supra*. It was not the intention of Parliament to remove this power from the prosecutor in giving it to the judge.

To summarize, the prosecutor in a proceeding governed by Part XIX of the *Code* relating to “Indictable Offences — Trial Without Jury” has the following power to prefer an indictment:

(1) an indictment may be preferred on any charge in respect of which the accused has been ordered to stand trial;

(2) an indictment may be preferred in respect of any charge founded on facts disclosed in the evidence taken at the preliminary hearing, provided that it is not an offence charged and in respect of which the accused was not ordered to stand trial.

577 et son pouvoir de le faire a été confirmé par la Cour d’appel. La cour est arrivée à ce résultat en interprétant le terme «libéré», à l’art. 577, comme signifiant [TRADUCTION] «non renvoyé à procès relativement au chef d’accusation déposé» (p. 140). Je souscris à cette conclusion. Si on l’applique aux circonstances de la présente affaire, l’art. 574 doit être interprété comme étant assujéti à la restriction selon laquelle un acte d’accusation ne saurait être présenté en vertu de cet article dans un cas où l’accusé «n’a pas été renvoyé pour subir son procès relativement au chef d’accusation déposé».

Cette restriction s’applique nonobstant les termes «en plus ou en remplacement de toute infraction» que l’on trouve à l’al. 574(1)b). Ces termes ne vont pas jusqu’à permettre l’ajout ou la substitution d’un chef d’accusation dont l’accusé a été libéré. Par contre, le poursuivant conserve le pouvoir de présenter un acte d’accusation à l’égard d’une infraction dont le prévenu n’a pas été accusé, mais qui se rapporte aux infractions dont l’existence a été révélée par la preuve. C’est un pouvoir que le poursuivant possédait avant les modifications de 1985 qui ont conféré, pour la première fois, un pouvoir similaire au juge de l’enquête préliminaire. Voir les arrêts *R. c. Chabot* et *McKibbon c. La Reine*, précités. Il n’était pas dans l’intention du législateur de retirer ce pouvoir au poursuivant pour le donner au juge.

En résumé, dans une poursuite régie par la partie XIX du *Code* relative aux «actes criminels — procès sans jury», le poursuivant a le pouvoir suivant de présenter un acte d’accusation:

(1) un acte d’accusation peut être présenté à l’égard de n’importe quel chef d’accusation pour lequel l’accusé a été renvoyé à son procès;

(2) un acte d’accusation peut être présenté à l’égard de n’importe quel chef d’accusation se rapportant aux infractions dont l’existence a été révélée par la preuve recueillie lors de l’enquête préliminaire, à la condition qu’il ne s’agisse pas d’une infraction dont le prévenu a été accusé et pour laquelle il n’a pas été renvoyé à son procès.

While it might be desirable that the prosecutor have the benefit of the powers conferred by s. 577 subject to its special conditions, it apparently was Parliament's intention not to provide such powers in non-jury trials. This is the inevitable conclusion to be drawn from the language of s. 566. This is consistent with Parliament's policy to restrict the powers of the prosecutor to prefer indictments in non-jury cases. See *McKibbon, supra*, at pp. 148-49. Parliament can, of course, confer this power by amending the *Code* if it is thought desirable. Meanwhile, in serious criminal cases, the prosecutor can avail him- or herself of the power contained in s. 568 of the *Code* and order a jury trial, in which case s. 577 becomes available. In other cases, the Crown may be able to proceed by way of a new information. The common law right to do so, while removed by s. 577 in jury cases, has not been removed in non-jury cases. Resort to this power may, however, constitute in some circumstances an abuse of process. See *R. v. Hamm*, [1984] 5 W.W.R. 696.

It follows from the above that the prosecutor in this case had no power to prefer an indictment in respect of assault occasioning bodily harm. Accordingly, the appeal is allowed, the judgment of the Court of Appeal is set aside and the judgment of McIntyre J. is restored.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — This case concerns a narrow and technical point of criminal procedural law: that is, the scope of the powers of indictment contained in s. 574(1)(b) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (the "*Code*").

#### Facts

A dance was held at the Core Ritchie Centre in Regina, Saskatchewan on November 10, 1989. Joe Francis, initially a co-accused in this case, got into

Bien qu'il puisse être souhaitable que le poursuivant bénéficie des pouvoirs conférés par l'art. 577, sous réserve des conditions particulières qu'il énonce, il appert qu'il n'était pas dans l'intention du législateur d'accorder pareils pouvoirs dans le cas de procès sans jury. C'est là la conclusion inévitable qu'il faut tirer du texte de l'art. 566. Cela est compatible avec la politique du législateur qui est de restreindre les pouvoirs qu'a le poursuivant de présenter des actes d'accusation dans le cadre de procès sans jury. Voir l'arrêt *McKibbon*, précité, aux pp. 148 et 149. Le législateur peut, bien entendu, conférer ce pouvoir en modifiant le *Code* s'il le juge souhaitable. Entre-temps, dans les affaires criminelles graves, le poursuivant peut se prévaloir du pouvoir énoncé à l'art. 568 du *Code* et exiger un procès devant jury, auquel cas l'art. 577 devient applicable. Dans d'autres cas, il se peut que le ministère public soit en mesure de procéder par voie de nouvelle dénonciation. Même s'il a été retiré par l'art. 577 dans le cas de procès devant jury, le droit de le faire, reconnu par la common law, n'a pas été retiré dans le cas de procès sans jury. Toutefois, le recours à ce pouvoir peut, dans certaines circonstances, constituer un abus de procédure. Voir l'arrêt *R. c. Hamm*, [1984] 5 W.W.R. 696.

Il s'ensuit que le poursuivant en l'espèce n'avait pas le pouvoir de présenter un acte d'accusation à l'égard de l'infraction de voies de fait causant des lésions corporelles. En conséquence, le pourvoi est accueilli, l'arrêt de la Cour d'appel est annulé et le jugement du juge McIntyre est rétabli.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — La présente affaire porte strictement sur une question technique de procédure en matière criminelle, soit la portée des pouvoirs de mise en accusation énoncés à l'al. 574(1)(b) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (le «*Code*»).

#### Les faits

Le 10 novembre 1989, une soirée de danse avait lieu au Core Ritchie Centre de Regina (Saskatchewan). Joe Francis, à l'origine un coaccusé dans la

a fight early in the evening, left the dance, and then returned with a group of friends, none of whom had tickets. One of these friends was the appellant, Mr. Tapaquon. The group pushed and shoved their way in through an unlocked door and into a boot rack area. Fighting broke out between this group, and those people who had been policing the door to prevent entry by those without tickets. One of these people, David Wood, was knocked unconscious, and suffered a broken nose, broken tooth, and other injuries.

The appellant was charged with assault causing bodily harm under s. 267(1)(b) of the *Code*, and elected to be tried by judge alone. At the preliminary inquiry, the judge concluded that there was insufficient evidence of assault causing bodily harm, but committed the appellant to stand trial on the lesser included offence of common assault. The Crown, however, preferred an indictment on the original charge of assault causing bodily harm. The appellant then brought a motion to quash the indictment, arguing that he had been discharged on the charge of assault causing bodily harm. This motion was granted by the Court of Queen's Bench and the indictment was quashed. The respondent Crown brought an appeal to set aside the quashing of its indictment. The Court of Appeal allowed the appeal, and the matter was remitted back to the Court of Queen's Bench for trial on the charge of assault causing bodily harm. The appellant now appeals that decision.

Relevant Provisions of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46

548. (1) When all the evidence has been taken by the justice, he shall

(a) if in his opinion there is sufficient evidence to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction, order the accused to stand trial; or

(b) discharge the accused, if in his opinion on the whole of the evidence no sufficient case is made out

présente affaire, a pris part à une bagarre tôt en soirée, a quitté la salle, puis y est revenu en compagnie d'un groupe d'amis dont l'appellant, M. Tapaquon. Aucun d'eux n'était muni d'un billet d'entrée. Le groupe s'est frayé un chemin en poussant sur une porte non verrouillée et en passant par l'endroit où on rangeait les bottes. La bagarre a éclaté entre ce groupe et les personnes qui gardaient les portes afin d'interdire l'entrée à ceux qui ne détenaient pas de billet. L'un de ces gardiens, David Wood, a été assommé, a eu le nez fracturé et une dent cassée, en plus de subir d'autres blessures.

L'appellant a été accusé de voies de fait causant des lésions corporelles en vertu de l'al. 267(1)b) du *Code* et a opté pour un procès devant un juge seul. À l'enquête préliminaire, le juge de paix a conclu que la preuve concernant les voies de fait causant des lésions corporelles était insuffisante, mais il a renvoyé l'appellant pour qu'il subisse son procès relativement à l'infraction incluse moindre de voies de fait simples. Le ministère public a, toutefois, déposé un acte d'accusation comportant le chef initial de voies de fait causant des lésions corporelles. L'appellant a alors déposé une requête en annulation de l'acte d'accusation pour le motif qu'il avait été libéré de ce chef. La Cour du Banc de la Reine a fait droit à la requête et l'acte d'accusation a été annulé. Le ministère public intimé a interjeté appel de cette décision. La Cour d'appel a accueilli l'appel et a renvoyé l'affaire devant la Cour du Banc de la Reine pour que soit tenu le procès sous le chef d'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles. C'est à l'encontre de cette décision que l'appellant se pourvoit maintenant devant nous.

Les dispositions pertinentes du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46

548. (1) Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit:

a) renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire est suffisante;

b) libérer l'accusé, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte cri-

to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction.

**566.** (1) The trial of an accused for an indictable offence, other than a trial before a provincial court judge, shall be on an indictment in writing setting forth the offence with which he is charged. <sup>a</sup>

(2) Where an accused elects under section 536 or re-elects under section 561 to be tried by a judge without a jury, an indictment in Form 4 may be preferred. <sup>b</sup>

(3) Section 574 and subsection 576(1) apply, with such modifications as the circumstances require, and section 577 does not apply, to the preferring of an indictment pursuant to subsection (2). <sup>c</sup>

**574.** (1) Subject to subsection (3) and section 577, the prosecutor may prefer an indictment against any person who has been ordered to stand trial in respect of <sup>d</sup>

(a) any charge on which that person was ordered to stand trial, or

(b) any charge founded on the facts disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry, in addition to or in substitution for any charge on which that person was ordered to stand trial, <sup>e</sup>

whether or not the charges were included in one information. <sup>f</sup>

(3) In any prosecution conducted by a prosecutor other than the Attorney General and in which the Attorney General does not intervene, an indictment shall not be preferred under subsection (1) before any court without the written order of a judge of that court. <sup>g</sup>

**576.** (1) Except as provided in this Act, no indictment shall be preferred. <sup>h</sup>

**577.** In any prosecution,

(a) where a preliminary inquiry has not been held, an indictment shall not be preferred, or <sup>i</sup>

(b) where a preliminary inquiry has been held and the accused has been discharged, an indictment shall not be preferred or a new information shall not be laid <sup>j</sup>

before any court without,

minel qui découle de la même affaire n'est pas suffisante pour qu'il subisse un procès.

**566.** (1) Le procès d'un prévenu accusé d'un acte criminel, à l'exception d'un procès devant un juge de la cour provinciale, exige un acte d'accusation écrit énonçant l'infraction dont il est accusé.

(2) Lorsqu'un prévenu choisit, lors d'un premier choix en vertu de l'article 536 ou d'un nouveau choix en vertu de l'article 561 d'être jugé par un juge sans jury, un acte d'accusation selon la formule 4 peut être déposé.

(3) L'article 574 et le paragraphe 576(1) s'appliquent, compte tenu des adaptations de circonstance, et l'article 577 ne s'applique pas, au dépôt d'un acte d'accusation effectué en vertu du paragraphe (2).

**574.** (1) Sous réserve du paragraphe (3) et de l'article 577, le poursuivant peut présenter un acte d'accusation contre toute personne qui a été renvoyée pour subir son procès à l'égard de:

a) n'importe quel chef d'accusation pour lequel cette personne a été renvoyée pour subir son procès;

b) n'importe quel chef d'accusation se rapportant aux infractions dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire, en plus ou en remplacement de toute infraction pour laquelle cette personne a été renvoyée pour subir son procès,

que ces chefs d'accusation aient été ou non compris dans une dénonciation.

(3) Dans le cas de poursuites menées par un poursuivant autre que le procureur général ou dans lesquelles le procureur général n'intervient pas, aucun acte d'accusation ne peut être déposé en vertu du paragraphe (1) devant un tribunal sans une ordonnance écrite de ce tribunal ou d'un juge de ce tribunal.

**576.** (1) Sauf dans les cas prévus par la présente loi, aucun acte d'accusation ne peut être présenté.

**577.** Lors d'une poursuite:

a) si une enquête préliminaire n'a pas été tenue, un acte d'accusation ne peut être présenté;

b) si une enquête préliminaire a été tenue et que le prévenu ait été libéré, un acte d'accusation ne peut être présenté et une nouvelle dénonciation ne peut être faite,

devant aucun tribunal sans:



(c) where the prosecution is conducted by the Attorney General or the Attorney General intervenes in the prosecution, the personal consent in writing of the Attorney General or Deputy Attorney General . . .

c) le consentement personnel écrit du procureur général ou du sous-procureur général si la poursuite en est une qui est menée par le procureur général ou si elle en est une où celui-ci intervient;

### Judgments

*Provincial Court of Saskatchewan* (Meagher Prov. Ct. J.)

Meagher Prov. Ct. J. gave the following reasons orally for committing the appellant on a charge of common assault instead of the original charge of assault causing bodily harm:

Well, I don't see any evidence at all of — there was a malie [*sic*] of a dozen or so people and any — and there is evidence that he landed I think that would be about a total of three blows to Wood's face. But that wasn't — had nothing to do with which one would conclude the injuries were. That three individuals were kicking him in the body and the head. And as I say, any more than I would think that charges could be laid against the other dozen or several people anyway that were pushing to get into that and involved in the malie [*sic*] as it might be called.

I don't see any evidence that I could commit on bodily harm, but certainly there is adequate evidence of common assault. And I do commit the accused to stand trial at the next regular sittings of the Court of Queen's Bench, judge without a jury, on the charge of — included charge of common assault.

*Court of Queen's Bench of Saskatchewan* (McIntyre J.)

McIntyre J. reviewed ss. 248, 574 and 577 of the *Code*, and the case law dealing with the preferring of indictments. He expressed concern that, if he accepted the Crown's submissions, prosecutors would be able to lay charges even where a judge had made a specific finding that there was insufficient evidence to commit an accused on that charge. Not considering himself bound by the case law from other provinces, McIntyre J. chose to follow the decision of his own court in *R. v. Hill* (1987), 57 Sask. R. 234. In that case, Maher J. con-

### <sup>a</sup> Les jugements

*Cour provinciale de la Saskatchewan* (le juge Meagher)

<sup>b</sup> Le juge Meagher a donné oralement les motifs suivants à l'appui de sa décision de renvoyer l'appelant pour qu'il subisse son procès à l'égard d'une accusation de voies de fait simples plutôt que de l'accusation initiale de voies de fait causant des lésions corporelles:

<sup>c</sup> [TRADUCTION] Eh bien! je ne vois aucune preuve de — il y a eu une mêlée impliquant une douzaine de personnes et — et il existe des éléments de preuve établissant qu'il a frappé Wood au visage, je crois, environ à trois reprises en tout. Mais ce n'était pas — ça n'avait rien à voir avec la question de savoir qui a causé les blessures. Trois personnes lui donnaient des coups de pied au corps et à la tête. Et comme je dis, je ne pense pas davantage qu'on pourrait accuser la douzaine d'autres personnes qui poussaient pour prendre part à ce qu'on pourrait appeler la mêlée.

<sup>d</sup> Je ne vois aucune preuve qui me permettrait d'ordonner un renvoi à procès pour des lésions corporelles, mais il existe certainement assez d'éléments de preuve de voies de fait simples. Je renvoie donc l'accusé pour qu'il subisse son procès à la prochaine session régulière de la Cour du Banc de la Reine, devant un juge seul, relativement à l'accusation de — à l'accusation incluse de voies de fait simples.

<sup>e</sup> *Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan* (le juge McIntyre)

<sup>f</sup> Le juge McIntyre a examiné les art. 248, 574 et 577 du *Code* ainsi que la jurisprudence relative à la présentation d'actes d'accusation. Il a dit craindre que, s'il souscrivait à l'argumentation du ministère public, les poursuivants puissent porter des accusations même lorsqu'un juge avait conclu expressément que la preuve était insuffisante pour renvoyer un accusé subir son procès relativement à l'accusation visée. Estimant qu'il n'était pas lié par la jurisprudence d'autres provinces, le juge McIntyre a décidé de suivre la décision rendue par sa propre

cluded that, under ss. 548(1)(b) and 577(b) of the *Code*, committal for trial on the included offence of manslaughter constitutes a discharge on the charge of second degree murder. Based on this approach, McIntyre J. found that the accused had been discharged on the charge of assault causing bodily harm, and so quashed that charge. He commented that prosecutors should not be “permitted to second guess a judge hearing the preliminary inquiry”. In his view, in order to prefer an indictment containing a charge of assault causing bodily harm, the Crown would have to prefer a direct indictment pursuant to s. 577(b) and (c), and obtain the written personal consent of the Attorney General.

*Court of Appeal* (1992), 97 Sask. R. 245 (Tallis J.A. orally; Cameron and Jackson J.J.A. concurring)

Tallis J.A. expressly disavowed the view that committal on the lesser charge of common assault constitutes a “discharge” under s. 548(1)(b) or 577(b). Finding that s. 574(1)(b) was the controlling provision in this case, he was of the view that this section empowers a prosecutor to prefer an indictment in substitution for any charge on which the accused was ordered to stand trial. As the requirements of s. 574 had been met, he concluded that the prosecutor was not precluded from substituting the original charge for the charge on which the accused was committed to stand trial. He also commented that this conclusion was consistent with the decision reached in *R. v. Hampton* (1990), 69 Man. R. (2d) 293, (leave to appeal denied, *sub nom. D.K.H. v. The Queen*, [1991] 1 S.C.R. viii), where the Manitoba Court of Appeal concluded that s. 574 allows the prosecutor to broaden the indictment in keeping with what the evidence reveals.

cour dans l'affaire *R. c. Hill* (1987), 57 Sask. R. 234. Dans cette affaire, le juge Maher avait statué qu'aux termes des al. 548(1)(b) et 577(b) du *Code*, le renvoi à procès relativement à l'infraction incluse d'homicide involontaire coupable constituait une libération de l'accusation de meurtre au deuxième degré. Préférant cette approche, le juge McIntyre a conclu que l'accusé avait été libéré de l'accusation de voies de fait causant des lésions corporelles et il a donc annulé cette accusation. Il a fait observer qu'il n'y avait pas lieu de permettre aux poursuivants de [TRADUCTION] «critiquer après coup [ . . . ] un juge qui préside l'enquête préliminaire». Selon lui, pour présenter un acte d'accusation énonçant un chef de voies de fait causant des lésions corporelles, le ministère public devrait recourir à un acte d'accusation direct conformément aux al. 577(b) et c) et obtenir le consentement personnel écrit du procureur général.

*Cour d'appel* (1992), 97 Sask. R. 245 (le juge Tallis oralement, avec l'appui des juges Cameron et Jackson)

Le juge Tallis a expressément désavoué l'opinion selon laquelle le renvoi à procès relatif à l'infraction moindre de voies de fait simples constitue une «libération» au sens de l'al. 548(1)(b) ou de l'al. 577(b). Jugeant que la disposition déterminante en l'espèce était l'al. 574(1)(b), il a exprimé l'avis que cet alinéa habilitait un poursuivant à présenter un acte d'accusation comportant un chef d'accusation en remplacement de toute infraction pour laquelle l'accusé avait été renvoyé à son procès. Comme on avait satisfait aux exigences de l'art. 574, le juge Tallis a conclu que rien n'empêchait le poursuivant de substituer le chef d'accusation initial à celui pour lequel l'accusé avait été renvoyé à son procès. Il a également fait observer que cette conclusion était compatible avec l'arrêt *R. c. Hampton* (1990), 69 Man. R. (2d) 293 (autorisation de pourvoi refusée *sub nom. D.K.H. c. The Queen*, [1991] 1 R.C.S. viii), dans lequel la Cour d'appel du Manitoba avait jugé que l'art. 574 permet au poursuivant d'élargir l'acte d'accusation conformément à ce que la preuve révèle.

Issue

As I mentioned at the outset, the issue in this case is a narrow one of statutory interpretation: where an accused has elected to be tried by judge alone, does s. 574(1)(b) of the *Code* allow a prosecutor to prefer an indictment on a given charge, even if a justice presiding at a preliminary inquiry declines to commit the accused on that charge? The appellant argues that s. 574(1)(b) is not so broad, and that the prosecutor's power is limited by the powers of a justice at a preliminary inquiry under s. 548. As such, I will first briefly examine s. 548, then, the context being established, move on to examine the powers of the Crown to prefer an indictment under s. 574. Last I will consider the application of s. 574 to the facts of this case.

The Preliminary Inquiry

First, I would emphasize that a preliminary inquiry is not a trial, and that the function of a justice at a preliminary inquiry is, as Cory J. stated in *R v. Barbeau*, [1992] 2 S.C.R. 845, at p. 853, "to determine whether there is sufficient evidence to commit the accused to trial." The inquiry provides the accused with an opportunity to avoid the indignity of being placed on trial where there is simply insufficient evidence to justify the holding of a trial at all. The justice presiding at such an inquiry has the task of determining whether or not the accused should stand trial. A decision that the accused should be discharged is not appealable, and can be challenged only by way of *certiorari*. At the same time, a discharge is not a finding of "not guilty", and cannot form the basis of a plea of *autrefois acquit*.

The powers of the justice presiding at a preliminary inquiry are set out in s. 548, which reads as follows:

**548.** (1) When all the evidence has been taken by the justice, he shall

La question en litige

Comme je l'ai mentionné au départ, la question, en l'espèce, en est strictement une d'interprétation législative: lorsqu'un accusé a choisi d'être jugé par un juge seul, l'al. 574(1)b) du *Code* permet-il au poursuivant de présenter un acte d'accusation comportant un chef d'accusation pour lequel le juge de paix qui préside l'enquête préliminaire refuse de renvoyer l'accusé à procès? L'appellant soutient que l'al. 574(1)b) n'a pas une portée aussi large et que les pouvoirs du poursuivant sont limités par ceux que l'art. 548 confère au juge de paix qui préside l'enquête préliminaire. Je vais donc examiner brièvement l'art. 548 pour ensuite, une fois le contexte établi, étudier les pouvoirs qu'a le ministère public de présenter un acte d'accusation en vertu de l'art. 574. J'examinerai enfin la question de l'application de l'art. 574 aux faits de l'espèce.

L'enquête préliminaire

Je tiens d'abord à souligner qu'une enquête préliminaire n'est pas un procès et que le rôle du juge de paix, à l'enquête préliminaire, consiste, comme l'a affirmé le juge Cory dans l'arrêt *R. c. Barbeau*, [1992] 2 R.C.S. 845, à la p. 853, «à déterminer si la preuve est suffisante pour renvoyer l'accusé à son procès.» L'enquête préliminaire offre la possibilité à l'accusé d'échapper à l'indignité d'être traduit en justice lorsqu'il n'existe tout simplement pas d'éléments de preuve suffisants pour justifier la tenue même d'un procès. C'est au juge de paix qui préside une telle enquête qu'il appartient de décider si l'accusé devrait subir un procès. La décision de libérer l'accusé d'une accusation n'est pas susceptible d'appel et ne saurait être contestée que par voie de *certiorari*. En même temps, la libération d'une accusation ne constitue pas une déclaration de non-culpabilité et ne saurait fonder un plaidoyer d'*autrefois acquit*.

Les pouvoirs du juge de paix qui préside une enquête préliminaire sont énoncés à l'art. 548 dont voici le texte:

**548.** (1) Lorsque le juge de paix a recueilli tous les témoignages, il doit:

(a) if in his opinion there is sufficient evidence to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction, order the accused to stand trial; or

(b) discharge the accused, if in his opinion on the whole of the evidence no sufficient case is made out to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction. [Emphasis added.]

Section 548 authorizes a justice to take one of two possible actions: under s. 548(1)(a), to order the accused to stand trial; under s. 548(1)(b), to discharge the accused. The second of these two options is taken when the justice is of the opinion that “no sufficient case is made out to put the accused on trial for the offence charged or any other indictable offence in respect of the same transaction”. If there is evidence which would support any indictable offence, the justice does not discharge the accused, but instead commits the accused to stand trial. Where the justice is of the opinion that the accused should stand trial, s. 548(1)(a) confers very broad powers of committal. The section imposes few limitations, authorizing the justice to commit on any offence, whether in addition to or in substitution for those specified in the information. The only limitation is that the charge must be based on evidence disclosed at the preliminary inquiry.

#### The Powers to Prefer an Indictment

The provisions dealing with powers of indictment are found in Part XX of the *Code*, in particular, ss. 574 to 580. Section 574 contains what is sometimes referred to as the power of ordinary indictment, s. 577 the more extraordinary power of direct indictment.

In this case we are concerned only with the ordinary power of indictment in s. 574. This is so because s. 566 of the *Code*, reproduced above, specifically directs that s. 577 has no application in judge alone trials. According to this 1985 amendment to the *Code*, once an accused has elected to be tried by judge alone, the prosecutor is limited to

a) renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire est suffisante;

b) libérer l'accusé, si à son avis la preuve à l'égard de l'infraction dont il est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire n'est pas suffisante pour qu'il subisse un procès. [Je souligne.]

L'article 548 autorise le juge de paix à choisir entre deux solutions possibles: renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès en vertu de l'al. a) ou libérer l'accusé en vertu de l'al. b). Le juge de paix opte pour la seconde solution s'il estime que «la preuve à l'égard de l'infraction dont [le prévenu] est accusé ou de tout autre acte criminel qui découle de la même affaire n'est pas suffisante pour qu'il subisse un procès». S'il existe une preuve suffisante à l'égard de tout acte criminel, le juge de paix ne libère pas l'accusé, mais le renvoie plutôt à son procès. Dans le cas où le juge de paix estime qu'il y a lieu de renvoyer l'accusé à son procès, l'al. 548(1)a) confère des pouvoirs de renvoi très étendus. La disposition impose peu de restrictions et autorise le juge de paix à ordonner le renvoi à procès pour tout acte criminel, soit en plus soit en remplacement des infractions mentionnées dans la dénonciation. La seule restriction est que l'accusation doit reposer sur la preuve recueillie à l'enquête préliminaire.

#### Les pouvoirs de présenter un acte d'accusation

Les dispositions relatives aux pouvoirs de mise en accusation se trouvent à la partie XX du *Code* et, plus particulièrement, aux art. 574 à 580. L'article 574 porte sur ce qui est souvent appelé le pouvoir de mise en accusation ordinaire et l'art. 577, sur le pouvoir plus exceptionnel de mise en accusation directe.

En l'espèce, c'est uniquement le pouvoir de mise en accusation ordinaire de l'art. 574 qui est en cause. Il en est ainsi parce que l'art. 566 du *Code*, reproduit ci-dessus, prévoit expressément que l'art. 577 ne s'applique pas aux procès devant un juge seul. Selon cette modification apportée au *Code* en 1985, une fois que l'accusé a choisi d'être

the power of ordinary indictment in s. 574. The wording of s. 574 bears repetition here, with the inapplicable reference to s. 577 bracketed out:

574. (1) Subject to subsection (3) [and section 577], the prosecutor may prefer an indictment against any person who has been ordered to stand trial in respect of

(a) any charge on which the person was ordered to stand trial, or

(b) any charge founded on the facts disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry, in addition to or in substitution for any charge on which that person was ordered to stand trial,

whether or not the charges were included in one information.

(3) In any prosecution conducted by a prosecutor other than the Attorney General and in which the Attorney General does not intervene, an indictment shall not be preferred under subsection (1) before any court without the written order of a judge of that court. [Emphasis added.]

What can be said about the scope of the powers under this section? First, an indictment can only be preferred under s. 574 if an accused has had a preliminary inquiry, and "has been ordered to stand trial". If a preliminary inquiry was not held, or if the accused was not ordered to stand trial at all, no indictment can be preferred pursuant to this section.

Assuming these threshold elements have been met, the prosecutor has two options. First, under s. 574(1)(a), the prosecutor can prefer an indictment on any charge on which the accused was committed to stand trial. Recall that, under s. 548(1)(a), the justice at the preliminary inquiry can commit the accused on any offence as long as it is one founded on the facts disclosed on the evidence. The justice and the prosecutor may agree that an accused should stand trial for a given offence. Where they agree, the prosecutor can simply adopt

jugé par un juge seul, le poursuivant ne peut exercer que le pouvoir de mise en accusation ordinaire de l'art. 574. Il vaut la peine ici de reproduire de nouveau le texte de l'art. 574, en mettant entre crochets la référence à l'art. 577 qui ne s'applique pas en l'espèce:

574. (1) Sous réserve du paragraphe (3) [et de l'article 577], le poursuivant peut présenter un acte d'accusation contre toute personne qui a été renvoyée pour subir son procès à l'égard de:

a) n'importe quel chef d'accusation pour lequel cette personne a été renvoyée pour subir son procès;

b) n'importe quel chef d'accusation se rapportant aux infractions dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire, en plus ou en remplacement de toute infraction pour laquelle cette personne a été renvoyée pour subir son procès,

que ces chefs d'accusation aient été ou non compris dans une dénonciation.

(3) Dans le cas de poursuites menées par un poursuivant autre que le procureur général ou dans lesquelles le procureur général n'intervient pas, aucun acte d'accusation ne peut être déposé en vertu du paragraphe (1) devant un tribunal sans une ordonnance écrite de ce tribunal ou d'un juge de ce tribunal. [Je souligne.]

Qu'en est-il de la portée des pouvoirs conférés par cet article? D'abord, un acte d'accusation ne peut être présenté en vertu de l'art. 574 que si l'accusé a subi une enquête préliminaire et «a été renvoyé pour subir son procès». S'il n'y a pas eu d'enquête préliminaire, ou si l'accusé n'a pas été renvoyé à procès, aucun acte d'accusation ne peut être présenté en vertu de cet article.

Dans l'hypothèse où ces conditions préliminaires sont remplies, le poursuivant a le choix entre deux solutions. Il peut d'abord, en vertu de l'al. 574(1)a), présenter un acte d'accusation à l'égard de n'importe quel chef pour lequel l'accusé a été renvoyé à son procès. Rappelons que l'al. 548(1)a) permet au juge de paix qui préside l'enquête préliminaire de renvoyer l'accusé pour qu'il subisse son procès à l'égard de toute infraction dont l'existence a été révélée par la preuve. Le juge de paix et le poursuivant peuvent convenir qu'un accusé

the opinion of the justice at the preliminary inquiry, and prefer the indictment on those specific charges under s. 574(1)(a).

The prosecutor, however, may not agree with the justice's opinion of the sufficiency of the facts. Where the justice and the prosecutor have differing views, s. 574(1)(b) gives the prosecutor the authority to go beyond the charges selected by the justice, and add or substitute charges. This power is very broad; the only explicit limitation is that the charge must be one which is "founded on the facts disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry". This is a limitation similar to the one placed on the justice under s. 548. The clear language of s. 574(1)(b) supports the interpretation followed by the Court of Appeal. That is, where an accused has been ordered to stand trial, s. 574(1)(b) authorizes a prosecutor to add charges as long as those charges are founded on the facts disclosed at the preliminary inquiry.

At this point, I return to the appellant's claim that s. 548 limits the scope of s. 574. First, I would note that there is nothing in the language of s. 574 which would support this claim. Had Parliament intended that s. 574 be "subject to s. 548", these words could easily have been added. Alternatively, s. 574(1)(b) could have been drafted so as to give the prosecutor the sole power to prefer "any charge founded on the facts except a charge on which the justice conducting the preliminary inquiry has refused to order the accused to stand trial". No such words are present. Instead, the language of s. 574(1)(b) clearly gives the prosecutor the authority to add or substitute "any charge founded on the facts disclosed by the evidence." There is no indication that these broad powers of indictment are to

devoir subir un procès à l'égard d'une infraction donnée. Le cas échéant, le poursuivant peut simplement souscrire à l'opinion du juge de paix qui a présidé l'enquête préliminaire et présenter, en vertu de l'al. 574(1)a), un acte d'accusation comportant ces chefs précis.

Il se peut, cependant, que le poursuivant ne partage pas l'opinion du juge de paix quant au caractère suffisant de la preuve. Lorsque le juge de paix et le poursuivant ont des points de vue divergents, l'al. 574(1)b) confère au poursuivant le pouvoir d'aller au-delà des chefs d'accusation retenus par le juge de paix et d'y en ajouter ou de leur en substituer d'autres. Il s'agit d'un pouvoir très large, assorti d'une seule restriction explicite, soit que l'accusation «se rapport[e] aux infractions dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire». Cette restriction est similaire à celle qui est imposée au juge de paix aux termes de l'art. 548. L'interprétation donnée par la Cour d'appel est appuyée par le texte clair de l'al. 574(1)b) qui permet au poursuivant, lorsque l'accusé a été renvoyé à son procès, d'ajouter des chefs d'accusation dans la mesure où ils se rapportent à des infractions dont l'existence a été révélée à l'enquête préliminaire.

Je reviens maintenant à la prétention de l'appellant que l'art. 548 limite la portée de l'art. 574. Premièrement, je soulignerais que le texte de l'art. 574 n'appuie nullement cette prétention. Si le Parlement avait voulu que l'art. 574 s'applique «sous réserve de l'art. 548», ces mots auraient pu facilement être ajoutés, ou encore l'al. 574(1)b) aurait pu être rédigé de façon à ne donner au poursuivant que le pouvoir de présenter «n'importe quel chef d'accusation se rapportant aux infractions dont l'existence a été révélée par la preuve, à l'exception d'un chef d'accusation pour lequel le juge de paix qui a présidé l'enquête préliminaire a refusé de renvoyer l'accusé à son procès». On ne trouve ces mots nulle part. L'alinéa 574(1)b) donne plutôt clairement au poursuivant le pouvoir d'ajouter ou de substituer «n'importe quel chef d'accusation se rapportant aux infractions dont l'existence a été révélée par la preuve». Rien n'indique que ces larges pouvoirs de mise en accusation doivent être

be limited by s. 548, and I see no reason to read in words that simply are not there.

Beyond the express language of the section, the appellant argues that the limitation necessarily arises by implication, given that the justice under s. 548 has made a finding that the evidence does not support the charge. He argues that deference should be paid to this determination, and that the prosecutor should not be permitted to "over-rule" the justice. In my view, this argument mischaracterizes the role of a justice at a preliminary inquiry and the underlying rationale of s. 574.

The primary role of the justice is to determine whether or not the accused should stand trial. The justice makes this determination based on his or her opinion as to the sufficiency of the evidence. If the justice does not order the accused to stand trial, the prosecutor has no power to prefer an indictment under s. 574. This is the case even if the prosecutor is of the view that the evidence presented was sufficient. The preferring of indictments under this section is contingent on the decision that an accused should be committed to stand trial. This has historically been the case. As Lamer J. noted in *McKibbon v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 131, at p. 144:

... once a preliminary had resulted in a committal, the system was lax as to what charges could be preferred, the only prerequisite (even for speedy trials as a matter of judicial practice) being that it be for a charge "founded on the facts or evidence disclosed in the depositions".

Under the current s. 548, the justice at a preliminary inquiry has powers of committal far broader than was the case under previous *Code* versions of this section. However, any charge must be founded on evidence disclosed at the preliminary inquiry. If it is not, the opinion of the justice that it is, is simply irrelevant. For example, let's assume for a moment that the prosecutor prefers an indictment pursuant to s. 574(1)(a), for the charges on which the justice ordered an accused to stand trial. The accused who feels that the charges are not founded

limités par l'art. 548 et je ne vois aucune raison d'y insérer des mots qui ne s'y trouvent tout simplement pas.

Au-delà des termes précis de cette disposition, l'appelant fait valoir que cette restriction doit en découler implicitement puisque le juge de paix dont il est question à l'art. 548 a conclu que l'accusation n'est pas appuyée par la preuve. Il prétend qu'il y a lieu de s'en remettre à cette conclusion et qu'il ne devrait pas être loisible au poursuivant de «renverser» la décision du juge de paix. À mon avis, cet argument dénature le rôle du juge de paix à l'enquête préliminaire ainsi que la raison d'être de l'art. 574.

La fonction première du juge de paix consiste à déterminer s'il y a lieu de renvoyer l'accusé à son procès. La décision qu'il prend à cet égard repose sur l'opinion qu'il se fait quant au caractère suffisant de la preuve. Si le juge de paix n'ordonne pas le renvoi à procès de l'accusé, le poursuivant n'a pas le pouvoir de présenter un acte d'accusation en vertu de l'art. 574, et ce, même si ce dernier estime que la preuve produite est suffisante. La présentation d'un acte d'accusation en vertu de cet article est subordonnée au renvoi à procès de l'accusé. Cela ne date pas d'hier. Comme le juge Lamer l'a souligné dans l'arrêt *McKibbon c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 131, à la p. 144:

... dans le cas où une enquête préliminaire avait résulté en un renvoi au procès, le système était imprécis quant aux accusations qu'on pouvait présenter, la seule condition préalable (même pour les procès expéditifs, d'après la pratique judiciaire) étant que l'accusation «soit fondée sur les faits ou les éléments de preuve révélés dans les dépositions».

La version actuelle de l'art. 548 donne au juge de paix qui préside une enquête préliminaire des pouvoirs de renvoi à procès beaucoup plus larges que ne le faisaient les versions antérieures de cette disposition du *Code*. Cependant, tout chef d'accusation doit être fondé sur la preuve recueillie à l'enquête préliminaire. Si tel n'est pas le cas, l'opinion du juge de paix, selon laquelle il l'est, n'est tout simplement pas pertinente. À titre d'exemple, présumons que le poursuivant présente, conformément à l'al. 574(1)a), un acte d'accusation énon-

on the evidence is entitled to bring a motion before the trial judge to have the charges quashed. The judge hearing this motion is required to examine the actual record itself. The judge does not “defer” to the opinion of the justice at the preliminary inquiry, but decides whether or not to quash based solely on the evidence disclosed at the preliminary inquiry. This is neither a question of deferring nor of “over-ruling.” It is a matter of quashing or not quashing an indictment based on the evidence.

Is anything different if the prosecutor prefers an indictment under s. 574(1)(b)? Once again, an accused can bring a motion to quash, and once again, the judge goes to the record. The only question is whether the charge itself is founded on the facts. If it is not, the charge will be quashed. This is not a question of asking whether the prosecutor incorrectly “over-ruled” the justice, or whether the prosecutor should have deferred to the opinion of the justice. In this respect, I agree with the comments of Helper J.A. in *R. v. Hampton, supra*, at p. 302:

The specific charges upon which the justice commits the accused do not affect the prosecutor’s discretion under s. 574 to prefer the same, additional or substituted charges against the accused. . . . The condition precedent to the exercise of the prosecutor’s authority in s. 574 is the committal on a specific transaction. The exercise of that administrative discretion by the prosecutor does not result in a collateral attack upon the decision of the magistrate whose only power is to commit for trial or to discharge the accused from the court process.

I would briefly comment on another aspect of the appellant’s argument. He suggests that the powers in s. 574 are not available where the accused has been discharged, and that the word “discharge” in s. 548 should be given the meaning

quant les chefs pour lesquels le juge de paix a renvoyé l’accusé à son procès. L’accusé peut présenter au juge du procès une requête en annulation des accusations, s’il estime que les chefs d’accusation ne se rapportent pas à des infractions dont l’existence a été révélée par la preuve recueillie. Le juge saisi de cette requête doit examiner le dossier même. Il ne «s’en remet» pas à l’opinion que s’est formée le juge de paix à l’enquête préliminaire, mais il décide d’annuler ou non uniquement en fonction de la preuve recueillie à l’enquête préliminaire. Il ne s’agit pas de s’en remettre à la décision du juge de paix ou de la «renverser». Il s’agit d’annuler ou non un acte d’accusation en se fondant sur la preuve.

La situation est-elle différente si le poursuivant présente un acte d’accusation en vertu de l’al. 574(1)(b)? Là encore, l’accusé peut déposer une requête en annulation et, là encore, le juge consulte le dossier. La seule question qui se pose est de savoir si l’accusation elle-même est fondée sur les infractions dont l’existence a été révélée par la preuve. Si elle ne l’est pas, l’accusation sera annulée. Il ne s’agit pas de se demander si le poursuivant a eu tort de «renverser» la décision du juge de paix, ni de savoir s’il aurait dû s’en remettre à l’opinion de ce dernier. À cet égard, je souscris aux observations formulées par le juge Helper dans l’arrêt *R. c. Hampton*, précité, à la p. 302:

[TRADUCTION] Les chefs d’accusation précis pour lesquels le juge de paix renvoie l’accusé à son procès ne changent rien au pouvoir discrétionnaire que le poursuivant a, en vertu de l’art. 574, de présenter ces mêmes chefs contre l’accusé ou d’en ajouter ou en substituer d’autres. [ . . . ] La condition préalable à l’exercice du pouvoir que l’art. 574 confère au poursuivant est le renvoi à procès à l’égard d’une affaire déterminée. Lorsqu’il exerce ce pouvoir discrétionnaire administratif, le poursuivant ne se livre pas à une attaque indirecte contre la décision du juge de paix dont le seul pouvoir est de renvoyer l’accusé à son procès ou de le libérer du processus judiciaire.

J’aimerais commenter brièvement un autre aspect de l’argumentation de l’appellant. Celui-ci se fonde sur notre arrêt *McKibbon c. La Reine*, précité, pour affirmer que les pouvoirs conférés à l’art. 574 ne sauraient être exercés lorsque l’accusé



“discharge on a specific offence”, relying on the decision of this Court in *McKibbon v. The Queen*, *supra*. In my view, the appellant’s reliance on this decision is misplaced.

First, *McKibbon v. The Queen* is not strictly applicable to this case. In that case, the issue was the interpretation of s. 574, but, as the legislation then stood, this interpretation necessarily required the Court to consider the scope of s. 577. When s. 548 and s. 577 were placed together, there were serious problems related to the meaning to be given to the word “discharged”. The interpretation of s. 574 adopted in that case was the only one possible in order to give effect to the legislative scheme which, in that case, required the reconciliation of ss. 548, 574 and 577. However, *McKibbon v. The Queen* was decided before the 1985 amendments, and involved a jury trial. In the present case, the Court is dealing with an amended legislative scheme, and a different set of issues. Mr. Tapaquon elected to be tried by judge alone. Because of the enactment of s. 566, s. 577 has no application here. In this context, potential problems with the meaning of the term “discharged” in s. 577 should not be used to shape the interpretation of s. 574, which is clear and unambiguous.

Second, it is not necessary for the Court to comment on the meaning of the word “discharged” as the question is simply not relevant to the issue before us. The issue is one of the interpretation of s. 574(1)(b). Under this section, the only question is whether or not the accused has had a preliminary inquiry and has been committed to stand trial on any offence. If so, the prosecutor is authorized to prefer an indictment so long as the charges are founded on the facts disclosed at the preliminary inquiry. It does not matter in the least whether the word “discharge” in s. 548 is given a broad or narrow interpretation. As noted above, s. 574(1)(b) gives the Crown the authority to prefer an indictment on any charge founded on the facts. The opinion of a justice that there is insufficient evidence to support a specific charge does not alter or

a été libéré, et que le mot «libérer» à l’art. 548 devrait s’interpréter comme signifiant «libérer à l’égard d’une infraction précise». J’estime que cet arrêt n’appuie pas les prétentions de l’appelant.

a

Premièrement, l’arrêt *McKibbon c. La Reine* n’est pas strictement applicable ici. Il s’agissait, dans cette affaire, d’interpréter l’art. 574 mais, en raison du texte des dispositions alors en vigueur, il fallait nécessairement que la Cour examine la portée de l’art. 577 pour interpréter cet article. Lorsqu’on juxtaposait les art. 548 et 577, le sens à donner au mot «libéré» posait de sérieuses difficultés. L’interprétation de l’art. 574 retenue dans cet arrêt était la seule qui permettait de donner effet au régime législatif qui, dans ce cas, nécessitait la conciliation des art. 548, 574 et 577. Cependant, l’arrêt *McKibbon c. La Reine* a été rendu avant les modifications de 1985 et il portait sur un procès devant jury. Dans notre cas, le régime législatif a été modifié et un ensemble de questions différentes se posent. Monsieur Tapaquon a choisi d’être jugé par un juge seul. À cause de l’adoption de l’art. 566, l’art. 577 ne s’applique pas en l’espèce. Dans ce contexte, les problèmes qui peuvent éventuellement se poser dans l’interprétation du mot «libéré» à l’art. 577 ne devraient pas sous-tendre l’interprétation de l’art. 574 qui est clair et non ambigu.

f

Deuxièmement, la Cour n’a pas à commenter le sens du mot «libéré» étant donné que cette question n’a tout simplement rien à voir avec celle dont nous sommes saisis. Ce qui est en cause, c’est l’interprétation de l’al. 574(1)(b). La seule question qui se pose, relativement à cette disposition, est de savoir si l’accusé a subi une enquête préliminaire et s’il a été renvoyé pour subir son procès à l’égard de n’importe quelle infraction. Dans l’affirmative, le poursuivant peut présenter un acte d’accusation, à la condition que les chefs se rapportent aux infractions dont l’existence a été révélée à l’enquête préliminaire. Il est absolument sans importance que l’on donne une interprétation large ou stricte au mot «libérer» à l’art. 548. Comme je l’ai déjà mentionné, l’al. 574(1)(b) donne au ministère public le pouvoir de présenter un acte d’accusation à l’égard de n’importe quel chef se rapportant à une infraction dont l’existence a été révélée par la

j

limit this power. This power is limited only by the facts.

I find further support for this interpretation of s. 574(1)(b) in the policy considerations behind the different procedures applying to the ordinary and to the direct powers of indictment. Section 577 allows for an indictment to be preferred where there has been no preliminary inquiry, or where the accused has been discharged. When an indictment is preferred under s. 577, the accused clearly does not enjoy the advantage of certain procedural protections. For example, there is no requirement that the indictment be founded on any facts, and so an accused cannot bring a motion to quash. In this context, it is both reasonable and desirable that the prosecutor have the personal consent of the Attorney General, whose political accountability acts as a safeguard against potential abuse.

Where, however, ordinary indictments are preferred pursuant to s. 574, an accused has procedural protections. A preliminary inquiry must be held, and the accused must be committed to stand trial. When the prosecutor then prefers an indictment, whether under s. 574(1)(a) or (b), the charge must be one which is "founded on the facts disclosed by the evidence". If the accused believes that the charge is not founded on the facts, the accused can bring a motion to quash. On such a motion, there is no burden on the accused to prove the absence of facts. Whether one looks at the powers of the justice under s. 548, or the powers of the prosecutor under s. 574, one thing is clear: the charges must be founded on the facts. The judge hearing the motion to quash is required to ensure that there is in fact a foundation for the preferring of that specific charge. If the trial judge finds that either the justice or the prosecutor was mistaken as to the sufficiency of facts, the indictment will be quashed. Under this interpretation, unless the trial judge decides that the charge should be quashed, there is no reason to require the intervention of the

preuve. L'opinion d'un juge de paix selon laquelle la preuve est insuffisante pour porter une accusation précise ne modifie pas ou ne limite pas ce pouvoir. Ce pouvoir n'est limité que par les infractions dont l'existence a été révélée par la preuve.

Les considérations de principe qui sous-tendent les différentes procédures applicables aux pouvoirs de mise en accusation ordinaire ou directe appuient mon interprétation. L'article 577 permet la présentation d'un acte d'accusation lorsqu'il n'y a pas eu d'enquête préliminaire ou lorsque l'accusé a été libéré. Lorsqu'un acte d'accusation est présenté en vertu de l'art. 577, il est clair que l'accusé, ne peut se prévaloir de certaines garanties procédurales. Par exemple, il n'y a aucune exigence que l'acte d'accusation se rapporte à des infractions dont l'existence a été révélée par la preuve et l'accusé ne peut donc présenter de requête en annulation. Dans ce contexte, il est à la fois raisonnable et souhaitable que le poursuivant obtienne le consentement personnel du procureur général dont l'imputabilité politique sert de garantie contre les abus potentiels.

Toutefois, si on procède par voie de mise en accusation ordinaire conformément à l'art. 574, l'accusé bénéficie de garanties procédurales. Une enquête préliminaire doit être tenue et l'accusé doit être renvoyé pour subir son procès. Lorsque le poursuivant présente alors un acte d'accusation, en vertu de l'al. 574(1)a) ou de l'al. 574(1)b), les chefs d'accusation doivent «se rapport[er] aux infractions dont l'existence a été révélée par la preuve». Si l'accusé estime que l'accusation ne se rapporte pas à une infraction dont l'existence a été révélée par la preuve, il peut en demander l'annulation. Il n'a pas alors le fardeau de prouver l'absence d'infractions révélées par la preuve. À l'examen des pouvoirs conférés au juge de paix par l'art. 548 ou de ceux que le poursuivant tient de l'art. 574, une chose est claire: les accusations doivent se rapporter aux infractions dont l'existence a été révélée par la preuve. Le juge qui entend une requête en annulation doit s'assurer que les chefs spécifiquement mentionnés dans l'acte d'accusation se rapportent aux infractions dont l'existence a été révélée par la preuve. Si le juge du procès con-

Attorney General. The accused has adequate procedural protection, and any potential for abuse is greatly reduced, if not totally absent.

I conclude that, where an accused has elected to be tried by judge alone, and where a justice commits the accused to stand trial, s. 574(1)(b) allows the Crown to prefer an indictment on any charge founded on the evidence given at the preliminary inquiry, regardless of the opinion of the justice as to that specific offence. Such an indictment may be quashed if the charge is not founded on the facts disclosed at the preliminary hearing. This conclusion reached, I turn to its application to the case at hand.

#### Application

On the motion to quash, the trial judge, relying on his own interpretation of s. 574(1)(b), concluded that the Crown did not have the authority to prefer the indictment in this case. Given this interpretation, the trial judge did not turn his mind to the central question raised by the motion to quash, which is whether or not the charges were founded on facts disclosed at the preliminary inquiry. A consideration of the evidence is, accordingly, in order to determine whether or not the motion to quash was well founded.

At the preliminary inquiry, David Wood testified that he was a chaperon at the dance, and identified the appellant in court as having struck him three times in the face with a closed fist. For greater certainty, he stated that the person who struck him had been standing behind Joe Francis. The first two blows had just grazed his face, but the third blow landed on the left cheekbone rock-

clut que le juge de paix ou le poursuivant a commis une erreur quant au caractère suffisant de la preuve, l'acte d'accusation sera annulé. Suivant cette interprétation, à moins que le juge du procès ne décide qu'il y a lieu d'annuler l'acte d'accusation, il n'y a aucune raison de demander l'intervention du procureur général. L'accusé dispose de garanties procédurales suffisantes et les possibilités d'abus sont extrêmement réduites, voire inexistantes.

Je conclus que, lorsqu'un accusé a choisi d'être jugé par un juge seul et qu'il est renvoyé à procès par un juge de paix, l'al. 574(1)b) permet au ministère public de présenter un acte d'accusation à l'égard de n'importe quel chef d'accusation qui se rapporte à une infraction dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie à l'enquête préliminaire, sans égard à l'opinion du juge de paix quant à cette infraction précise. Un tel acte d'accusation peut être annulé si les chefs d'accusation ne se rapportent pas aux infractions dont l'existence a été révélée à l'enquête préliminaire. Cette conclusion tirée, je passe à son application à la présente affaire.

#### Application

En statuant sur la requête en annulation, le juge du procès s'est fondé sur sa propre interprétation de l'al. 574(1)b) pour conclure que le ministère public n'avait pas le pouvoir de présenter un acte d'accusation en l'espèce. En raison de l'interprétation qu'il a donnée à cette disposition, le juge du procès n'a pas examiné la question essentielle soulevée par la requête, savoir si les chefs d'accusation se rapportaient aux infractions dont l'existence avait été révélée à l'enquête préliminaire. Un examen de la preuve s'impose donc pour décider du bien-fondé de la requête en cumulation.

À l'enquête préliminaire, David Wood a témoigné qu'il agissait comme chaperon à la danse et, à l'audience, il a identifié l'appelant comme étant la personne qui lui avait asséné trois coups de poing au visage. Il a ajouté, pour plus de certitude, que son assaillant s'était tenu derrière Joe Francis. Les deux premiers coups n'ont fait que lui effleurer le visage, mais le troisième l'a atteint à la joue

ing his head around and knocking his glasses off, though not knocking him down. According to his evidence, "apparently at that point I was struck from the side or something and my head was slammed into a window and I was unconscious from that point." He was unable to say where the last blow which rendered him unconscious had come from. He suffered a mild concussion, a broken left front tooth, broken nose, bruises to the right side of the face, a cut lip and sore ribs. Two root canals were required in addition to the replacement of the broken tooth. The evidence indicated that the broken tooth was on the same side of his face that was struck by the appellant.

Michelle Guay also testified that the appellant hit David Wood a couple of times. She testified that the appellant and others were all pushing, then she heard a big bang and saw that David Wood was lying on the ground. She indicated that the people around David Wood at the time were Brad Spence, the appellant, and possibly Joe Francis. She also gave evidence that she saw David Wood being kicked, and that she thought the person doing the kicking was Brad Spence. Her evidence continued as follows:

Q. What about Darren Tapaquon, where was he at this time?

A. He was standing there. I think somebody was holding him, or people were trying to hold him back or something, like hold Darren and Brad. They were telling them to stop or whatever.

Q. After it had began, did you see where Darren Tapaquon was in relation to where that fight was?

A. He was like basically like David was laying, like laid out. And I was standing in front of him. And Darren was standing about on this side and Brad was about this side right here. They were basically standing beside each other.

Stephen Liebel had described the person standing behind Joe Francis as the only person from outside wearing a pink shirt. This person was,

gauche, lui projetant la tête de côté et lui faisant perdre ses lunettes, sans le faire tomber cependant. Selon son témoignage, [TRADUCTION] «il me semble que j'ai alors été frappé de côté ou quelque chose du genre, que j'ai été projeté tête première contre une fenêtre et que j'ai perdu conscience à ce moment-là». Le témoin n'a pu préciser d'où venait le coup qui lui a fait perdre conscience. Il a subi une légère commotion, a eu une incisive gauche cassée, le nez fracturé, des ecchymoses au côté droit de la figure, une lèvre fendue et des douleurs aux côtes. En plus de faire remplacer la dent cassée, il a dû subir deux traitements de canal. La preuve a révélé que la dent cassée se trouvait du côté où l'appelant l'avait frappé.

Michelle Guay a également témoigné que l'appelant a frappé David Wood à deux ou trois reprises. Elle a affirmé que l'appelant et d'autres personnes poussaient tous, puis elle a entendu un grand bruit et a aperçu David Wood qui gisait sur le sol. Elle a indiqué que les gens qui entouraient David Wood, à ce moment-là, étaient Brad Spence, l'appelant et peut-être Joe Francis. Elle a également témoigné qu'elle avait vu David Wood recevoir des coups de pied et qu'elle pensait que l'auteur de ces coups de pied était Brad Spence. Elle a poursuivi sa déposition de la façon suivante:

[TRADUCTION]

Q. Et Darren Tapaquon, où se trouvait-il à ce moment-là?

R. Il était là. Je crois que quelqu'un le tenait ou qu'on essayait de le retenir ou quelque chose du genre, lui et Brad. On leur disait d'arrêter ou que sais-je encore.

Q. Après que la bagarre eut éclaté, avez-vous vu où se trouvait Darren Tapaquon par rapport à celle-ci?

R. En gros, il se trouvait, par exemple David était à terre, étendu à terre, et j'étais en face de lui et Darren se tenait de ce côté-ci et Brad était de ce côté, juste ici. En gros, ils étaient un à côté de l'autre.

Stephen Liebel a dit que la personne qui se tenait derrière Joe Francis était la seule de l'extérieur à porter une chemise rose. Selon lui, cette

according to him, really trying to provoke Joe into throwing the first punch, and said something to Joe along the lines of "stabbing or slicing at him," referring to either Stephen Liebel or David Wood. Stephen Liebel testified that two or three males were kicking David as he was lying on the ground, and that David was kicked once in the face and two or three times in the ribs.

Jody Taylor testified that the appellant took a couple of punches at David Wood and hit him a couple of times in the face. She identified the appellant in court, but for greater certainty, added that the person who hit David Wood that night was wearing a pony tail and either a pink or green neon shirt.

Constable Thomas Abrook who observed the appellant following his arrest identified him in court, and described him as having a pony tail and a pink shirt which was out of character of everybody else that was out there. He also testified that the appellant had a cut on his left ring finger consistent with injuries sustained from punching something, and that the appellant also had blood on his shirt.

What to make of this evidence? Meagher Prov. Ct. J. concluded that the injuries to David Wood were a result of the kicking, and that there was no evidence linking the appellant to these kicks. I disagree. First, contrary to the conclusions of the preliminary justice, being struck in the face may be consistent with a broken nose, and damage to teeth. Further, though Michelle Guay stated that she saw Brad Spence doing the kicking, there was additional evidence that two or three people had been kicking David Wood, and the accused was identified as one of the people around the body. There was also evidence that the appellant was held back and that people were telling him to stop. The appellant had blood on his shirt, and injuries consistent with punching someone.

personne tentait réellement d'inciter Joe à donner le premier coup et elle a dit à Joe quelque chose comme [TRADUCTION] «poignarde-le, taille-le en pièces», en parlant de Stephen Liebel ou de David Wood. Stephen Liebel a témoigné que deux ou trois hommes donnaient des coups de pied à David pendant qu'il gisait sur le sol et que celui-ci a été atteint une fois à la figure et deux ou trois fois aux côtes.

Jody Taylor a déclaré, dans son témoignage, que l'appellant a asséné deux ou trois coups de poing à David Wood et l'a atteint au visage à deux ou trois reprises. Elle a identifié l'appellant à l'audience, mais a ajouté, pour plus de certitude, que la personne qui a frappé David Wood ce soir-là portait les cheveux en queue de cheval et était vêtue d'une chemise rose ou vert fluo.

L'agent de police Thomas Abrook, qui a observé l'appellant après son arrestation, l'a identifié à l'audience et l'a décrit comme portant les cheveux en queue de cheval et vêtu d'une chemise rose qui tranchait sur ce que les autres portaient. Il a également témoigné que l'appellant avait, à l'annulaire gauche, une coupure qui pouvait avoir été causée par un coup qu'il aurait porté, et il a signalé qu'il y avait du sang sur sa chemise.

Que faire de cette preuve? Le juge Meagher de la Cour provinciale a conclu que les blessures de David Wood résultaient des coups de pied qu'il avait reçus et qu'il n'y avait pas de preuve qui reliait l'appellant à ces coups. Je ne suis pas de cet avis. D'abord, il peut y avoir un lien entre des coups portés au visage et un nez fracturé et des dents endommagées, contrairement aux conclusions tirées par le juge de paix à l'enquête préliminaire. De plus, même si Michelle Guay a déclaré qu'elle avait vu Brad Spence donner les coups de pied, d'autres témoins ont affirmé que deux ou trois personnes avaient donné des coups de pied à David Wood, et l'accusé a été identifié comme étant l'une des personnes qui entouraient la victime. On a également témoigné que des gens retenaient l'appellant et lui disaient d'arrêter. Il y avait du sang sur la chemise de l'appellant et il avait des blessures qu'il pouvait s'être infligées en assenant des coups de poing à quelqu'un.

Whatever the evidence at trial may disclose, that is a matter for the trial judge. At the preliminary inquiry, however, it remains that there was, in my view, sufficient evidence on the record to justify the preferring of an indictment on the charge of assault causing bodily harm.

For these reasons, I conclude that, under s. 574(1)(b) of the *Code*, where an accused has elected to be tried by judge alone, a prosecutor has the authority to prefer an indictment on any charge, so long as that charge is founded on facts disclosed at the preliminary inquiry. In this case, there was evidence of assault causing bodily harm on the facts disclosed at the preliminary inquiry, and I agree with the Court of Appeal that the motion to quash should have been dismissed.

Since writing these reasons, I have had occasion to read those of my colleague Justice Sopinka and I would like to add the following.

My colleague states at p. 546 that, once the justice presiding the preliminary inquiry "has heard all of the evidence, his or her refusal to commit on an offence charged in the information amounts to a judicial determination that the charge is not "founded on the facts disclosed by the evidence"" (emphasis added). I disagree. This statement, in my view, implies a larger role for the justice than contemplated by the *Code* (s. 548). The justice's role at the preliminary inquiry consists only in the determination of whether or not the accused should stand trial, as this Court unanimously held in *R. v. Barbeau, supra*. It also implies that deference should be paid to his or her "judicial determination", therefore again mischaracterizing the role of the justice at a preliminary inquiry. As I indicated earlier, the prosecutor who prefers an indictment under s. 574(1)(b) does not overrule the justice. My colleague relies on s. 548 of the *Code* and on the fact that the justice presiding at the preliminary enquiry makes a "judicial determination" to conclude that the "appropriate disposition of charges for which there is insufficient evidence to put the accused on trial is discharge of the accused on those charges" (p. 547). In this connection, the

Il appartient au juge du procès d'apprécier tout ce que la preuve peut révéler au procès. Il reste toutefois qu'à l'enquête préliminaire il y avait, selon moi, assez d'éléments de preuve dans le dossier pour justifier la présentation d'un acte d'accusation comportant le chef de voies de fait causant des lésions corporelles.

Pour ces motifs, je conclus que, dans les cas où l'accusé a choisi un procès devant un juge seul, l'al. 574(1)b) du *Code* habilite le poursuivant à présenter un acte d'accusation énonçant n'importe quel chef d'accusation pourvu qu'il se rapporte à des infractions dont l'existence a été révélée à l'enquête préliminaire. En l'espèce, la preuve recueillie à l'enquête préliminaire a révélé l'existence de voies de fait causant des lésions corporelles et je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que la requête en annulation aurait dû être rejetée.

Depuis que j'ai rédigé ces motifs, j'ai eu l'occasion de lire ceux de mon collègue le juge Sopinka et j'aimerais ajouter ce qui suit.

Mon collègue affirme à la p. 546 que, lorsque le juge qui préside l'enquête préliminaire «a entendu tous les témoignages, son refus d'ordonner le renvoi à procès pour une infraction reprochée dans la dénonciation équivaut à une décision judiciaire que le chef d'accusation «[ne se rapporte pas à une] infraction dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie»» (je souligne). Je ne suis pas d'accord. À mon avis, cette affirmation laisse entendre que le juge de paix a un rôle plus large que celui envisagé par le *Code* (art. 548). À l'enquête préliminaire, le rôle du juge de paix consiste uniquement à déterminer si l'accusé devrait être renvoyé ou non à son procès, comme notre Cour l'a affirmé à l'unanimité dans l'arrêt *R. c. Barbeau, précité*. Elle implique également qu'il y aurait lieu de faire preuve de retenue envers sa «décision judiciaire», ce qui dénature encore une fois le rôle que joue le juge de paix à l'enquête préliminaire. Comme je l'ai déjà indiqué, le poursuivant qui présente un acte d'accusation en vertu de l'al. 574(1)b) ne renverse pas la décision du juge de paix. Mon collègue se fonde sur l'art. 548 du *Code* et sur le fait que le juge de paix qui préside l'enquête préliminaire rend une «décision

meaning of s. 574 is very clear and does not require the determination of the accused's status in respect of the charges for which there was insufficient evidence to put him or her on trial. Section 574(1)(b) states that an indictment can be preferred in respect of "any charge founded on the facts disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry, in addition to or in substitution for any charge on which that person was ordered to stand trial" (emphasis added). I cannot see how such clear wording could prevent an indictment from being preferred in respect of a charge for which the justice found that there was insufficient evidence to put the accused on trial. Section 574 does not deal with the question of discharge. Contrary to what my colleague asserts, while I agree that the *Code* must be read as a whole (*R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 S.C.R. 865), when s. 566(3) is read in context, it is clear that only s. 574, and not s. 577, applies where the accused elects to be tried by a judge without a jury. To go beyond such clear words would violate Parliament's intent. Section 577 applies only to jury trials and is of no help in the interpretation of s. 574. These are two separate and different rules which obey different imperatives.

The reference to *McKibbon v. The Queen*, *supra*, is not relevant. That case dealt with s. 577 in the context of a jury trial, before the 1985 amendments. According to my colleague, the 1985 amendments were not intended to make fundamental changes but rather were more in the nature of a codification of the powers of prosecutors to prefer indictments. Even if this were so, s. 496 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, which governed trials without a jury, made no reference to whether an accused was discharged or not (see s. 496(2)(b)). Consequently, *McKibbon v. The Queen*

judiciaire» pour conclure que la «bonne façon de statuer sur les chefs d'accusation pour lesquels la preuve est insuffisante pour renvoyer l'accusé à son procès consiste à libérer l'accusé de ces chefs d'accusation» (p. 547). À cet égard, l'art. 574 est très clair et n'exige pas de déterminer le statut de l'accusé relativement aux chefs d'accusation pour lesquels la preuve est insuffisante pour qu'on le renvoie à son procès. L'alinéa 574(1)b) prévoit qu'un acte d'accusation peut être présenté à l'égard de «n'importe quel chef d'accusation se rapportant aux infractions dont l'existence a été révélée par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire, en plus ou en remplacement de toute infraction pour laquelle cette personne a été renvoyée pour subir son procès» (je souligne). Je ne puis voir comment un texte aussi clair pourrait empêcher la présentation d'un acte d'accusation comportant un chef d'accusation au sujet duquel le juge de paix a conclu que la preuve était insuffisante pour renvoyer l'accusé à son procès. L'article 574 ne traite pas de la question de la libération d'une accusation. Contrairement à ce qu'affirme mon collègue, même si j'accepte que le *Code* doit s'interpréter comme un tout (*R. c. Compagnie Immobilière BCN Ltée*, [1979] 1 R.C.S. 865), lorsqu'on interprète le par. 566(3) dans son contexte, il est clair que seul l'art. 574, et non l'art. 577, s'applique lorsque l'accusé choisit d'être jugé par un juge sans jury. Aller au-delà de termes aussi clairs irait à l'encontre de l'intention du législateur. L'article 577 s'applique uniquement aux procès devant jury et n'est d'aucun secours pour interpréter l'art. 574. Ce sont là deux règles séparées et distinctes qui répondent à des impératifs différents.

Le renvoi à l'arrêt *McKibbon c. La Reine*, précité, n'est pas pertinent. Cette affaire portait sur l'art. 577 dans le contexte d'un procès devant jury, avant les modifications de 1985. Selon mon collègue, les modifications de 1985 n'étaient pas destinées à effectuer des changements fondamentaux, mais tenaient plutôt d'une codification des pouvoirs qu'ont les poursuivants de présenter des actes d'accusation. Même si c'était le cas, l'art. 496 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34, qui régissait les procès sans jury, ne précisait pas si l'accusé était libéré ou non d'une accusation (voir l'al.

cannot support my colleague's point that the issue of whether the accused was discharged is relevant to this case.

Furthermore, it makes eminent sense that, for the more serious crimes, those to be tried before judge and jury, exigences be greater than for less serious crimes, those tried before judge alone. This is, in my view, what ss. 577 and 574 of the *Code* aim to accomplish. My colleague's interpretation blurs that distinction to the point of devoiding s. 574 of its real meaning.

As a result, I would dismiss the appeal.

*Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Ryan, MacIsaac & Associates, Regina.*

*Solicitor for the respondent: The Attorney General of Saskatchewan, Regina.*

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

496(2)b)). L'arrêt *McKibbon c. La Reine* ne saurait donc appuyer le point que soutient mon collègue selon lequel il est pertinent en l'espèce de déterminer si l'accusé a été libéré de l'accusation en cause.

<sup>a</sup>

En outre, il est éminemment logique que, pour les crimes plus graves, ceux qui seront jugés devant juge et jury, les exigences soient plus grandes que pour les crimes moins graves, ceux qui seront jugés par un juge seul. C'est, à mon avis, ce que les art. 577 et 574 du *Code* visent à accomplir. L'interprétation qu'en donne mon collègue élimine cette distinction, dépouillant par là l'art. 574 de son sens véritable.

<sup>c</sup>

En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

<sup>d</sup>

*Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.*

<sup>e</sup>

*Procureurs de l'appellant: Ryan, MacIsaac & Associates, Regina.*

*Procureur de l'intimée: Le procureur général de la Saskatchewan, Regina.*

<sup>f</sup>

*Procureur de l'intervenant: John C. Tait, Ottawa.*



**Her Majesty The Queen** *Appellant*

v.

**Paul Benjamin Davy** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. JACKSON

File No.: 22808.

1993: June 3; 1993: December 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

*Criminal law — Parties to offences — Aiding and abetting — Murder or manslaughter — Whether party who aids and abets may be convicted of manslaughter under s. 21(1) of Criminal Code where principal guilty of murder — Mens rea required for conviction for manslaughter under s. 21(1) of Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21(1).*

*Criminal law — Parties to offences — Common intention — Murder or manslaughter — Whether party to common unlawful purpose may be convicted of manslaughter under s. 21(2) of Criminal Code where principal guilty of murder — Mens rea required for conviction for manslaughter under s. 21(2) of Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21(2).*

*Criminal law — Parties to offences — Charge to jury — Evidence capable of supporting murder or manslaughter — Whether trial judge should have instructed jury that a party under s. 21(1) or 21(2) of Criminal Code may be guilty of manslaughter even though principal guilty of murder — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21.*

J and the accused were charged with first degree murder following the killing of J's employer. J believed that the victim, with whom he had a homosexual relationship, had brought in a new employee to take his place. On the night of the murder, the accused drove J to the

**Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

<sup>a</sup> **Paul Benjamin Davy** *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. JACKSON

N<sup>o</sup> du greffe: 22808.<sup>b</sup>

1993: 3 juin; 1993: 16 décembre.

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

<sup>c</sup>

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

*Droit criminel — Participants à des infractions — Aider et encourager à commettre une infraction — Meurtre ou homicide involontaire — La partie qui aide et encourage à commettre une infraction peut-elle être reconnue coupable d'homicide involontaire en vertu de l'art. 21(1) du Code criminel dans le cas où l'auteur principal est coupable de meurtre? — Mens rea requise pour qu'il y ait déclaration de culpabilité d'homicide involontaire en vertu de l'art. 21(1) du Code — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(1).*

*Droit criminel — Participants à des infractions — Intention commune — Meurtre ou homicide involontaire — Un participant à la réalisation d'une fin commune illégale peut-il être reconnu coupable d'homicide involontaire en vertu de l'art. 21(2) du Code criminel dans le cas où l'auteur principal est coupable de meurtre? — Mens rea requise pour qu'il y ait déclaration d'homicide involontaire en vertu de l'art. 21(2) du Code — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(2).*

*Droit criminel — Participants à des infractions — Directives au jury — Preuve susceptible de justifier une déclaration de culpabilité de meurtre ou d'homicide involontaire — Le juge du procès aurait-il dû dire au jury qu'un participant à une infraction, au sens de l'art. 21(1) ou 21(2) du Code criminel, peut être coupable d'homicide involontaire, même si l'auteur principal est coupable de meurtre? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21.*

J et l'accusé ont été inculpés de meurtre au premier degré à la suite de l'homicide commis sur la personne de l'employeur de J. J croyait que la victime, avec laquelle il entretenait des relations homosexuelles, avait engagé un nouvel employé pour le remplacer. La nuit du meur-

victim's antique shop. According to J, the accused never left the car and was unaware of what happened in the shop. J admitted to entering the shop, losing control and striking the victim with a hammer. The accused gave a different story. According to him, J talked on the way to the shop about killing the victim, although the accused took this to be a joke. J got out of the car carrying a hammer, balaclava and gloves, and ordered the accused to follow him. J entered the shop and the accused remained outside near the door where he heard loud voices and noises, suggesting that someone was getting hit. The accused became frightened and ran down the driveway toward the car. J ran after him, hit him and forced him to return to the shop. He then told the accused to retrieve the cash box. The Crown's theory was that J and the accused both entered the shop and both participated fully in the attacks as well as the robbery. The trial judge charged the jury on both murder and manslaughter. He set out a number of plausible scenarios but in none of them was it suggested that the accused might be guilty of manslaughter. Rather, the trial judge expressed the opinion that this was unlikely. The jury found J guilty of first degree murder and the accused of second degree murder. The Court of Appeal set aside the accused's conviction and directed a new trial on the ground that the trial judge did not adequately instruct the jury as to the accused's potential liability for manslaughter under ss. 21(1) and 21(2) of the *Criminal Code*.

*Held:* The appeal should be dismissed.

*Per* La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: A person who aids and abets another in the offence of murder can be guilty of that offence under s. 21(1)(b) and (c) of the *Code* if he possesses the requisite *mens rea* for murder. Where the aider and abettor does not have the *mens rea* required for murder, he may be guilty of the lesser offence of manslaughter if he possesses the requisite *mens rea* for that offence. Unlawful act manslaughter under s. 21(1)(b) and (c) does not require a subjective appreciation of the consequences of the act. The test is objective. Nor is it necessary that the risk of death be foreseeable. As long as the unlawful act is inherently dangerous and harm to another which is neither trivial nor transitory is its foreseeable consequence, the resultant death amounts to manslaughter. A person may thus

tre, l'accusé a conduit J à la boutique d'antiquités de la victime. D'après J, l'accusé n'est jamais descendu de la voiture et ignorait ce qui s'est passé à l'intérieur de la boutique. J a avoué être entré dans la boutique, avoir perdu la tête et avoir assené des coups de marteau à la victime. La version de l'accusé était différente. D'après lui, pendant qu'ils se dirigeaient vers la boutique, J a parlé de tuer la victime, mais l'accusé a cru que c'était une blague. J est sorti de la voiture, marteau, cagoule et gants en main, et il a ordonné à l'accusé de le suivre. J est entré dans la boutique et l'accusé est resté à l'extérieur, près de la porte, où il a entendu des échanges de propos bruyants ainsi que des bruits qui lui ont fait croire que quelqu'un recevait des coups. L'accusé a pris peur et a descendu l'allée en courant vers la voiture. J s'est lancé à sa poursuite, l'a frappé et l'a obligé à retourner dans la boutique. Il a alors dit à l'accusé de ramasser la caisse. Selon la thèse du ministère public, J et l'accusé sont tous deux entrés dans la boutique et ont tous deux participé pleinement aux agressions et au vol qualifié. Le juge du procès a donné au jury des directives à la fois sur le meurtre et sur l'homicide involontaire coupable. Il a exposé un certain nombre de scénarios plausibles, mais dans aucun cas n'a-t-il indiqué que l'accusé pourrait être coupable d'homicide involontaire coupable. Au contraire, le juge du procès a exprimé l'avis que cela était peu probable. Le jury a reconnu J coupable de meurtre au premier degré, et l'accusé, coupable de meurtre au deuxième degré. La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité de l'accusé et a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que le juge du procès n'a pas donné au jury des directives suffisantes sur la possibilité que l'accusé soit responsable d'un homicide involontaire coupable en vertu des par. 21(1) et 21(2) du *Code criminel*.

*Arrêt:* Le pourvoi est rejeté.

*Les juges* La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Qui-conque aide et encourage quelqu'un à commettre l'infraction de meurtre peut être coupable de cette même infraction en vertu des al. 21(1)(b) et (c) du *Code* s'il possède la *mens rea* requise pour le meurtre. Si toutefois cette personne n'a pas la *mens rea* requise pour le meurtre mais possède celle nécessaire pour l'infraction moindre d'homicide involontaire coupable, elle peut être coupable de cette dernière infraction. En vertu des al. 21(1)(b) et (c), l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal ne requiert pas la conscience subjective des conséquences de l'acte accompli. Le critère qui s'applique est un critère objectif. Il n'est pas nécessaire non plus que le risque de mort soit prévisible. Pourvu que l'acte illégal soit intrinsèquement dangereux et qu'il

be convicted of manslaughter who aids and abets another person in the offence of murder, where a reasonable person in all the circumstances would have appreciated that bodily harm was the foreseeable consequence of the dangerous act which was being undertaken.

As well, under s. 21(2) of the *Code*, where a common unlawful purpose has been demonstrated and one party to the purpose has committed murder, another party to the purpose may be convicted of either murder or manslaughter. The offence referred to in s. 21(2) is not confined to the offence of which the perpetrator is convicted but extends to included offences. The appropriate *mens rea* for manslaughter under s. 21(2) is objective awareness of the risk of harm. It follows that a conviction for manslaughter under s. 21(2) does not require foreseeability of death, but only foreseeability of harm, which in fact results in death. A party to a common intention to carry out an unlawful purpose under s. 21(2) may thus be guilty of manslaughter, even though the perpetrator was guilty of murder, if he did not foresee the probability of murder but a reasonable person in all the circumstances would have foreseen at least a risk of harm to another as a result of carrying out the common intention.

Here, the accused was entitled to have the verdict of manslaughter clearly put to the jury. The evidence adduced at trial was capable of supporting a conviction for manslaughter on the basis that the accused was an aider and abettor under s. 21(1) or that he was a party to a common intention to carry out an unlawful purpose under s. 21(2). It was thus essential that the jury be instructed with respect to the accused's potential liability for manslaughter under these sections. Given the trial judge's failure to set out the basis for convicting the accused of manslaughter under ss. 21(1) and 21(2) and the absence of any instruction that a party may be guilty of manslaughter even though the perpetrator is guilty of murder, one cannot be satisfied that the verdict was just.

ait pour conséquence prévisible de causer à autrui des blessures qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère, la mort qui en résulte constitue un homicide involontaire coupable. Ainsi, la personne qui aide et encourage quelqu'un d'autre à commettre un meurtre peut être déclarée coupable d'homicide involontaire coupable si, compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable se serait rendu compte que l'acte dangereux qui était accompli avait pour conséquence prévisible de causer des lésions corporelles.

De même, en vertu du par. 21(2) du *Code*, lorsqu'on a démontré l'existence d'une fin commune illégale et qu'un participant à la réalisation de cette fin a commis un meurtre, un autre participant à la réalisation de la même fin peut être déclaré coupable soit de meurtre soit d'homicide involontaire coupable. L'infraction mentionnée au par. 21(2) ne se limite pas à l'infraction même dont l'auteur est reconnu coupable, mais englobe les infractions incluses. La *mens rea* requise pour déclarer quelqu'un coupable d'homicide involontaire coupable en vertu du par. 21(2) est la conscience objective du risque de blessures. Il s'ensuit qu'une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable fondée sur le par. 21(2) exige non pas la prévisibilité de la mort, mais seulement la prévisibilité de blessures qui, en fait, entraînent la mort. Quiconque participe à un projet commun de poursuivre une fin illégale au sens du par. 21(2) peut donc être coupable d'homicide involontaire coupable, même si l'auteur de l'infraction s'est rendu coupable de meurtre, dans le cas où ce participant n'a pas prévu qu'un meurtre serait probablement commis mais où, compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable aurait prévu au moins le risque de causer des blessures à autrui par suite de la réalisation de l'intention commune.

En l'espèce, l'accusé avait droit à ce que la possibilité d'un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable soit clairement soumise à l'appréciation du jury. La preuve produite au procès pouvait justifier une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable pour le motif que l'accusé avait aidé et encouragé à commettre une infraction, au sens du par. 21(1), ou qu'il avait participé à un projet commun de poursuivre une fin illégale au sens du par. 21(2). Il était donc essentiel que le jury reçoive des directives sur la possibilité que l'accusé soit responsable d'un homicide involontaire coupable en vertu de ces paragraphes. On ne saurait être convaincu que le verdict était juste étant donné l'omission du juge du procès de dire sur quoi on pouvait se baser pour déclarer l'accusé coupable d'homicide involontaire coupable en vertu des par. 21(1) et 21(2), et

This was not a proper case for the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Code*.

*Per* Lamer C.J.: The reasons of McLachlin J. were generally agreed with. In particular, an accused can be convicted of manslaughter under s. 21(2) of the *Criminal Code* if the accused, having formed an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist the perpetrator therein, knew or ought to have known that a probable consequence of carrying out the common purpose was the carrying out by the perpetrator of a dangerous act which a reasonable person could recognize as creating the risk of bodily harm which is neither trivial nor transitory. No *Charter* issue was raised in this appeal.

#### Cases Cited

By McLachlin J.

**Applied:** *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; *R. v. Trinneer*, [1970] S.C.R. 638; **approved:** *R. v. Emkeit* (1971), 3 C.C.C. (2d) 309; *R. v. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405; **disapproved:** *R. v. Wong* (1978), 41 C.C.C. (2d) 196; *Hébert v. R.* (1986), 51 C.R. (3d) 264; **referred to:** *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944; *R. v. Tomkins*, [1985] 2 N.Z.L.R. 253; *R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731; *Bullard v. The Queen*, [1957] A.C. 635.

By Lamer C.J.

**Applied:** *R. v. Trinneer*, [1970] S.C.R. 638; *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74; *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3.

#### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*.  
*Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, s. 69(2).  
*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 21, 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1991), 51 O.A.C. 92, 68 C.C.C. (3d) 385, 9 C.R. (4th) 57, allowing the accused's appeal

compte tenu de l'absence de toute directive voulant qu'un participant à une infraction puisse être coupable d'homicide involontaire coupable même si l'auteur principal est coupable de meurtre. Il ne s'agissait pas d'un cas où il convenait d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code*.

*Le* juge en chef Lamer: Les motifs du juge McLachlin sont généralement acceptés. En particulier, il est possible de reconnaître coupable d'homicide involontaire coupable, en vertu du par. 21(2) du *Code criminel*, l'accusé qui, ayant formé avec autrui le projet de poursuivre une fin illégale et d'aider l'auteur d'une infraction, savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration, par l'auteur de l'infraction, d'un acte dangereux qu'une personne raisonnable pourrait reconnaître comme créant un risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère. Aucune question relative à la *Charte* n'a été soulevée en l'espèce.

#### Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

**Arrêts appliqués:** *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638; **arrêts approuvés:** *R. c. Emkeit* (1971), 3 C.C.C. (2d) 309; *R. c. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405; **arrêts désapprouvés:** *R. c. Wong* (1978), 41 C.C.C. (2d) 196; *Hébert c. R.* (1986), 51 C.R. (3d) 264; **arrêts mentionnés:** *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944; *R. c. Tomkins*, [1985] 2 N.Z.L.R. 253; *R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731; *Bullard c. The Queen*, [1957] A.C. 635.

Citée par le juge en chef Lamer

**Arrêts appliqués:** *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638; *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74; *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3.

#### Lois et règlements cités

*Charte canadienne des droits et libertés*.  
*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21, 686(1)(b)(iii).  
*Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 69(2).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1991), 51 O.A.C. 92, 68 C.C.C. (3d) 385, 9 C.R. (4th) 57, qui a accueilli l'appel inter-

from his conviction on a charge of second degree murder. Appeal dismissed.

*Kenneth L. Campbell and Jay Naster*, for the appellant.

*Marc Rosenberg and Richard T. Crothers*, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J. — I agree with Justice McLachlin's proposed disposition of this appeal and generally with her reasons. In particular, I agree that having regard to the decisions of this Court in *R. v. Trin-  
neer*, [1970] S.C.R. 638, *R. v. Kirkness*, [1990] 3  
S.C.R. 74, and *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3,  
an accused can be convicted of manslaughter under s. 21(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985,  
c. C-46, if the accused, having formed an intention  
in common to carry out an unlawful purpose and to  
assist the perpetrator therein, knew or ought to  
have known that a probable consequence of carry-  
ing out the common purpose was the carrying out  
by the perpetrator of a dangerous act which a rea-  
sonable person could recognize as creating the risk  
of bodily harm which is neither trivial nor transi-  
tory.

In so holding, I would emphasize that the Court is not here concerned with any issue under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, no such point having been raised or argued.

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

MCLACHLIN J. — Paul Benjamin Davy stands convicted of the second degree murder of Eugene Rae. The Court of Appeal of Ontario ordered a new trial on the ground that the charge to the jury did not adequately describe the alternative of manslaughter. The Crown now appeals to this Court.

jeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté.

*Kenneth L. Campbell et Jay Naster*, pour l'appel-  
lante.

*Marc Rosenberg et Richard T. Crothers*, pour l'intimé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Je souscris à la façon dont le juge McLachlin propose de statuer sur le présent pourvoi et, d'une manière générale, à ses motifs. En particulier, je suis d'accord pour dire que, compte tenu des arrêts de notre Cour *R. c. Trin-  
neer*, [1970] R.C.S. 638, *R. c. Kirkness*, [1990] 3  
R.C.S. 74, et *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3,  
il est possible de reconnaître coupable d'homicide involontaire coupable, en vertu du par. 21(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, l'accusé qui, ayant formé avec autrui le projet de poursuivre une fin illégale et d'aider l'auteur d'une infraction, savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration, par l'auteur de l'infraction, d'un acte dangereux qu'une personne raisonnable pourrait reconnaître comme créant un risque de lésions corporelles qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère.

En tirant cette conclusion, je soulignerais que la Cour n'est saisie en l'espèce d'aucune question relative à la *Charte canadienne des droits et libertés*, puisque aucune question de cette nature n'a été soulevée ou débattue.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — Paul Benjamin Davy a été reconnu coupable du meurtre au deuxième degré de Eugene Rae. La Cour d'appel de l'Ontario a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que les directives données au jury ne traitaient pas suffisamment de la possibilité de l'homicide involontaire coupable. Le ministère public se pourvoit maintenant devant notre Cour.

Two issues arise on this appeal. The first concerns the principles which govern a conviction for manslaughter. The second is whether the charge given by the trial judge was in conformity with those principles.

### The Background

Davy was charged, together with Ricky Allan Jackson, with the first degree murder of Eugene Rae which took place in the early morning of August 27, 1986. Mr. Rae was the owner of an antique shop, the Raebenloft, in the town of Bobcaygeon. His living quarters were in the shop. Jackson had worked for Rae in the shop and had been Rae's lover.

In the summer of 1986, Rae hired a 19-year-old man named Michael Pearson. Jackson became concerned that Pearson would replace him in the shop and in Rae's affections. Jackson and Rae argued about Pearson and Rae assured Jackson that Pearson would be leaving.

On the night of the murder, Jackson was visiting Davy and his wife in their home in Orillia when he decided to telephone Rae. Upon doing so, he learned that, despite Rae's promise, Pearson was at the Raebenloft with him. Upset, Jackson asked Davy to drive him to Bobcaygeon.

Here the stories of Jackson and Davy diverge. According to Jackson, Davy never left the car and was unaware of the events that subsequently took place in the Raebenloft. Jackson admitted to entering the shop, losing control and striking Rae with a hammer. He was unable to say how many times he struck Rae. He also recalled chasing Pearson up the stairs, catching and hitting him about three-quarters of the way up and then seeing Pearson lying beside the bed. The next thing he remembered was being out in Davy's car and giving him directions back to Orillia.

Deux questions se posent en l'espèce. La première concerne les principes qui régissent une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable. La seconde est de savoir si les directives données au jury par le juge du procès respectaient ces principes.

### Historique

Davy et Ricky Allan Jackson ont tous les deux été accusés du meurtre au premier degré de Eugene Rae, survenu tôt le matin du 27 août 1986. Monsieur Rae était propriétaire de la boutique d'antiquités Raebenloft, située dans le village de Bobcaygeon. Il logeait dans le même bâtiment. Jackson avait travaillé pour Rae dans la boutique et avait été son amant.

Au cours de l'été de 1986, Rae a engagé un homme de 19 ans qui s'appelait Michael Pearson. Jackson a commencé à craindre de se voir supplanté par Pearson à la fois dans la boutique et dans le cœur de Rae. À la suite d'une querelle au sujet de Pearson, Rae a assuré à Jackson que celui-ci allait partir.

La nuit du meurtre, Jackson rendait visite à Davy et à son épouse chez eux à Orillia quand il a décidé de téléphoner à Rae. Il a alors appris que, malgré la promesse de Rae, Pearson était encore avec lui à Raebenloft. Dépité, Jackson a demandé à Davy de le conduire à Bobcaygeon.

C'est ici que divergent les récits de Jackson et de Davy. D'après Jackson, Davy n'est jamais descendu de la voiture et ignorait ce qui s'est passé par la suite à l'intérieur de Raebenloft. Jackson a avoué être entré dans la boutique, avoir perdu la tête et avoir assené des coups de marteau à Rae, sans toutefois en préciser le nombre. Il se souvenait aussi d'avoir poursuivi Pearson dans l'escalier, de l'avoir rattrapé et frappé après avoir gravi environ les trois quarts des marches, et d'avoir ensuite vu Pearson allongé à côté du lit. Ce dont il se souvenait ensuite, c'est de s'être retrouvé dans la voiture de Davy et de lui avoir indiqué le chemin pour retourner à Orillia.

Davy's story was quite different. According to him, Jackson talked on the way to Bobcaygeon about killing Rae, although Davy took this to be a joke. Upon their arrival in Bobcaygeon, they parked the car across the street from the Raebenloft. Jackson got out, carrying a hammer, balaclava and gloves, and ordered Davy to follow him. Jackson entered the shop and Davy remained outside, near the door. Davy saw another person in the house with Jackson and heard loud voices and "three smacks". Davy then became frightened and ran down the driveway toward the car. Jackson ran after him, hit him and forced him to return to the shop. He told Davy to retrieve a cash box from the floor before they returned to the car, whereupon Jackson ordered Davy to drive back to Orillia. Jackson disposed of the hammer and some stolen property on the way.

Pearson testified that he had been awakened by screaming from the deceased and then heard a thumping sound. He remained upstairs, hiding behind the bed, until he saw Jackson in the room looking at him. He stood up and asked Jackson what was going on. He testified that he did not see any other person in the room and that he recalls nothing after that until he awoke in the hospital with head wounds.

Forensic evidence revealed the impressions of two different pairs of running shoes at the scene. One pair had a wavy pattern, the other a lug pattern. The wavy prints were found at various places in the downstairs living area and shop and some of them were marked in blood. The lug prints were found at the south end of the bed and halfway between the bed and the doorway leading into the store front. These prints bore no evidence of blood.

The lug shoes were found in Jackson's car on his arrest and Jackson testified that they were his.

La version de Davy était fort différente. D'après lui, pendant qu'ils se dirigeaient vers Bobcaygeon, Jackson a parlé de tuer Rae, mais Davy a cru que c'était une blague. Arrivés à Bobcaygeon, ils ont stationné la voiture en face de la boutique Raebenloft, de l'autre côté de la rue. Jackson est sorti, marteau, cagoule et gants en main, et il a ordonné à Davy de le suivre. Jackson est entré dans la boutique et Davy est resté à l'extérieur, près de la porte. Il a aperçu une autre personne avec Jackson dans la maison, a entendu des échanges de propos bruyants ainsi que [TRADUCTION] «trois claques». Davy a alors pris peur et a descendu l'allée en courant vers la voiture. Jackson s'est lancé à sa poursuite, l'a frappé et l'a obligé à retourner dans la boutique. Il a dit à Davy de ramasser la caisse sur le plancher, puis ils ont regagné la voiture et Jackson a alors ordonné à Davy de repartir pour Orillia. En cours de route, Jackson s'est débarrassé du marteau et de certains objets volés.

Pearson a témoigné qu'il avait été réveillé par les hurlements de la victime et qu'il a ensuite entendu un bruit lourd et sourd. Il est resté à l'étage supérieur, caché derrière le lit jusqu'à ce qu'il aperçoive, dans la pièce, Jackson qui le regardait. Il s'est levé et a demandé à Jackson ce qui se passait. Il a témoigné qu'il n'avait vu personne d'autre dans la pièce et qu'il ne se souvenait de rien de ce qui s'était passé entre ce moment et celui où il s'est réveillé à l'hôpital avec des blessures à la tête.

D'après la preuve médico-légale, il y avait sur les lieux les empreintes de deux paires différentes de chaussures de sport. Les semelles d'une paire étaient ondulées tandis que celles de l'autre paire étaient rainurées. Les empreintes des semelles ondulées, dont certaines laissées dans du sang, ont été constatées à divers endroits au rez-de-chaussée, tant dans le logement que dans la boutique. Les empreintes des semelles rainurées ont été découvertes à l'extrémité sud du lit, à mi-chemin entre le lit et la porte qui communiquait avec la boutique. Ces empreintes ne comportaient aucune trace de sang.

Les chaussures aux semelles rainurées ont été découvertes dans la voiture de Jackson lors de son

However, Davy testified that the lug shoes were his, that they had been worn by him on the night of the killing and that he had given them to Jackson on Jackson's orders later. Jackson, he said, wore shoes with a wavy tread. Expert evidence was called which suggested that the lug shoes had been routinely worn by Davy.

On the basis of this evidence a number of scenarios may be constructed. The strength and plausibility of each depends upon the credibility of each witness and the weight which might be ascribed to each piece of evidence. The jury could have found that Davy had nothing to do with the murder and must be acquitted. Or, the jury could have found that Davy assisted Jackson in the activities that led to the murder or the robbery. On yet another scenario, proffered by the Crown, Jackson and Davy both entered Raebenloft and both participated fully in the attacks as well as the robbery. Davy's fate at trial depended upon the scenario chosen and the conclusions drawn as to duress and his state of mind.

The trial judge charged the jury on both the law of murder and of manslaughter. In doing so, he emphasized that the jury should consider each accused's liability independently. He set out a number of plausible scenarios and stated what the liability of each accused would be under each. In none of the scenarios was it suggested that Davy might be guilty of manslaughter. Rather, the trial judge expressed the opinion that it was unlikely that Davy would be guilty of manslaughter. The jury, as noted, convicted Davy of second degree murder.

The Court of Appeal set aside Davy's conviction and directed a new trial on the ground that the judge's charge did not adequately deal with the possibility that he might be guilty of manslaughter:

arrestation et celui-ci a témoigné qu'elles lui appartenaient. Toutefois, Davy a témoigné que c'étaient les siennes, qu'il les avait portées la nuit du meurtre et qu'il les avait par la suite remises à Jackson sur l'ordre de ce dernier. Jackson, a-t-il dit, portait des chaussures à semelles ondulées. D'après un témoignage d'expert, les chaussures à semelles rainurées avaient été habituellement portées par Davy.

Compte tenu de cette preuve, il est possible de concevoir un certain nombre de scénarios. La solidité et la plausibilité de chacun dépend de la crédibilité de chaque témoin et du poids qui pourrait être accordé à chaque élément de preuve. Le jury aurait pu conclure que Davy n'avait été pour rien dans le meurtre et qu'il devait être acquitté, ou encore, il aurait pu conclure que Davy a aidé Jackson dans les activités qui ont abouti au meurtre ou au vol qualifié. Selon encore un autre scénario, avancé par le ministère public, Jackson et Davy sont tous deux entrés dans la boutique Raebenloft et ont tous deux participé pleinement aux agressions et au vol qualifié. Le sort de Davy au procès dépendait du scénario retenu ainsi que des conclusions tirées au sujet de la contrainte qu'il avait subie et de son état d'esprit.

Le juge du procès a donné au jury des directives sur les règles de droit applicables au meurtre et à l'homicide involontaire coupable. Ce faisant, il a souligné que le jury devrait examiner séparément la responsabilité de chaque accusé. Il a exposé un certain nombre de scénarios plausibles en indiquant pour chacun quelle serait la responsabilité de chaque accusé. Dans aucun cas n'a-t-il indiqué que Davy pourrait être coupable d'homicide involontaire coupable. Au contraire, le juge du procès a exprimé l'avis qu'il était peu probable que Davy soit coupable d'homicide involontaire coupable. Comme je l'ai déjà mentionné, le jury a reconnu Davy coupable de meurtre au deuxième degré.

La Cour d'appel a annulé la déclaration de culpabilité de Davy et a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que les directives du juge ne traitaient pas suffisamment de la possibilité



(1991), 51 O.A.C. 92, 68 C.C.C. (3d) 385, 9 C.R. (4th) 57.

### Relevant Statutory Provisions

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

21. (1) Every one is a party to an offence who

(b) does or omits to do anything for the purpose of aiding any person to commit it; or

(c) abets any person in committing it.

(2) Where two or more persons form an intention in common to carry out an unlawful purpose and to assist each other therein and any one of them, in carrying out the common purpose, commits an offence, each of them who knew or ought to have known that the commission of the offence would be a probable consequence of carrying out the common purpose is a party to that offence.

### Discussion

(1) *Manslaughter and its Application in this Case*

The main objection to the charge is that the trial judge failed to properly instruct the jury with respect to Davy's potential liability for manslaughter through the application of ss. 21(1)(b), 21(1)(c) and 21(2) of the *Criminal Code*.

(i) Aiding and Abetting: Section 21(1)(b) and (c)

I turn first to Davy's potential liability for manslaughter as an aider and abettor under s. 21(1)(b) and (c). A person is a party to an offence if he or she aids or abets the commission of it. In this case, Jackson committed the offence of murder. It was open on the evidence for the jury to find that Davy aided and abetted him in that offence, and is guilty under s. 21(1)(b) and (c) of the *Criminal Code*. If he possessed the necessary *mens rea* for murder he could be guilty of murder. In the event that the jury did not find the intent required for murder, the question arises whether and in what circumstances

qu'il soit coupable d'homicide involontaire coupable: (1991), 51 O.A.C. 92, 68 C.C.C. (3d) 385, 9 C.R. (4th) 57.

### a Les dispositions législatives pertinentes

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

21. (1) Participant à une infraction:

b) quiconque accomplit ou omet d'accomplir quelque chose en vue d'aider quelqu'un à la commettre;

c) quiconque encourage quelqu'un à la commettre.

(2) Quand deux ou plusieurs personnes forment ensemble le projet de poursuivre une fin illégale et de s'y entraider et que l'une d'entre elles commet une infraction en réalisant cette fin commune, chacune d'elles qui savait ou devait savoir que la réalisation de l'intention commune aurait pour conséquence probable la perpétration de l'infraction, participe à cette infraction.

### e Analyse

(1) *L'homicide involontaire coupable et son application en l'espèce*

On reproche surtout au juge du procès de ne pas avoir donné au jury des directives suffisantes sur la possibilité que Davy soit responsable d'un homicide involontaire coupable en vertu des al. 21(1)(b) et 21(1)(c) et du par. 21(2) du *Code criminel*.

(i) Aider et encourager: al. 21(1)(b) et c)

J'examine d'abord la possibilité que Davy soit responsable d'un homicide involontaire coupable pour avoir aidé ou encouragé à commettre une infraction, au sens des al. 21(1)(b) et c). Participe à une infraction quiconque aide ou encourage quelqu'un à la commettre. En l'espèce, Jackson a commis l'infraction de meurtre. Compte tenu de la preuve produite, il était loisible au jury de conclure que Davy l'avait aidé et encouragé à la commettre et qu'il était coupable en vertu des al. 21(1)(b) et c) du *Code criminel*. S'il possédait la *mens rea* requise pour le meurtre, il pouvait être coupable de

Davy could be convicted under s. 21(1) for the lesser offence of manslaughter.

The trial judge did not give the jury a specific direction that it could find Davy guilty of manslaughter as an aider and abettor under s. 21(1) of the *Criminal Code*. The Court of Appeal held that this was an error. It held that the trial judge should have told the jury that s. 21(1)(b) and (c) of the *Code* would lead to a verdict of manslaughter if Davy did not have the mental state required for murder but the unlawful act which was aided or abetted was one he knew was likely to cause some harm short of death. This follows from the decision of this Court in *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74, at p. 88, *per* Cory J., where it was held that a person who aids and abets in an attack which results in a death may be guilty of manslaughter where that person does not have the requisite *mens rea* for murder but possesses the requisite intention for manslaughter, and where his co-accused is guilty of murder. (See also *Wilson J.*, at pp. 96-97.)

I agree with the Court of Appeal that the jury could have convicted Davy of manslaughter under these sections while convicting Jackson of murder.

I differ from the Court of Appeal, however, in the state of mind required to be guilty of manslaughter under s. 21(1)(b) and (c). The Court of Appeal held that the test was a subjective appreciation that the act was likely to cause some harm short of death. Since the date of the Court of Appeal's decision, this Court has held that unlawful act manslaughter — that is, the killing of a person while engaged in an unlawful act — does not require a subjective appreciation of the consequences of the act. The test is objective — what a

cette infraction. Dans le cas où le jury n'aurait pas conclu à l'existence de l'intention requise pour le meurtre, il faut se demander si, et dans quelles circonstances, Davy pouvait être déclaré coupable de l'infraction moindre d'homicide involontaire coupable, en vertu du par. 21(1).

Le juge du procès n'a pas précisé dans ses directives au jury que Davy pouvait être reconnu coupable d'homicide involontaire coupable pour avoir aidé et encouragé à commettre une infraction, au sens du par. 21(1) du *Code criminel*. La Cour d'appel a conclu que c'était là une erreur. Elle a statué que le juge du procès aurait dû dire au jury que l'application des al. 21(1)(b) et (c) du *Code* entraînerait un verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable dans l'hypothèse où Davy n'aurait pas eu l'état d'esprit requis pour le meurtre mais où il aurait su que l'acte illégal commis avec son aide ou son encouragement était de nature à causer des blessures, mais non la mort. Cela découle de l'arrêt *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74, à la p. 88 (motifs du juge Cory), où notre Cour a décidé que la personne qui aide ou encourage quelqu'un à commettre une agression qui se solde par la mort de la victime peut être coupable d'homicide involontaire coupable si elle n'a pas la *mens rea* requise pour le meurtre mais possède l'intention nécessaire pour l'homicide involontaire coupable, et si son coaccusé est coupable de meurtre. (Voir aussi les motifs du juge Wilson, aux pp. 96 et 97.)

Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le jury aurait pu déclarer Davy coupable d'homicide involontaire coupable en vertu de ces dispositions, tout en déclarant Jackson coupable de meurtre.

Je ne partage toutefois pas l'avis de la Cour d'appel en ce qui concerne l'état d'esprit requis pour qu'il y ait culpabilité d'homicide involontaire coupable en vertu des al. 21(1)(b) et (c). La Cour d'appel a statué que le critère applicable était la conscience subjective que l'acte accompli était de nature à causer des blessures, mais non la mort. Depuis que la Cour d'appel a rendu son arrêt dans la présente affaire, notre Cour a décidé que l'homicide involontaire coupable résultant d'un acte illégal, c'est-à-dire l'homicide commis au cours de la

reasonable person would have appreciated in all the circumstances. Nor is it necessary that the risk of death be foreseeable. As long as the unlawful act is inherently dangerous and harm to another which is neither trivial nor transitory is its foreseeable consequence, the resultant death amounts to manslaughter: *R. v. Creighton*, [1993] 3 S.C.R. 3; see also *R. v. DeSousa*, [1992] 2 S.C.R. 944.

I conclude that a person may be convicted of manslaughter who aids and abets another person in the offence of murder, where a reasonable person in all the circumstances would have appreciated that bodily harm was the foreseeable consequence of the dangerous act which was being undertaken. I further conclude that Davy might fall within this rule on the evidence presented at trial.

(ii) Common Unlawful Purpose: Section 21(2)

I turn next to Davy's potential liability for manslaughter under s. 21(2) of the *Criminal Code*, the "common purpose" section.

In my view, the trial judge correctly instructed the jury on the potential liability of Davy for murder under s. 21(2). He told the jury that if Davy formed a common intention with Jackson to rob the deceased and Jackson committed murder in the course of carrying out that robbery and foresaw that the murder was a probable consequence of carrying out the robbery or common purpose, then Davy would be guilty of second degree murder.

The trial judge, however, did not tell the jury that they could find Davy guilty of manslaughter under s. 21(2). The Court of Appeal held that this was an error, and that he should have instructed

perpétration d'un acte illégal, ne requiert pas la conscience subjective des conséquences de l'acte accompli. Le critère qui s'applique est un critère objectif — ce dont une personne raisonnable aurait été consciente compte tenu de toutes les circonstances. Il n'est pas nécessaire non plus que le risque de mort soit prévisible. Pourvu que l'acte illégal soit intrinsèquement dangereux et qu'il ait pour conséquence prévisible de causer à autrui des blessures qui ne sont ni sans importance ni de nature passagère, la mort qui en résulte constitue un homicide involontaire coupable: *R. c. Creighton*, [1993] 3 R.C.S. 3; voir aussi l'arrêt *R. c. DeSousa*, [1992] 2 R.C.S. 944.

Je conclus que la personne qui aide et encourage quelqu'un d'autre à commettre un meurtre peut être déclarée coupable d'homicide involontaire coupable si, compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable se serait rendu compte que l'acte dangereux qui était accompli avait pour conséquence prévisible de causer des lésions corporelles. Je conclus en outre que, d'après la preuve produite au procès, cette règle pourrait s'appliquer à Davy.

(ii) La fin commune illégale: par. 21(2)

Je passe maintenant à la question de la possibilité que Davy soit responsable d'un homicide involontaire coupable en vertu du par. 21(2) du *Code criminel*, qui porte sur la «fin commune».

À mon avis, le juge du procès a bien instruit le jury sur la possibilité que Davy soit responsable d'un meurtre, en vertu du par. 21(2). Le juge a dit au jury que si Davy et Jackson avaient formé ensemble le projet de voler la victime et que Jackson avait commis un meurtre en exécutant ce vol qualifié, tout en sachant que le meurtre serait une conséquence probable de l'exécution du vol qualifié ou de la réalisation de l'intention commune, Davy serait alors coupable de meurtre au deuxième degré.

Le juge du procès n'a toutefois pas indiqué au jury qu'il pouvait déclarer Davy coupable d'homicide involontaire coupable en vertu du par. 21(2). La Cour d'appel a conclu que c'était là une erreur

the jury that if they found Jackson guilty of murder, it was open to them under s. 21(2) to find Davy guilty of manslaughter.

This raises the question of whether a party may be found guilty of manslaughter under s. 21(2) where the perpetrator of the offence under that section is found guilty of murder. In other words, is the offence referred to in s. 21(2) confined to the offence of which the perpetrator is convicted — in this case murder — or does it extend to included offences such as manslaughter? If it is found to extend to included offences, then the further question arises of the required *mens rea* for manslaughter under s. 21(2).

Canadian courts have divided on the question of whether s. 21(2) imposes liability for included offences. In British Columbia and New Brunswick, appellate courts have held that a party cannot be convicted of manslaughter under s. 21(2) where the perpetrator is convicted of murder: *R. v. Wong* (1978), 41 C.C.C. (2d) 196 (B.C.C.A.), at pp. 200-202; and *Hébert v. R.* (1986), 51 C.R. (3d) 264 (N.B.C.A.). On the other hand, in Alberta and Manitoba the contrary view has been taken: *R. v. Emkeit* (1971), 3 C.C.C. (2d) 309 (Alta. C.A.), at pp. 336-37; and *R. v. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405 (Man. C.A.), at pp. 431-32.

In this case, the Court of Appeal took the view that where a common unlawful purpose has been demonstrated and one party to the purpose has committed murder, another party to the purpose may be convicted of either murder or manslaughter. Its reasons may be summarized as follows.

First, the Court of Appeal held that while *Kirkness*, *supra*, does not finally decide the issue, its

et que le juge aurait dû informer le jury que, s'il déclarait Jackson coupable de meurtre, il pourrait, en vertu du par. 21(2), déclarer Davy coupable d'homicide involontaire coupable.

*a*

Voilà qui soulève la question de savoir si un participant à une infraction peut être reconnu coupable d'homicide involontaire coupable en vertu du par. 21(2), dans le cas où l'auteur de l'infraction visée par ce paragraphe est déclaré coupable de meurtre. En d'autres termes, l'infraction mentionnée au par. 21(2) se limite-t-elle à l'infraction même dont l'auteur est reconnu coupable — en l'occurrence le meurtre — ou englobe-t-elle les infractions incluses comme l'homicide involontaire coupable? Si on conclut qu'elle englobe les infractions incluses, il faut alors se demander quelle est la *mens rea* requise pour qu'il y ait déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable en vertu du par. 21(2)?

*d*

*e*

Les tribunaux canadiens se sont partagés sur la question de savoir si le par. 21(2) impose une responsabilité pour des infractions incluses. En Colombie-Britannique et au Nouveau-Brunswick, les cours d'appel ont jugé qu'un participant à une infraction ne peut être déclaré coupable d'homicide involontaire coupable en vertu du par. 21(2), dans le cas où l'auteur de l'infraction est reconnu coupable de meurtre: *R. c. Wong* (1978), 41 C.C.C. (2d) 196 (C.A.C.-B.), aux pp. 200 à 202, et *Hébert c. R.* (1986), 51 C.R. (3d) 264 (C.A.N.-B.). Par contre, c'est le point de vue contraire qui a été retenu en Alberta et au Manitoba: *R. c. Emkeit* (1971), 3 C.C.C. (2d) 309 (C.A. Alb.), aux pp. 336 et 337, et *R. c. Kent* (1986), 27 C.C.C. (3d) 405 (C.A. Man.), aux pp. 431 et 432.

*h*

En l'espèce, la Cour d'appel a estimé que, lorsqu'on a démontré l'existence d'une fin commune illégale et qu'un participant à la réalisation de cette fin a commis un meurtre, un autre participant à la réalisation de la même fin peut être déclaré coupable soit de meurtre soit d'homicide involontaire coupable. Ses motifs peuvent se résumer de la façon suivante.

*i*

*j*

Premièrement, la Cour d'appel a conclu que, même si l'arrêt *Kirkness*, précité, ne tranche pas

reasoning supports the conclusion that liability under s. 21(2) may extend to included offences.

Second, the Court of Appeal held that the wording of the section admits of this conclusion. It is true that the reference in s. 21(2), to “an offence” committed by the principal, followed by the phrases “the offence” and “that offence” describing the second person’s liability, suggest at first reading that the second person’s liability must be for the same offence as the principal’s liability, in this case murder. However, if “the offence” and “that offence” are read as encompassing all included offences, a different conclusion emerges. Doherty J.A. wrote (at p. 420 C.C.C.):

The accessory is liable for “the offence” committed by the perpetrator. If the perpetrator commits murder, he or she necessarily commits the offence of manslaughter, although liability for manslaughter, being a lesser and included offence in murder, is subsumed in the conviction for murder. . . . The accessory’s liability under s. 21(2) is properly addressed in relation to each of the incidental offences committed by the perpetrator, not just by reference to the offence to which the perpetrator is ultimately convicted.

Third, the Court of Appeal held that interpreting s. 21(2) in this way “maintains an appropriate equilibrium between moral culpability and the offence for which an accused is ultimately convicted” (p. 420 C.C.C.). Doherty J.A. cited Cooke J. (as he then was) in *R. v. Tomkins*, [1985] 2 N.Z.L.R. 253 (C.A.), at p. 255:

The availability of manslaughter as a verdict in such cases gives effect to the community’s sense that a man who joins in a criminal enterprise with the knowledge that knives (or other weapons such as loaded guns) are being carried should bear a share of criminal responsibility for an ensuing death; but that, if he did not think

définitivement la question, le raisonnement qu’on y trouve permet de conclure que la responsabilité fondée sur le par. 21(2) peut s’étendre aux infractions incluses.

Deuxièmement, la Cour d’appel a statué que le texte du paragraphe permet de tirer cette conclusion. Il est vrai que la mention, au par. 21(2), d’«une infraction» commise par l’auteur principal, suivie des expressions «l’infraction» et «cette infraction» utilisées pour décrire la responsabilité de la seconde personne porte à croire, à première vue, que cette seconde personne doit être responsable de la même infraction que l’auteur principal, cette infraction étant en l’occurrence le meurtre. Toutefois, si les expressions «l’infraction» et «cette infraction» sont interprétées comme englobant toutes les infractions incluses, une conclusion différente s’impose. Le juge Doherty de la Cour d’appel écrit (à la p. 420 C.C.C.):

[TRADUCTION] Le complice est responsable de «l’infraction» commise par l’auteur principal. Si ce dernier commet un meurtre, il commet nécessairement l’infraction d’homicide involontaire coupable, même si la responsabilité pour homicide involontaire coupable, qui est une infraction moindre et incluse dans le meurtre, est subsumée sous la déclaration de culpabilité de meurtre [. . .] Il convient d’aborder la question de la responsabilité du complice aux termes du par. 21(2) relativement à chacune des infractions accessoires commises par l’auteur principal, et non seulement en fonction de l’infraction dont l’auteur principal est finalement reconnu coupable.

Troisièmement, la Cour d’appel a jugé que pareille interprétation du par. 21(2) [TRADUCTION] «permet de maintenir un équilibre approprié entre la culpabilité morale et l’infraction dont un accusé est finalement reconnu coupable» (p. 420 C.C.C.). Le juge Doherty a cité les propos tenus par le juge Cooke (maintenant président de la Cour d’appel) dans l’arrêt *R. c. Tomkins*, [1985] 2 N.Z.L.R. 253 (C.A.), à la p. 255:

[TRADUCTION] La possibilité de prononcer un verdict d’homicide involontaire coupable dans de tels cas traduit le sentiment collectif que quiconque s’associe à une entreprise criminelle tout en sachant qu’on est muni de couteaux (ou d’autres armes comme des armes à feu chargées) devrait se voir imputer une partie de la res-

that the weapons would be intentionally used to kill, it may be unduly harsh to convict him of murder.

These considerations, taken together, led the Court of Appeal to conclude that a person can be convicted of manslaughter under s. 21(2) of the *Code* where the principal is guilty of murder. While the matter admits of difficulty, I think that the Court of Appeal in the end arrived at the correct result, bearing in mind not only the wording of the *Code* but the manifest justice of permitting a conviction for manslaughter in these circumstances. In arriving at this conclusion, I have not ignored the history of s. 21(2), which at one time referred to "every offence" (R.S.C. 1927, c. 36, s. 69(2)). The change is arguably equally consistent with the theory that "offence" encompasses included offences, as with the Crown's theory that the drafters of the *Criminal Code* were seeking to limit it to the principal's offence.

This leaves the question of the *mens rea* required to sustain a conviction for manslaughter under s. 21(2) of the *Criminal Code*. The Court of Appeal held that to be convicted of manslaughter under s. 21(2) of the *Code*, the Crown must establish that the accused knew or ought to have known that killing short of murder was a probable consequence of the pursuit of the common unlawful purpose. However, as was previously noted, since the date of the Court of Appeal's decision, this Court has held that manslaughter does not require that a risk of death be foreseeable; foreseeability of the risk of harm is sufficient: *Creighton, supra*. This Court's decision in *R. v. Trinneer*, [1970] S.C.R. 638, suggests that there is nothing inherent in s. 21(2) which requires a higher *mens rea* than would otherwise be required for a conviction for manslaughter. There the Court held unanimously that an accused could be convicted of constructive murder as a party to that offence under the combi-

ponsabilité criminelle relative à un décès qui s'ensuit, mais qu'il peut être excessivement sévère de déclarer une telle personne coupable de meurtre si elle ne croyait pas qu'on se servirait intentionnellement de ces armes pour tuer quelqu'un.

Toutes ces considérations ont amené la Cour d'appel à conclure qu'une personne peut être déclarée coupable d'homicide involontaire coupable en vertu du par. 21(2) du *Code*, lorsque l'auteur principal de l'infraction est coupable de meurtre. Même si des difficultés peuvent surgir à ce sujet, j'estime qu'en dernière analyse la Cour d'appel est arrivée au bon résultat, si l'on tient compte non seulement du texte du *Code*, mais aussi du fait qu'il est manifestement juste de permettre une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable dans ces circonstances. En tirant cette conclusion, je n'ai pas fait abstraction de l'historique du par. 21(2) qui, à une certaine époque, parlait de «toute infraction» (S.R.C. 1927, ch. 36, par. 69(2)). On peut soutenir que la modification apportée est tout aussi compatible avec la théorie selon laquelle le terme «infraction» englobe les infractions incluses qu'avec celle du ministère public voulant que les rédacteurs du *Code criminel* aient cherché à limiter ce terme à l'infraction commise par l'auteur principal.

Reste la question de la *mens rea* requise pour justifier une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable fondée sur le par. 21(2) du *Code criminel*. La Cour d'appel a jugé que, pour obtenir une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable en vertu de ce paragraphe, le ministère public doit prouver que l'accusé savait ou devait savoir qu'un homicide, mais non un meurtre, était une conséquence probable de la poursuite de la fin commune illégale. Cependant, comme je l'ai déjà souligné, depuis l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce, notre Cour a statué qu'il n'est pas nécessaire dans le cas de l'homicide involontaire coupable que le risque de mort soit prévisible; la prévisibilité du risque de blessures suffit: *Creighton*, précité. L'arrêt de notre Cour *R. c. Trinneer*, [1970] R.C.S. 638, porte à croire qu'il n'y a rien dans le par. 21(2) qui exige un degré de *mens rea* plus élevé que celui qui serait par ailleurs nécessaire à une déclaration de culpabilité d'hom-

nation of ss. 21(2) and 230 (then s. 202) of the *Criminal Code*, without the Crown proving that the accused knew or ought to have known that it was probable death would ensue from the execution of the common unlawful purpose. While it would no longer be possible to convict for murder under s. 21(2) without proof of subjective awareness of the risk of death (*R. v. Logan*, [1990] 2 S.C.R. 731), the reasoning in *Trinneer*, coupled with *Creighton*, *supra*, suggests that the appropriate *mens rea* for manslaughter under s. 21(2) is objective awareness of the risk of harm. It must follow that a conviction for manslaughter under s. 21(2) does not require foreseeability of death, but only foreseeability of harm, which in fact results in death.

On the evidence presented, one of the scenarios available to the jury was that Jackson and Davy had formed a common intention to rob Rae and that, in the course of the robbery, Jackson murdered Rae. Even if he did not participate in the murder, Davy could be liable under s. 21(2) in this scenario. If he foresaw that murder was a probable consequence of carrying out the common purpose — in this case the robbery — he would be guilty of second degree murder. On the other hand, if Davy did not foresee the probability of murder but a reasonable person in all the circumstances would have foreseen at least a risk of harm to another as a result of carrying out the common intention, Davy could be found guilty of manslaughter under s. 21(2).

To summarize, the evidence was capable of supporting a conviction for manslaughter on the bases that Davy was an aider and abettor under s. 21(1)

cide involontaire coupable. Dans cet arrêt, la Cour a décidé à l'unanimité que, selon le par. 21(2) et l'art. 230 (alors l'art. 202) du *Code criminel* pris ensemble, un accusé pouvait être reconnu coupable de meurtre par imputation en tant que participant à cette infraction, et ce, sans que le ministère public ait à prouver que l'accusé savait ou devait savoir que la mort serait la conséquence probable de la réalisation de la fin commune illégale. Bien qu'il ne soit plus possible de prononcer une déclaration de culpabilité de meurtre fondée sur le par. 21(2) en l'absence d'une preuve de la conscience subjective du risque de mort (*R. c. Logan*, [1990] 2 R.C.S. 731), le raisonnement de l'arrêt *Trinneer*, conjugué à l'arrêt *Creighton*, précité, porte à croire que la *mens rea* requise pour déclarer quelqu'un coupable d'homicide involontaire coupable en vertu du par. 21(2) est la conscience objective du risque de blessures. Il s'ensuit nécessairement qu'une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable fondée sur le par. 21(2) exige non pas la prévisibilité de la mort, mais seulement la prévisibilité de blessures qui, en fait, entraînent la mort.

D'après la preuve produite, l'un des scénarios qu'aurait pu retenir le jury est celui voulant que Jackson et Davy aient formé ensemble le projet de voler Rae et que, lors de la perpétration du vol qualifié, Jackson ait assassiné Rae. Même si Davy n'a pas participé au meurtre, sa responsabilité pourrait, selon ce scénario, être engagée en vertu du par. 21(2). S'il avait prévu que le meurtre serait une conséquence probable de la réalisation de la fin commune — en l'occurrence le vol qualifié —, il serait coupable de meurtre au deuxième degré. Par contre, dans le cas où il n'aurait pas prévu qu'un meurtre serait probablement commis mais où, compte tenu de toutes les circonstances, une personne raisonnable aurait prévu au moins le risque de causer des blessures à autrui par suite de la réalisation de l'intention commune, Davy pourrait être déclaré coupable d'homicide involontaire coupable en vertu du par. 21(2).

Somme toute, la preuve produite pouvait justifier une déclaration de culpabilité d'homicide involontaire coupable pour le motif que Davy avait

of the *Criminal Code* or that he was a party to a common intention to carry out an unlawful purpose under s. 21(2) of the *Criminal Code*. The remaining question is whether the jury was correctly charged with respect to these options.

(iii) Adequacy of the Charge on Manslaughter

The trial judge, as part of his general direction on the law, charged the jury on manslaughter as follows:

Let us then assume that you have a reasonable doubt as to second degree murder, or, as I have called it, murder. We will then turn to manslaughter.

If you find that Eugene Rae died as the result of an unlawful act and that the accused committed, or was a party to that unlawful act, but you are not satisfied beyond a reasonable doubt that one of the accused had the intent required for murder, then you will find the accused not guilty of murder but guilty of manslaughter. No intention to kill — I repeat, no intention to kill — or no intention to cause bodily harm of the nature I have described need be proved by the Crown to sustain a verdict of manslaughter. Manslaughter simply is the unintentional killing resulting from an unlawful act, but the Crown must satisfy you beyond a reasonable doubt that the accused killed Rae by means of an unlawful act that the accused committed upon Rae, or was a party thereto. Here, the unlawful act would be assault, a non-accidental application of force.

Keep in mind that Mr. Owen [defence counsel for Jackson] has conceded that Jackson is guilty in the least of manslaughter, that is, the unlawful act of assaulting Rae caused Rae's death.

The trial judge gave the following directions on party liability:

All parties to the offence are equally guilty. There are two accused here. You must consider their liability separately. In that regard, you must determine whether Jack-

aidé et encouragé à commettre une infraction, au sens du par. 21(1) du *Code criminel*, ou qu'il avait participé à un projet commun de poursuivre une fin illégale au sens du par. 21(2) du *Code*. Il reste à décider si le jury a reçu des directives appropriées relativement à ces deux options.

(iii) Le caractère suffisant des directives relatives à l'homicide involontaire coupable

Dans le cadre de ses directives générales concernant les règles de droit applicables, le juge du procès a dit ceci au jury:

[TRADUCTION] Supposons alors que vous ayez un doute raisonnable quant au meurtre au deuxième degré ou quant au meurtre, pour reprendre l'expression que j'ai utilisée. Nous allons examiner la question de l'homicide involontaire coupable.

Si vous décidez que Eugene Rae est mort par suite d'un acte illégal et que l'accusé a commis cet acte ou a participé à sa perpétration, sans toutefois être convaincus hors de tout doute raisonnable que l'un des accusés avait l'intention requise pour être reconnu coupable de meurtre, alors vous déclarerez cet accusé non coupable de meurtre mais coupable d'homicide involontaire coupable. Pour justifier un verdict d'homicide involontaire coupable, le ministère public n'a à prouver aucune intention de tuer — je le répète, aucune intention de tuer — ni aucune intention de causer des lésions corporelles comme celles que j'ai décrites. L'homicide involontaire coupable n'est rien d'autre qu'un homicide non intentionnel résultant de l'acte illégal, mais le ministère public doit vous convaincre hors de tout doute raisonnable que l'accusé a tué Rae en commettant sur lui un acte illégal, ou qu'il a participé à cet acte. En l'espèce, l'acte illégal consisterait en des voies de fait, en une utilisation non accidentelle de la force.

N'oubliez pas que M<sup>e</sup> Owen [l'avocat de l'accusé Jackson] a reconnu que Jackson est coupable tout au moins d'homicide involontaire coupable, c'est-à-dire que l'acte illégal consistant à se livrer à des voies de fait sur Rae a causé sa mort.

Le juge du procès a donné les directives suivantes au sujet de la responsabilité d'un participant à une infraction:

[TRADUCTION] Tous les participants à l'infraction sont coupables au même titre. Il y a deux accusés en l'espèce. Vous devez examiner la responsabilité de chacun



son or Davy are parties to first degree murder, second degree murder, or manslaughter. A party to an offence is guilty of the murder whether he is a principal or secondary offender.

The trial judge charged on aiding and abetting as follows:

I turn next to aiding and abetting an offence. Each is a separate mode by which an accused may be a secondary party to an offence actually committed by some other person. Before a person can be liable as an aider or abettor, you must find that a specific offence, in this case first degree murder, second degree murder or manslaughter, was committed. If you find that the offence has been committed, then the accused would be guilty if he aided, or abetted, in the commission of the offence.

Aiding or abetting must relate to a specific offence. You cannot aid, or abet, in the abstract. The word "aid", of course, simply means to help, or assist. The helping may consist of doing something. The word "abet" means to encourage, to urge on, to incite, to instigate.

Persons who actually aid, or abet, in the commission of an offence are as guilty of the offence as the person who actually commits it. To be guilty of aiding or abetting, there must be some actual participation or assistance rendered, or some active encouraging or urging that the offence be carried out. A mere bystander is not an aider or abettor. Passive acquiescence is not sufficient.

To aid, or abet the venture; to aid, or abet, the commission of a crime, a person must associate himself with a criminal venture by participating in it and trying to make it succeed, or by actively encouraging it, or urging that it occur. Remember, it is no criminal offence to stand by. A mere passive spectator to a crime, no matter how serious the offence, is not guilty of an offence. There must be intentional assistance or encouragement in the commission of the crime for an accused to be guilty of aiding or abetting.

d'eux séparément. Vous devez, à cet égard, décider si Jackson ou Davy ont participé à un meurtre au premier degré, à un meurtre au deuxième degré ou à un homicide involontaire coupable. Un participant se rend coupable de meurtre, qu'il soit l'auteur principal de l'infraction ou bien l'auteur secondaire.

En ce qui concerne l'aide et l'encouragement à commettre une infraction, le juge du procès a donné les directives suivantes:

[TRADUCTION] Je vais maintenant parler de l'aide et de l'encouragement à commettre une infraction. Il s'agit dans chaque cas d'une façon dont l'accusé peut participer accessoirement à une infraction commise en fait par quelqu'un d'autre. Pour pouvoir tenir une personne responsable pour avoir aidé ou encouragé à commettre une infraction, vous devez conclure qu'une infraction précise, en l'espèce un meurtre au premier degré, un meurtre au deuxième degré ou un homicide involontaire coupable, a été commise. Si vous décidez que l'infraction a été commise, alors l'accusé est coupable s'il a aidé ou encouragé à commettre cette infraction.

L'aide et l'encouragement doivent se rapporter à une infraction précise. On ne peut aider ni encourager dans l'abstrait. Il va sans dire que le mot «aider» signifie simplement «prêter son concours» ou «assister». L'aide peut consister à faire quelque chose. Le mot «encourager» a le sens d'inciter, de presser, de pousser, de provoquer.

Quiconque aide ou encourage réellement une autre personne à commettre une infraction est coupable de cette infraction, au même titre que la personne qui la commet réellement. Pour être coupable d'avoir aidé ou encouragé à commettre une infraction, il doit y avoir eu participation ou aide réelles, ou un encouragement ou une invitation à la commettre. Un simple observateur n'est pas quelqu'un qui aide ou encourage. L'acquiescement passif ne suffit pas.

Pour aider ou encourager l'entreprise, pour aider ou encourager à commettre un crime, une personne doit s'associer à l'entreprise criminelle soit en y participant et en tentant de la faire réussir, soit en l'encourageant activement ou en insistant pour qu'elle se réalise. Rappelez-vous que le fait de rester là à ne rien faire ne constitue pas une infraction criminelle. Le simple observateur passif d'un crime, peu importe la gravité de ce crime, n'est coupable d'aucune infraction. Un accusé n'est coupable d'avoir aidé ou encouragé à commettre un crime que s'il a intentionnellement aidé ou encouragé quelqu'un à le commettre.

In order for you to find the accused guilty on the basis of aiding or abetting, it is not sufficient for the Crown to prove that his acts, in fact, had the effect of aiding or abetting the commission of the crime; the Crown must also prove beyond a reasonable doubt that he did the acts for the purpose, or with the intention of aiding or abetting the commission of an offence.

Having set out the law on these matters, the trial judge then reviewed the available verdicts and crimes:

You must give special consideration and render separate verdicts with respect to each accused and each offence considered. Each accused is entitled to have his guilt, or innocence, as to each crime charged determined from his own conduct and from the evidence which applies to him as if he were being tried alone.

So, you start at second degree murder with Jackson. You make your determination. If you find Jackson not guilty of second degree murder, then you go down to manslaughter. He is only guilty of manslaughter. That is conceded. If you, however, find that Jackson is guilty of second degree murder, then you go on to consider whether or not it was a planned and deliberate, intentional killing; and, if so, then he is guilty of first degree murder.

Likewise with Davy. Consider Davy as to second degree murder and his liability for that. If you are not satisfied as to that, you may consider manslaughter. It may be unlikely in this case that Davy would be guilty of manslaughter. If you find Davy guilty of second degree murder, only then do you step up and consider his culpability as to first degree murder.

As far as Paul Benjamin Davy is concerned, you will be asked first; do you find him guilty of first degree murder? Although you start with second degree murder in your deliberations. If not, then, is he guilty of man-

Pour que vous déclariez l'accusé coupable pour avoir aidé ou encouragé à commettre un crime, il ne suffit pas que le ministère public prouve que ses actes ont eu pour effet d'aider ou d'encourager à le commettre; le ministère public doit aussi prouver hors de tout doute raisonnable que c'est dans le but ou l'intention d'aider ou d'encourager à commettre une infraction que l'accusé a accompli les actes en question.

Ayant exposé les règles de droit applicables à ces égards, le juge du procès a ensuite passé en revue les crimes et les verdicts possibles:

[TRADUCTION] Chaque accusé et chaque infraction considérée doit faire l'objet d'un examen particulier et d'un verdict distinct. Chaque accusé a le droit de voir déterminer sa culpabilité ou son innocence relativement à chaque crime qui lui est imputé, en fonction de sa propre conduite et de la preuve qui s'applique à son cas, tout comme s'il subissait seul son procès.

Alors vous commencez par Jackson et la question du meurtre au deuxième degré. Vous arrivez à une décision. Si vous le jugez non coupable de meurtre au deuxième degré, vous considérez ensuite l'infraction moins grave d'homicide involontaire coupable. Il n'est coupable que d'homicide involontaire coupable. On en convient. Si toutefois vous concluez que Jackson est coupable de meurtre au deuxième degré, vous devez alors vous demander s'il s'agissait d'un homicide intentionnel commis avec préméditation. Si c'est le cas, il est coupable de meurtre au premier degré.

Il faut procéder de la même façon avec Davy. Examinez s'il est responsable de meurtre au deuxième degré. Si vous n'en êtes pas convaincus, vous pouvez considérer l'infraction d'homicide involontaire coupable. Il est peut-être peu probable en l'espèce que Davy soit coupable d'homicide involontaire coupable. C'est seulement si vous le jugez coupable de meurtre au deuxième degré que vous allez examiner s'il est coupable de meurtre au premier degré.

En ce qui concerne Paul Benjamin Davy, on vous demandera d'abord si vous le jugez coupable de meurtre au premier degré, même si, dans vos délibérations, vous commencez par le meurtre au deuxième degré. Si la réponse est négative, on vous demandera alors s'il est coupable d'homicide involontaire coupable. Dans la

slaughter? If not, then he is not guilty, and there is an outright acquittal.

You will be given various definitions of the Criminal Code. You will get the definition of second degree murder in s. 214 [now s. 231]. You will get the definition of first degree murder in s. 214(2) [now s. 231(2)]. You will also get simple manslaughter as a third alternative. There is no definition of an unlawful act causing death and it is already conceded that the assault would cause death, therefore there is manslaughter in the least. You will also be given s. 21 in its entirety as to actual parties to the offence. Remember, each is liable if they are a party to the offence. You can be a party by actually committing, aiding, abetting, or by having an intention to rob where it is probable that murder will result.

Finally, the trial judge gave the jury this concluding instruction:

In considering each accused's liability separately in each scenario, apply s. 21 of the Criminal Code, i.e., the party to an offence provision. Apply those provisions, the party provisions, to second degree murder, then to first degree murder, if applicable, then to manslaughter, if applicable. Start with s. 21(1)(a), actually commits; then s. 21(1)(b), aids; then s. 21(1)(c), abets, and finally s. 21(2) to each accused in each scenario. Obviously, certain subsections in s. 21 may not apply to each accused in particular scenarios.

If you follow this approach, I am sure you will arrive at true and just verdicts.

At no point did the trial judge expressly tell the jury that it was open to it to find Jackson guilty of murder and Davy guilty of manslaughter. In the scenarios which he outlined for the jury, none of the possible verdicts for Davy were manslaughter. Furthermore, and most telling, the trial judge

négative, il n'est pas coupable et il est carrément acquitté.

<sup>a</sup> Différentes définitions tirées du Code criminel vous seront fournies. Vous obtiendrez la définition du meurtre au deuxième degré figurant à l'art. 214 [maintenant l'art. 231]. Vous obtiendrez la définition du meurtre au premier degré énoncée au par. 214(2) [maintenant le par. 231(2)]. On vous donnera comme troisième possibilité le simple homicide involontaire coupable. Il n'existe pas de définition d'un acte illégal causant la mort et on a déjà reconnu que les voies de fait ont causé la mort, de sorte qu'il y a tout au moins homicide involontaire coupable. En ce qui concerne les participants réels à l'infraction, vous allez recevoir le texte intégral de l'art. 21. Rappelez-vous que chacun des accusés est responsable s'il a participé à l'infraction. On peut participer à une infraction en la commettant réellement, en aidant ou en encourageant quelqu'un à la commettre, ou en ayant l'intention de commettre un vol dans un cas où il est probable qu'un meurtre résultera.

<sup>e</sup> Enfin, le juge du procès a donné au jury cette ultime directive:

[TRADUCTION] En examinant séparément, dans chaque scénario, la responsabilité de chacun des accusés, appliquez l'art. 21 du Code criminel, qui est la disposition relative aux participants à une infraction. Appliquez ces dispositions, les dispositions relatives aux participants, au meurtre au deuxième degré, puis, s'il y a lieu, au meurtre au premier degré, et enfin à l'homicide involontaire coupable. Vous allez appliquer à chaque accusé dans chaque scénario d'abord l'al. 21(1)a («commet réellement»), ensuite l'al. 21(1)b («aider») et l'al. 21(1)c («encourage»), et finalement le par. 21(2). Évidemment, il se pourra que certaines dispositions de l'art. 21 ne s'appliquent pas à chaque accusé dans des scénarios donnés.

<sup>h</sup> Je suis persuadé que, si vous suivez cette méthode, vous allez parvenir à des verdicts exacts et justes.

<sup>i</sup> Jamais le juge du procès n'a-t-il dit expressément au jury qu'il pouvait déclarer Jackson coupable de meurtre et Davy, coupable d'homicide involontaire coupable. Dans les scénarios qu'il a exposés au jury, aucun des verdicts possibles dans le cas de Davy n'était celui de culpabilité d'homicide involontaire coupable. De plus, ce qui est fort révélateur, le juge du procès a affirmé: «Il est peut-

stated: "It may be unlikely in this case that Davy would be guilty of manslaughter."

The Crown argues that the trial judge adequately set out the requirements of manslaughter and left that verdict open with respect to both accused. Furthermore, the Crown stresses that the trial judge advised the jury to consider the position of each accused independently. Finally, the Crown notes that if the jury followed the trial judge's directions, it would not have arrived at the verdict of manslaughter unless it was satisfied that Davy was not guilty of murder. This, states the Crown, was clearly not the case as the jury convicted him of second degree murder. The Crown says that it was unnecessary to expressly tell the jury that they could convict Jackson of murder and Davy of manslaughter.

Giving these arguments due weight, I am nevertheless left in doubt as to whether the jury was properly charged with respect to manslaughter. I agree with the Court of Appeal that it was essential that the jury be instructed with respect to Davy's potential liability for manslaughter under ss. 21(1) and 21(2) of the *Criminal Code*. It might not be apparent to a jury reading these provisions that, under them, they could convict Jackson for murder and Davy for manslaughter. This was exacerbated by the trial judge's suggestion that it was unlikely that Davy was guilty of manslaughter and by some of the wording employed by the trial judge in the charge. For example, the trial judge, in charging the jury on parties to the offence, used the phrase, "[a]ll parties to the offence are equally guilty." If the jury had concluded that the offence under s. 21(2) was murder by Jackson, this might well have led it to conclude that Davy must also be guilty of murder when, as discussed above, he may have only been guilty of manslaughter in the absence of the requisite intent for murder. This ambiguity in the charge could have been easily countered by a clear explanation that the jury might find Jackson

être peu probable en l'espèce que Davy soit coupable d'homicide involontaire coupable.»

Le ministère public soutient que le juge du procès a bien exposé les conditions applicables à l'homicide involontaire coupable et qu'il n'a pas écarté la possibilité de prononcer un verdict de culpabilité de cette infraction dans le cas des deux accusés. En outre, le ministère public souligne que le juge du procès a recommandé au jury d'examiner la situation de chaque accusé séparément. Enfin, le ministère public fait remarquer que, si le jury avait suivi les directives du juge du procès, il ne serait arrivé au verdict de culpabilité d'homicide involontaire coupable que s'il avait été convaincu que Davy n'était pas coupable de meurtre. Cela, affirme le ministère public, n'était clairement pas le cas puisque le jury l'a déclaré coupable de meurtre au deuxième degré. Le ministère public affirme qu'il n'était pas nécessaire de dire expressément au jury qu'il pouvait déclarer Jackson coupable de meurtre et Davy, coupable d'homicide involontaire coupable.

Tout en accordant à ces arguments le poids qu'ils méritent, je doute néanmoins que le jury ait reçu des directives appropriées relativement à l'homicide involontaire coupable. Je conviens avec la Cour d'appel qu'il était essentiel que le jury reçoive des directives sur la possibilité que Davy soit responsable d'un homicide involontaire coupable en vertu des par. 21(1) et 21(2) du *Code criminel*. Il n'aurait peut-être pas été évident pour un jury qui aurait lu ces dispositions qu'elles lui permettaient de déclarer Jackson coupable de meurtre et Davy, coupable d'homicide involontaire coupable. Cette situation a été aggravée par le fait que le juge du procès a laissé entendre qu'il était peu probable que Davy soit coupable d'homicide involontaire coupable, et par certains termes employés par le juge du procès dans ses directives au jury. Par exemple, en donnant au jury des directives concernant les participants à l'infraction, il a affirmé que «[t]ous les participants à l'infraction sont coupables au même titre.» Si le jury avait conclu que l'infraction visée au par. 21(2) était le meurtre commis par Jackson, cela aurait bien pu l'amener à conclure que Davy devait lui aussi être coupable

guilty of murder and Davy guilty of manslaughter. That direction, however, was not given.

It is true that the trial judge charged the jury clearly and correctly on the mental state required to find Davy guilty of murder. It is also true that the jury found Davy guilty of murder. Nevertheless, I agree with the Court of Appeal that one cannot be satisfied the verdict is just, given the failure of the trial judge to set out the basis for convicting Davy of manslaughter under ss. 21(1) and 21(2) and the absence of any instruction that a party may be guilty of manslaughter even though the perpetrator is guilty of murder. As Lord Tucker stated in *Bullard v. The Queen*, [1957] A.C. 635, at p. 644:

Every man on trial for murder has the right to have the issue of manslaughter left to the jury if there is any evidence upon which such a verdict can be given. To deprive him of this right must of necessity constitute a grave miscarriage of justice and it is idle to speculate what verdict the jury would have reached.

I cannot but conclude that Lord Tucker's admonition has not been followed in this case and the issue of manslaughter was not properly left to the jury.

(2) *Whether Section 686(1)(b)(iii) of the Criminal Code Applies*

I am not satisfied that it is clear that a jury, properly instructed, would necessarily have returned a verdict of second degree murder against Davy. He was entitled to have the verdict of manslaughter clearly put to the jury. We cannot be certain that if

de meurtre alors que, comme je l'ai déjà indiqué, il n'était peut-être coupable que d'homicide involontaire coupable en l'absence de l'intention requise pour l'infraction de meurtre. Cette ambiguïté dans les directives aurait facilement pu être dissipée en expliquant clairement que le jury pourrait déclarer Jackson coupable de meurtre et Davy, coupable d'homicide involontaire coupable. Cette directive n'a toutefois pas été donnée.

Le juge du procès a certes donné au jury des directives claires et justes concernant l'état d'esprit requis pour déclarer Davy coupable de meurtre. Il est vrai aussi que le jury a reconnu Davy coupable de meurtre. Je conviens néanmoins avec la Cour d'appel qu'on ne saurait être convaincu que ce verdict est juste étant donné l'omission du juge du procès de dire sur quoi on pouvait se baser pour déclarer Davy coupable d'homicide involontaire coupable en vertu des par. 21(1) et 21(2), et compte tenu de l'absence de toute directive voulant qu'un participant à une infraction puisse être coupable d'homicide involontaire coupable même si l'auteur principal est coupable de meurtre. Comme l'affirme lord Tucker dans l'arrêt *Bullard c. The Queen*, [1957] A.C. 635, à la p. 644:

[TRADUCTION] Quiconque subit un procès pour meurtre a droit à ce que la question de l'homicide involontaire coupable soit soumise à l'appréciation du jury, s'il existe des éléments de preuve susceptibles de justifier un verdict de culpabilité de cette infraction. Priver une telle personne de ce droit constitue nécessairement une erreur judiciaire grave et il ne sert à rien de conjecturer sur le verdict qu'aurait rendu le jury.

Force m'est de conclure qu'en l'espèce on n'a pas tenu compte de l'avertissement de lord Tucker et que la question de l'homicide involontaire coupable n'a pas été correctement soumise à l'appréciation du jury.

(2) *Le sous-alinéa 686(1)(b)(iii) du Code criminel s'applique-t-il?*

Je ne suis pas convaincue qu'il est évident qu'un jury, ayant reçu des directives appropriées, aurait nécessairement prononcé contre Davy un verdict de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Davy avait droit à ce que la possibilité d'un verdict de

this had been done, and notwithstanding the correct instruction on murder, that the verdict might not have been different. This is, consequently, not a proper case for the application of s. 686(1)(b)(iii).

### Conclusion

I would dismiss the appeal and confirm the order for a new trial.

*Appeal dismissed.*

*Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General for Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the respondent: Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto.*

culpabilité d'homicide involontaire coupable soit clairement soumise à l'appréciation du jury. Nous ne pouvons être certains que, si cela avait été fait et malgré l'existence des directives justes en matière de meurtre, le verdict n'aurait pas pu être différent. Il ne s'agit donc pas d'un cas où il convient d'appliquer le sous-al. 686(1)(b)(iii).

### Conclusion

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance d'un nouveau procès.

*Pourvoi rejeté.*

*Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intimé: Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto.*

**Stephen William Osolin** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Canada, the  
Attorney General for Ontario and the  
Attorney General of Quebec** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. OSOLIN

File No.: 22826.

1993: June 17; 1993: December 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
BRITISH COLUMBIA

*Constitutional law — Charter of Rights — Presump-  
tion of innocence — Sexual assault — Defence of honest  
but mistaken belief in consent — Section 265(4) of  
Criminal Code imposing “air of reality” test as thresh-  
old to be met before issue of mistaken belief is left to  
jury — Whether s. 265(4) infringes s. 11(d) of Canadian  
Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code,  
R.S.C., 1985, c. C-46, s. 265(4).*

*Constitutional law — Charter of Rights — Trial by  
jury — Sexual assault — Defence of honest but mistaken  
belief in consent — Section 265(4) of Criminal Code  
imposing “air of reality” test as threshold to be met  
before issue of mistaken belief is left to jury — Whether  
s. 265(4) infringes s. 11(f) of Canadian Charter of  
Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c.  
C-46, s. 265(4).*

*Criminal law — Evidence — Cross-examination —  
Sexual assault — Medical records — Complainant's  
medical records admitted into evidence for limited pur-  
pose of determining complainant's competence to testify  
— Notation in medical records indicating that complain-  
ant was concerned that her attitude and behaviour  
might have influenced accused — Trial judge not per-  
mitting accused to cross-examine complainant on her*

**Stephen William Osolin** *Appelant*

c.

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

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Canada, le  
procureur général de l'Ontario et le  
procureur général du Québec** *Intervenants*

<sup>c</sup> RÉPERTORIÉ: R. c. OSOLIN

N<sup>o</sup> du greffe: 22826.

1993: 17 juin; 1993: 16 décembre.

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

<sup>e</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-  
BRITANNIQUE

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Pré-  
sommption d'innocence — Agression sexuelle — Défense  
de croyance sincère mais erronée au consentement —  
Critère de la «vraisemblance» imposé par l'art. 265(4)  
du Code criminel comme condition préliminaire à rem-  
plir avant de soumettre au jury la question de la  
croyance erronée — L'article 265(4) enfreint-il l'art.  
11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? —  
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(4).*

<sup>f</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès  
avec jury — Agression sexuelle — Défense de croyance  
sincère mais erronée au consentement — Critère de la  
«vraisemblance» imposé par l'art. 265(4) du Code cri-  
minel comme condition préliminaire à remplir avant de  
soumettre au jury la question de la croyance erronée —  
L'article 265(4) enfreint-il l'art. 11f) de la Charte cana-  
dienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C.  
(1985), ch. C-46, art. 265(4).*

<sup>g</sup> *Droit criminel — Preuve — Contre-interrogatoire —  
Agression sexuelle — Dossiers médicaux — Dossiers  
médicaux de la plaignante présentés en preuve pour la  
seule fin de déterminer son habilité à témoigner — Note  
dans les dossiers médicaux indiquant que la plaignante  
craignait que son attitude et son comportement aient pu  
influencer l'accusé — Contre-interrogatoire de la plai-  
gnante sur ses dossiers médicaux refusé à l'accusé par*

*medical records to determine "what kind of person the complainant is" — Whether cross-examination should have been permitted for purpose of determining whether there was evidence to support defence of honest but mistaken belief in consent or allegation of fabrication.*

*Criminal law — Defences — Defence of honest but mistaken belief in consent — Sexual assault — Interpretation of s. 265(4) of Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.*

The accused was charged with sexual assault and kidnapping. On the day of the incident, the complainant, a 17-year-old girl who had been under psychiatric treatment for depression and anxiety, went with two men, D and S, to B's trailer, where they drank beer. Later in the afternoon, the complainant and D, whom she had dated on a few occasions, had consensual intercourse in a wooded area. After D went home, the accused and his friend M arrived at the trailer and left with B to go to a nearby pub while S and the complainant stayed at the trailer and engaged in sexual intercourse. In the evening, M and the accused came back to the trailer. While the accused drove S some distance away, M attempted to have intercourse with the complainant. She testified that she did not consent to his advances and that he prevented her from getting dressed. She managed to get her underpants on as the accused entered the room. He threw her over his shoulder and carried her out to the car. The complainant testified that she resisted leaving the trailer and asked for her clothes but that the accused put her in the back seat of the car and tore off her underpants. M drove them to a cabin 40 miles away and left. The accused pulled her into a bedroom, tied her up and had sexual intercourse with her. Shortly after 3:30 a.m., an RCMP constable found the complainant on the highway. She was screaming and crying. She was taken to the hospital where her medical examination revealed a number of injuries generally more consistent with sexual assault than consensual intercourse. The police also found a pair of torn women's underpants lying on the ground some 20 feet from the trailer.

At trial, the accused testified that the complainant was an eager although not active participant in all the acts leading up to and including sexual intercourse. She only resisted when he tried to shave her pubic area at the cabin. The accused admitted, however, that he "over-rode" her complaints about being forced while naked to leave the trailer. Defence counsel sought to cross-

*le juge du procès pour déterminer «le genre de personne qu'est la plaignante» — Le contre-interrogatoire aurait-il dû être permis aux fins de déterminer s'il y avait des éléments de preuve à l'appui de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement ou de l'allégation de fabrication?*

*Droit criminel — Moyens de défense — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Agression sexuelle — Interprétation de l'art. 265(4) du Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.*

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle et d'enlèvement. Le jour de l'incident, la plaignante, une jeune fille de 17 ans qui avait subi des traitements psychiatriques pour dépression et anxiété, s'est rendue avec deux hommes, D et S, à la roulotte de B, où ils ont bu de la bière. Plus tard dans l'après-midi, la plaignante et D, qu'elle avait fréquenté à quelques reprises, ont eu des rapports sexuels consensuels dans un boisé. Après que D soit rentré chez lui, l'accusé et son ami M sont arrivés à la roulotte et sont repartis avec B pour aller à un bar situé à proximité pendant que S et la plaignante sont restés à la roulotte et ont eu des rapports sexuels. Au cours de la soirée, M et l'accusé sont revenus à la roulotte. Pendant que l'accusé conduisait S plus loin, M a tenté d'avoir des rapports sexuels avec la plaignante. Elle a témoigné qu'elle n'avait pas répondu à ses avances et qu'il l'avait empêchée de se rhabiller. Elle a réussi à remettre sa culotte au moment où l'accusé est entré dans la chambre. Il l'a soulevée et portée sur son épaule pour l'amener à l'automobile. La plaignante a témoigné avoir résisté à son retrait de la roulotte et avoir dit qu'elle voulait ses vêtements, mais l'accusé l'a déposée sur le siège arrière de l'automobile et a déchiré sa culotte. M les a conduits à un chalet situé à 40 milles de là et est reparti. L'accusé l'a tirée vers une chambre à coucher, l'a attachée et a eu des rapports sexuels avec elle. Peu après 3 h 30, un agent de la GRC a trouvé la plaignante sur la route. Elle criait et pleurait. Elle a été conduite à l'hôpital où son examen médical a révélé que la plaignante avait un certain nombre de blessures correspondant davantage à une agression sexuelle qu'à des rapports sexuels consensuels. La police a également trouvé une culotte de femme sur le sol, à une vingtaine de pieds de la roulotte.

Au procès, l'accusé a déclaré que la plaignante était une participante empressée, bien que non active, à tous les actes préliminaires comme aux rapports sexuels. Elle a seulement résisté lorsqu'il a tenté de lui raser les poils du pubis dans le chalet. Toutefois, l'accusé a admis «ne pas avoir tenu compte» des protestations de la plaignante forcée à quitter la roulotte nue. L'avocat de la



examine the complainant on her medical records, specifically on a notation indicating that she was concerned that her attitude and behaviour may have influenced the accused to some extent. He indicated that the cross-examination would be directed toward "what kind of person the complainant is". The trial judge refused to permit the cross-examination, ruling that the records had been admitted into evidence for the limited purpose of determining the complainant's competence to testify and that to use them for any other purpose would be a violation of the complainant's privacy. He also declined to charge the jury with respect to the defence of honest but mistaken belief in consent. He ruled that in this case there was no "air of reality" to the defence. The accused was found guilty on both counts and his appeal to the Court of Appeal was dismissed. This appeal raises two issues: (1) whether the trial judge erred in restricting the cross-examination of the complainant on her medical records; and (2) whether the "air of reality" test set out in s. 265(4) of the *Criminal Code* violates the accused's rights under ss. 11(d) and 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

*Held* (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

(1) *Per* Lamer C.J. and Sopinka, Cory, Iacobucci and Major JJ. (La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting): The trial judge erred in failing to allow the cross-examination of the complainant on her medical records.

(2) Section 265(4) of the *Code* does not violate s. 11(d) or 11(f) of the *Charter*.

*Per* Cory and Major JJ.: The right to cross-examine witnesses, which is now protected by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*, is fundamental to providing a fair trial to an accused. Despite its importance, the right to cross-examine has never been unlimited and must conform to the basic principle that all evidence must be relevant in order to be admissible. In addition, the probative value of evidence must be weighed against its prejudicial effect. Relevance and probative value must be determined in the context of the purpose for which evidence is tendered. In the context of sexual assaults, this limitation on cross-examination has been recognized to pre-

défense a demandé l'autorisation de contre-interroger la plaignante au sujet de ses dossiers médicaux, notamment au sujet d'une note indiquant qu'elle craignait que son attitude et son comportement aient pu influencer l'accusé jusqu'à un certain degré. Il a indiqué que le contre-interrogatoire porterait sur «le genre de personne qu'est la plaignante». Le juge du procès a refusé à l'avocat de la contre-interroger au sujet de cette note, en concluant que les dossiers avaient été communiqués dans le but exprès de déterminer l'habileté de la plaignante à témoigner et que toute autre utilisation constituerait une violation du droit à la vie privée de la plaignante. De plus, il a refusé de soumettre au jury le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée au consentement. Il a conclu que le moyen de défense d'erreur de fait n'avait, en l'espèce, aucune «vraisemblance». L'accusé a été déclaré coupable à l'égard des deux chefs d'accusation et l'appel qu'il a interjeté à la Cour d'appel a été rejeté. Le présent pourvoi soulève deux questions: (1) Le juge du procès a-t-il commis une erreur en restreignant le contre-interrogatoire de la plaignante au sujet de ses dossiers médicaux? et (2) Le critère de la «vraisemblance» établi au par. 265(4) du *Code criminel* porte-t-il atteinte aux droits constitutionnels de l'accusé garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

*Arrêt* (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le pourvoi est accueilli et un nouveau procès est ordonné.

(1) *Le* juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory, Iacobucci et Major (les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents): Le juge du procès a commis une erreur en ne permettant pas le contre-interrogatoire de la plaignante au sujet de ses dossiers médicaux.

(2) Le paragraphe 265(4) du *Code* ne viole pas les al. 11d) et 11f) de la *Charte*.

*Les* juges Cory et Major: Le droit de contre-interroger les témoins qui est maintenant protégé par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*, est un élément fondamental du procès équitable auquel l'accusé a droit. Malgré son importance, le droit de contre-interroger n'a jamais été illimité. Il doit respecter le principe fondamental selon lequel tout élément de preuve doit être pertinent pour être admissible. En outre, la valeur probante de la preuve doit être soupesée en regard de son effet préjudiciable. La pertinence et la valeur probante doivent être déterminées dans le contexte du but visé par la preuve produite. Dans le contexte des agressions sexuelles, on a

vent its use for improper purposes. Both *Seaboyer* and the new s. 276 of the *Criminal Code* suggest the factors which should be considered in limiting the scope of cross-examination of a complainant in a sexual assault trial. Sections 15 and 28 of the *Charter* guaranteeing equality to men and women, although not determinative, should also be taken into account in determining the reasonable limitations. Generally, a complainant may be cross-examined for the purpose of eliciting evidence relating to consent and pertaining to credibility when the probative value of that evidence is not substantially outweighed by the danger of unfair prejudice which might flow from it. Cross-examination for the purpose of showing consent or impugning credibility which relies upon groundless rape myths and fantasized stereotypes is improper and should not be permitted. The trial judge must consider all of the evidence presented at the *voir dire* to determine if there is a legitimate purpose for the proposed cross-examination. In each case he must carefully balance the accused's right to a fair trial against the need for reasonable protection of a complainant. If at the conclusion of the *voir dire* the cross-examination is permitted then the jury must be advised as to the proper use that can be made of the evidence derived from the cross-examination. Here, the privacy of the complainant is an interest that merits protection, as does the need for a relationship of confidence between a patient and her psychiatrist, but the cross-examination on the complainant's medical records, within the guidelines outlined, should have been permitted to ensure a fair trial and to avoid a miscarriage of justice. While the trial judge was correct in refusing to permit cross-examination for the purpose of determining "what kind of person the complainant is", it was the trial judge's duty to ensure that the accused's rights with regard to cross-examination were protected. It would have been appropriate to permit cross-examination on the medical records, in particular the notation, to determine if they would throw any light either on a possible motive for the complainant's allegation that she was the victim of sexual assault or with regard to her conduct which might have led the accused to believe that she was consenting to sexual advances. There was thus a proper purpose for permitting cross-examination on the medical records. The denial of the opportunity to cross-examine on these records, and the impossibility of ascertaining what might have been the result of the cross-examination, make it necessary to order a new trial.

reconnu que cette restriction au contre-interrogatoire évite qu'il ne serve à des fins indues. L'arrêt *Seaboyer* et le nouvel art. 276 du *Code criminel* mentionnent les facteurs qu'il faudrait prendre en considération pour limiter la portée du contre-interrogatoire d'un plaignant dans un procès pour agression sexuelle. Même s'ils ne sont pas déterminants, les articles 15 et 28 de la *Charte*, qui garantissent l'égalité des hommes et des femmes, devraient être pris en considération lorsqu'il s'agit d'établir les limites raisonnables. En général, un plaignant peut être contre-interrogé dans le but de faire ressortir des éléments de preuve portant sur le consentement et sur la crédibilité lorsque la valeur probante de cette preuve l'emporte sensiblement sur le risque qu'il en découle un préjudice inéquitable. Le contre-interrogatoire qui se fonde sur des mythes sans fondement sur le viol et sur des stéréotypes fantaisistes afin de démontrer qu'il y a eu consentement ou d'attaquer la crédibilité est abusif et ne devrait pas être autorisé. Le juge du procès doit prendre en considération toute la preuve présentée au voir-dire afin de déterminer si le contre-interrogatoire proposé vise une fin légitime. Dans chaque affaire, il doit établir un équilibre délicat entre le droit de l'accusé à un procès équitable et la nécessité de protéger raisonnablement le plaignant. Si, au terme du voir-dire, le contre-interrogatoire est autorisé, le jury doit recevoir des directives sur la façon adéquate d'utiliser la preuve tirée du contre-interrogatoire. En l'espèce, la vie privée de la plaignante est un intérêt qui mérite d'être protégé, au même titre que la relation de confiance entre un patient et son psychiatre, mais le contre-interrogatoire sur les rapports médicaux de la plaignante, fait conformément aux lignes directrices établies, aurait dû être autorisé afin d'assurer un procès équitable et d'éviter une erreur judiciaire. Bien que le juge du procès ait eu raison de refuser d'autoriser la tenue d'un contre-interrogatoire pour déterminer «le genre de personne qu'est la plaignante», il lui incombait de s'assurer que les droits de l'accusé en matière de contre-interrogatoire étaient protégés. Le juge du procès aurait dû autoriser le contre-interrogatoire sur les dossiers médicaux, particulièrement sur la note, pour déterminer s'ils pouvaient jeter une lumière nouvelle soit sur un motif qu'aurait pu avoir la plaignante de prétendre avoir été victime d'une agression sexuelle, soit sur un aspect de sa conduite qui aurait pu porter l'accusé à croire qu'elle consentait à ses avances sexuelles. Il existait donc un motif valable pour que soit autorisée la tenue d'un contre-interrogatoire sur les rapports médicaux. En raison du refus de donner à l'accusé la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire au sujet de ces dossiers et de l'impossibilité de déterminer quel aurait pu en être le résultat, il est nécessaire d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Section 265(4) of the *Code* simply sets out the basic requirements which are applicable to all defences: a defence should not be put to the jury if a reasonable jury properly instructed would have been unable to acquit on the basis of the evidence tendered in support of that defence. In other words, there must be evidence sufficient to give an air of reality to the defence before it can be left with the jury. It is the trial judge who determines if there is sufficient evidence adduced to give rise to a defence. The defence of honest but mistaken belief in consent in a sexual assault trial must meet the same threshold requirement as that demanded of all defences. There must be evidence that gives an air of reality to the accused's argument that he believed the complainant was consenting before the issue goes to the jury. There is no requirement that there be evidence independent of the accused. What is required is that the defence be supported by evidence beyond the mere assertion of a mistaken belief. The defence of honest but mistaken belief in consent can realistically only arise when the accused and the complainant tell essentially the same story and then argue that they interpreted it differently. Where the evidence given is directly opposed as to whether there was consent, the defence simply cannot exist. However, even in the absence of the defence, the jury will nonetheless be bound to acquit if it has a reasonable doubt as to whether there was consent in light of the conflicting evidence on the issue. In this case, the Court of Appeal correctly held that the trial judge erred in finding that the defence of honest but mistaken belief in consent was unavailable on the basis of the accused's evidence alone. However, it erred in finding that there could be no air of reality to the defence on the basis that the complainant had been kidnapped by the accused since there had not been a previous or separate conviction on the kidnapping charge. The *mens rea* for the kidnapping charge and that for the sexual assault were so closely connected as to be inseparable. The kidnapping could therefore not be used as the basis for rejecting the defence. As there must be a new trial to allow for a cross-examination on the medical records, it would be inappropriate to discuss whether there was sufficient evidence to justify putting the defence to the jury in light of the fresh evidence that may be forthcoming.

Le paragraphe 265(4) du *Code* établit simplement les critères fondamentaux qui sont applicables à tous les moyens de défense, à savoir qu'il n'y a pas lieu de soumettre un moyen de défense au jury si un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées n'aurait pas été en mesure d'acquitter l'accusé à partir de la preuve présentée à l'appui de ce moyen de défense. En d'autres termes, il doit y avoir une preuve suffisante pour appuyer la vraisemblance du moyen de défense avant qu'il ne soit soumis au jury. C'est le juge du procès qui détermine si l'on a produit une preuve suffisante pour appuyer le moyen de défense. La défense de croyance sincère mais erronée au consentement dans un procès pour agression sexuelle doit satisfaire à la même exigence préliminaire que celle qui s'applique à tous les moyens de défense. Pour que la question soit soumise au jury, il doit exister des éléments de preuve qui rendent vraisemblable l'argument de l'accusé selon lequel il croyait que la plaignante donnait son consentement. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait une preuve indépendante de l'accusé. Il faut que la défense de la croyance erronée soit étayée par une preuve qui va plus loin que la seule affirmation en ce sens. De façon réaliste, la défense de croyance sincère mais erronée au consentement ne peut être soulevée que lorsque les faits décrits par le plaignant correspondent essentiellement à ceux qui sont décrits par l'accusé et lorsqu'ils soutiennent qu'ils les ont interprétés différemment. Lorsque les témoignages sur l'existence d'un consentement sont directement contraires, la défense n'existe tout simplement pas. Toutefois, même en l'absence de cette défense, le jury doit prononcer un acquittement si, à la lumière de la preuve contradictoire sur ce point, il a un doute raisonnable quant à savoir s'il y a eu consentement. En l'espèce, la Cour d'appel a conclu à bon droit que le juge du procès avait commis une erreur en statuant que la défense de croyance sincère mais erronée au consentement ne pouvait être soulevée sur le seul fondement du témoignage de l'accusé. Elle a par contre commis une erreur en concluant que ce moyen de défense ne pouvait avoir aucune vraisemblance parce que la plaignante avait été enlevée par l'accusé, étant donné qu'il n'y a pas eu de déclaration antérieure ou distincte de culpabilité sous le chef de l'enlèvement. La *mens rea* de l'infraction d'enlèvement et celle de l'agression sexuelle étaient tellement liées qu'elles étaient inséparables. L'enlèvement ne pouvait donc servir de motif pour rejeter la défense. Comme il doit y avoir un nouveau procès pour permettre un contre-interrogatoire à l'égard des dossiers médicaux, il ne serait pas indiqué d'examiner si la preuve était suffisante pour que la défense soit soumise au jury étant donné la possibilité que surgissent de nouveaux éléments de preuve.

Section 265(4) of the *Code* does not infringe s. 11(d) of the *Charter*. While the air of reality threshold in s. 265(4) creates an evidentiary burden on the accused, in the sense that he must raise sufficient evidence to give the defence an air of reality to justify its presentation to the jury, the burden of proving all the elements of the offence beyond a reasonable doubt rests squarely with the Crown. All criminal defences must meet a threshold requirement of sufficient evidence before the trial judge should leave them with a jury. This does not violate the presumption of innocence. Nor does s. 265(4) infringe s. 11(f) of the *Charter*. The requirement that there be an air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent is reasonable and entirely valid. It is only a reaffirmation of an integral part of the judge's role in supervising a jury trial. Whether there is sufficient evidence to raise a defence is a question of law, and therefore is properly in the domain of the judge. There was consequently no violation of the accused's right to a trial by jury.

*Per Iacobucci J.:* Cory J.'s reasons were agreed with; however, no comment was expressed on the new s. 276 of the *Criminal Code*.

*Per Sopinka J.:* Cory J.'s reasons were agreed with, subject to the following reservations. First, no comment was expressed on the new s. 276 of the *Criminal Code*. Second, with respect to the defence of honest but mistaken belief, s. 265(4) of the *Code* sets out the basic requirements applicable to all defences. It requires no more of the accused than the discharge of an evidentiary burden to adduce or point to some evidence on the basis of which a reasonable jury properly instructed could acquit. The addition of the term "air of reality" does not help in understanding the duty of a trial judge with respect to this defence and may only create confusion. Third, the defence of honest but mistaken belief is not excluded when the complainant and the accused relate diametrically opposed versions of what occurred. To exclude the defence in these circumstances would rest on the questionable assumption that either the accused's or the complainant's story is a complete account of what occurred. In assessing the evidence of a witness, it is not an all-or-nothing proposition. The jury may accept only some of what a witness said, and reject the rest.

Le paragraphe 265(4) du *Code* n'enfreint pas l'al. 11d) de la *Charte*. Même si le critère préliminaire de la vraisemblance établi au par. 265(4) crée une charge de présentation qui incombe à l'accusé, en ce sens que celui-ci doit soulever une preuve suffisante pour donner au moyen de défense une vraisemblance justifiant qu'il soit soumis au jury, il n'en demeure pas moins que la charge de prouver tous les éléments de l'infraction hors de tout doute raisonnable repose clairement sur la poursuite. Tous les moyens de défense contre des accusations pénales doivent satisfaire à l'exigence préliminaire de la preuve suffisante pour que le juge du procès les soumette au jury. Cela ne viole pas la présomption d'innocence. Le paragraphe 265(4) n'enfreint pas non plus l'al. 11f) de la *Charte*. L'obligation de prouver la vraisemblance de la défense de croyance erronée au consentement est raisonnable et complètement valide. Elle n'est que la réaffirmation d'une partie intégrante du rôle du juge en matière de contrôle du procès avec jury. La question de savoir s'il y a une preuve suffisante pour que soit soulevée la défense est une question de droit, qui relève donc de la compétence du juge. Il n'y a donc eu aucune violation du droit de l'accusé à un procès avec jury.

*Le juge Iacobucci:* Les motifs du juge Cory sont acceptés, mais aucun commentaire n'est fait au sujet du nouvel art. 276 du *Code criminel*.

*Le juge Sopinka:* Les motifs du juge Cory sont acceptés sous réserve des observations suivantes. Premièrement, aucun commentaire n'est fait au sujet du nouvel art. 276 du *Code criminel*. Deuxièmement, pour ce qui est de la défense de croyance sincère mais erronée, le par. 265(4) du *Code* établit les critères fondamentaux applicables à tous les moyens de défense. Il n'exige rien de plus de l'accusé qu'il satisfasse à la charge de la preuve de présenter ou de signaler des éléments de preuve à partir desquels un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait prononcer l'acquiescement. L'addition du mot «vraisemblance» ne facilite pas la compréhension des obligations du juge du procès en ce qui a trait à ce moyen de défense et ne peut qu'embrouiller la question. Troisièmement, le moyen de défense de croyance sincère mais erronée n'est pas exclu lorsque le plaignant et l'accusé donnent des versions diamétralement opposées de ce qui s'est passé. Écarter le moyen de défense dans ces circonstances s'appuierait sur l'hypothèse douteuse que la version de l'accusé ou celle du plaignant représente la relation complète de ce qui s'est passé. L'évaluation de la déposition d'un témoin n'est pas une affaire de tout ou rien. Le jury peut décider de croire seulement certains éléments de ce que le témoin dit et de ne pas croire le reste.

*Per Lamer C.J.:* The trial judge erred in failing to allow the cross-examination of the complainant on her medical records. The cross-examination was appropriate because it had a proper purpose — namely, to determine whether there was evidence to support a defence of honest but mistaken belief or evidence to support an allegation of fabrication. The denial of the opportunity to cross-examine on the medical records deprived the accused of his right to a fair trial.

With respect to the defence of honest but mistaken belief, Sopinka J.'s reasons were agreed with.

*Per La Forest, Gonthier and McLachlin JJ. (dissenting):* Before cross-examination can be allowed on a complainant's prior sexual conduct, the trial judge must determine whether the defence has demonstrated a potential relevance to the cross-examination capable of outweighing the damage and invasion of privacy it might cause to the complainant. To be satisfied that the threshold of relevance is met, the trial judge must ensure that the evidence is tendered for a legitimate purpose, and that it logically supports a defence. Here, the only purpose invoked by the defence for cross-examining the complainant on her medical records was the very sort of improper purpose for which evidence cannot be adduced. The defence's failure to raise a valid reason for the cross-examination was fatal. In our criminal trial system, the trial judge does not have a duty to ensure that all legitimate grounds of cross-examination are explored by counsel. Further, even assuming that a court of appeal confronted by an unexplored avenue of cross-examination which might have led to a reasonable doubt as to guilt should direct a new trial to avoid a miscarriage of justice, the accused is not entitled to a new trial in this case on the ground of denial of cross-examination since no substantial wrong or miscarriage of justice occurred. On the defence theory that the complainant may have fabricated her story to avoid a confrontation with her parents, there was ample evidence before the jury of the difficult relationship between the complainant and her parents and their disapproval of some of her conduct. On the defence of honest but mistaken belief in consent, there was also a great deal of negative evidence before the jury about the complainant's "attitude and behaviour" on the day in question.

*Le juge en chef Lamer:* Le juge du procès a commis une erreur en refusant d'autoriser le contre-interrogatoire de la plaignante sur ses dossiers médicaux. Le contre-interrogatoire était approprié parce qu'il poursuivait un but régulier — savoir, déterminer l'existence d'éléments de preuve à l'appui du moyen de défense de croyance sincère mais erronée ou à l'appui d'une allégation de fabrication de preuve. Le refus de permettre le contre-interrogatoire relativement aux dossiers médicaux a privé l'accusé de son droit de subir un procès équitable.

Les motifs du juge Sopinka sont acceptés en ce qui a trait au moyen de défense de la croyance sincère mais erronée.

*Les juges La Forest, Gonthier et McLachlin (dissidents):* Avant d'autoriser le contre-interrogatoire de la plaignante au sujet de son comportement sexuel antérieur, le juge du procès doit déterminer si la défense a établi que ce contre-interrogatoire a une pertinence qui puisse l'emporter sur le préjudice causé à la plaignante et sur l'atteinte à sa vie privée. Pour pouvoir conclure au respect du critère préliminaire de la pertinence, le juge du procès doit s'assurer que la preuve est présentée à une fin légitime et qu'elle appuie logiquement un moyen de défense. En l'espèce, la seule fin invoquée par la défense pour contre-interroger la plaignante sur ses dossiers médicaux est le type même de fin indue pour laquelle des éléments de preuve ne peuvent pas être produits. L'absence de motif valide à l'appui de la demande de contre-interrogatoire était fatale. Dans notre système pénal, le juge du procès n'a pas l'obligation de voir à ce que toutes les avenues légitimes de contre-interrogatoire soient explorées par les avocats. De plus, même en supposant que, devant la possibilité qu'une avenue inexplorée de contre-interrogatoire ait pu soulever un doute raisonnable quant à la culpabilité, le tribunal d'appel doive ordonner la tenue d'un nouveau procès afin d'éviter une erreur judiciaire, l'accusé n'a pas droit en l'espèce à un nouveau procès fondé sur le refus du contre-interrogatoire puisqu'on ne peut conclure à un tort important ou à une erreur judiciaire grave. Quant à la thèse de la défense concernant la fabrication par la plaignante de sa version pour éviter un affrontement avec ses parents, le jury disposait déjà d'une preuve abondante quant aux relations difficiles existant entre la plaignante et ses parents, qui désapprouvaient certains de ses comportements. Pour ce qui est de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement, le jury disposait également d'un grand nombre d'éléments de preuve négatifs concernant «son attitude et son comportement» à ce moment.

Before any defence can be put to the jury, the evidence must provide a basis for that defence. It must have an "air of reality". In order to give an air of reality to the defence of honest but mistaken belief, there must be: (1) evidence of lack of consent to the sexual acts; and (2) evidence that notwithstanding the actual refusal, the accused honestly but mistakenly believed that the complainant was consenting. The bare assertion of the accused that he believed in consent is not enough to raise the defence; the assertion must be supported to some degree by other evidence or circumstances. The supporting evidence may come from the accused or from other sources. The defence of honest but mistaken belief is not precluded where the evidence consists of two diametrically opposed stories, one alleging lack of consent and the other consent. In rare situations, it is possible for a jury to accept parts of the testimonies of both the complainant and the accused, concluding that notwithstanding lack of actual consent, the accused honestly believed in consent. In this case, there was no evidence, from the accused or from some other source, supporting the accused's assertion of honest belief. Finally, the Court of Appeal did not use the kidnapping charge as a ground for rejecting the defence of honest but mistaken belief. It only said that the evidence of confinement robbed that defence of any foundation.

For the reasons given by Cory J., s. 265(4) of the Code does not violate s. 11(d) or 11(f) of the Charter.

*Per* La Forest and L'Heureux-Dubé JJ. (dissenting): In criminal cases, the defence normally has no access to the medical records of a witness. Medical records evidence is generally completely marginal to the central issue of a trial. Given the fundamental importance placed on the confidentiality of medical records in our society, and the high degree of prejudice to the witness caused by delving into these records, they should only be disclosed in the rare cases when there is cogent evidence to suggest (1) that the competence of the witness to testify is in serious doubt or the witness's testimony with respect to the particular issue to be decided is unreliable because of the witness's medical condition; and (2) that without such disclosure, there would be serious prejudice to the accused's right to make full answer and defence. Mere suggestion, speculation or possibility raised on the part of the defence that such records may be relevant cannot be sufficient. Fishing expeditions should not be permitted. In the event that disclosure is required, the cross-examination on the witness's medical records must be restricted to the purpose for which

Il faut, pour qu'un moyen de défense puisse être soumis au jury, que ce moyen soit étayé par la preuve. Il doit être «vraisemblable». Pour que la défense de croyance sincère mais erronée acquière une «vraisemblance», il faut établir les éléments suivants: (1) la preuve de l'absence de consentement aux actes sexuels et (2) la preuve que, malgré le refus réel de la plaignante, l'accusé a cru sincèrement mais erronément qu'elle était consentante. La simple affirmation que l'accusé croyait au consentement ne suffit pas à donner ouverture au moyen de défense; cette affirmation doit être appuyée dans une certaine mesure par d'autres éléments de preuve ou circonstances. Cet appui peut provenir de l'accusé ou d'autres sources. La défense de la croyance sincère mais erronée n'est pas interdite en présence de deux versions diamétralement opposées, l'une alléguant l'absence de consentement et l'autre le consentement. Dans de rares cas, il est possible que le jury accepte des portions du témoignage du plaignant et de l'accusé et qu'il conclue à la sincérité de la croyance de l'accusé, malgré l'absence de consentement réel. En l'espèce, il n'existait pas de preuve, émanant de l'accusé ou d'autres sources, à l'appui de la croyance sincère qu'a invoquée l'accusé. Enfin, la Cour d'appel ne s'est pas servie de l'accusation d'enlèvement comme motif pour rejeter la défense de la croyance sincère mais erronée. Elle a simplement dit que la preuve de la séquestration dépourrait cette défense de tout fondement.

Pour les motifs donnés par le juge Cory, le par. 265(4) du Code ne viole pas les al. 11d) ou 11f) de la Charte.

*Les* juges La Forest et L'Heureux-Dubé (dissidents): Dans les affaires criminelles, la défense n'a normalement pas accès aux dossiers médicaux des témoins. La preuve fondée sur des dossiers médicaux est généralement tout à fait marginale par rapport à l'enjeu central du procès. Étant donné l'importance primordiale que notre société accorde à la confidentialité des dossiers médicaux et le grave préjudice que cause au témoin le fait de fouiller dans ces dossiers, ils ne devraient être divulgués que dans de rares cas, s'il existe une preuve forte (1) qu'un doute sérieux plane sur l'habileté du témoin à témoigner ou que son témoignage sur un point particulier est peu fiable en raison des troubles médicaux dont il souffre, et (2) que, sans cette divulgation, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière subirait un grave préjudice. Le simple fait que la défense évoque la pertinence possible de ces dossiers ou émet des hypothèses à cet égard ne saurait suffire. Les recherches à l'aveuglette ne doivent pas être autorisées. Lorsque la divulgation est requise, le contre-interrogatoire relatif aux dossiers médicaux du témoin doit être restreint à la

they were introduced. Even when the records contain information that is relevant to other issues to be decided, cross-examination on such information should, except in extraordinary cases, nonetheless remain impermissible. Trial judges possess the undoubted discretion to both exclude evidence and limit cross-examination on matters which, although arguably relevant to the issue, are outweighed by their potential to prejudice the trial of the issue. Particularly in the case of complainants in sexual assault trials, there is a serious risk that such information will be used to draw impermissible inferences and encourage the trier of fact to rely on myths about the credibility of sexual assault victims to the prejudice of both the witness and the trial process. Here, the complainant's medical records should not have been disclosed to the accused and admitted into evidence. There was no evidence that the complainant was incapable of giving reliable testimony in general, let alone reliable testimony as to the particular issue to be decided — the issue of consent — or that the complainant was in fact suffering from a condition that would affect her capacity to give reliable testimony. However, once the medical records were disclosed, the trial judge was correct in restricting the purposes for which they could be used and in concluding that the privacy of the complainant was an important value which should play a role in determining the scope of the use of the medical records.

The accused was not denied the opportunity to make full answer and defence because he was unable to cross-examine the complainant on her medical records, including the notation. The material in these records was not relevant to the issue of her consent to the sexual assault. On that issue, the jury already had the benefit of the complainant's direct testimony as to the events themselves and the absence of her consent. She was also cross-examined extensively on this point. There was thus no need to resort to the medical records. On the issue of the accused's honest but mistaken belief in consent, the complainant's thoughts about the sexual assault after the fact are completely irrelevant. The defence normally only arises where the complainant and the accused tell essentially the same story about what occurred but differ in their interpretations as to whether the activity in question amounted to consent. In this case, any mistake of perception or interpretation that might have existed was a matter located solely in the accused's mind. Finally, the material in the medical records concerning the complainant's relationship with

fin pour laquelle ils ont été introduits en preuve. Même lorsque les dossiers renferment des renseignements pertinents pour les questions à trancher, le contre-interrogatoire sur ces renseignements devrait néanmoins, sauf cas exceptionnels, demeurer interdit. Le juge du procès possède le pouvoir discrétionnaire indubitable d'exclure des éléments de preuve et de restreindre le contre-interrogatoire sur des points qui, en dépit de leur pertinence alléguée, pourraient s'avérer préjudiciables eu égard à la question à trancher. En particulier dans le cas des plaignants dans les procès pour agression sexuelle, il existe un risque sérieux que de tels renseignements soient utilisés pour en inférer des conclusions inadmissibles et encourager le juge des faits à juger de la crédibilité des victimes d'agression sexuelle à partir de mythes, au préjudice tant du témoin que du déroulement du procès. En l'espèce, les dossiers médicaux de la plaignante n'auraient pas dû être communiqués à l'accusé et admis en preuve. Rien dans la preuve n'indiquait que la plaignante était incapable de donner un témoignage fiable en général et encore moins, quant à la question précise à trancher — la question du consentement — ou que la plaignante souffrait, dans les faits, d'un trouble susceptible d'affecter son aptitude à rendre un témoignage fiable. Toutefois, comme les dossiers médicaux avaient été communiqués, le juge du procès était fondé à restreindre les fins pour lesquelles ils pouvaient être utilisés et à conclure que la vie privée de la plaignante constituait une valeur importante dont il fallait tenir compte dans la détermination du champ d'utilisation des dossiers médicaux.

L'accusé n'a pas été privé de la possibilité de présenter une défense pleine et entière parce qu'il n'a pu contre-interroger la plaignante au sujet de ses dossiers médicaux, y compris la note. Les informations que renfermaient ces dossiers n'étaient pas pertinentes quant à la question du consentement à l'agression sexuelle. Sur cette question, le jury disposait déjà du témoignage direct de la plaignante sur les événements eux-mêmes et son absence de consentement. Elle a subi à ce sujet un contre-interrogatoire serré. Il n'y avait donc nul besoin de recourir aux dossiers médicaux. Quant à la question de la croyance sincère mais erronée de l'accusé au consentement, les pensées qu'a pu avoir après le fait la plaignante au sujet de l'agression sont dépourvues de toute pertinence. La défense n'est normalement soulevée que lorsque la plaignante et l'accusé racontent essentiellement la même version mais que leur interprétation diverge quant à savoir si l'activité en cause équivalait à un consentement. En l'espèce, toute erreur de perception ou d'interprétation existait uniquement dans la tête de l'accusé. Enfin, les informations contenues dans les dos-

her parents was not relevant to the issue of whether she was sexually assaulted. In any event, the jury was already aware of the complainant's difficulties with her parents and the theory of the defence that she invented the story of the assault to avoid repercussions with her parents. It is obvious that the proposed cross-examination to determine "what kind of person the complainant is" would have been highly prejudicial. Its purpose was to attack the complainant's credibility in a general way by putting before the jury every difficulty in her personal life in the hope that they would then draw negative inferences about her character and credibility. Cross-examination for this purpose is clearly impermissible. These are precisely the inferences based upon rape myths which work to the prejudice of complainants in sexual assault cases and which Parliament, in enacting s. 276 of the *Code*, has attempted to prevent. Furthermore, the proposed cross-examination could only have prejudiced the trial by distracting the jury from the narrow issue of consent.

The trial judge was correct in not putting the defence of honest but mistaken belief in consent to the jury. In the circumstances of this case, there was no air of reality to the defence. While it was open to the jury to disbelieve the complainant and either believe or have a reasonable doubt as to the testimony of the accused, the jury was obliged to reach their verdict on the basis of the evidence before them. Had the trial judge left the defence with the jury, he would have been inviting them to speculate on yet a third version of events wholly unsupported by the evidence of either party. To do so would have been an error on the part of the trial judge.

For the reasons given by Cory J., s. 265(4) of the *Code* does not violate s. 11(d) or 11(f) of the *Charter*.

The reasons of McLachlin J. were substantially agreed with.

### Cases Cited

By Cory J.

**Considered:** *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; **referred to:** *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Anderson* (1938), 70 C.C.C. 275; *R. v. Rewniak* (1949), 93 C.C.C. 142; *Abel v. The Queen* (1955), 115 C.C.C. 119; *R. v. Lindlau* (1978), 40

siers médicaux au sujet des relations de la plaignante avec ses parents n'étaient pas pertinentes quant à la question de savoir si elle a été agressée sexuellement. À tout événement, le jury était déjà au courant des difficultés qu'avait la plaignante avec ses parents et de la thèse de la défense voulant qu'elle ait inventé l'histoire de l'agression pour éviter leurs reproches. Il est évident que le contre-interrogatoire proposé afin de déterminer «le genre de personne qu'est la plaignante» aurait été fortement préjudiciable. Il visait à contester la crédibilité générale de la plaignante en soumettant aux jurés toutes les difficultés auxquelles elle s'était heurtée dans sa vie personnelle, dans l'espoir qu'ils en tireraient des conclusions négatives sur sa moralité et sa crédibilité. Un contre-interrogatoire mené à cette fin est manifestement inadmissible. Or, telles sont précisément les inférences fondées sur des mythes qui sont préjudiciables aux victimes d'agression sexuelle et que le législateur s'est efforcé de prévenir, en adoptant l'art. 276 du *Code*. De plus, le contre-interrogatoire proposé n'aurait pu que nuire au procès en détournant l'attention du jury de la question précise du consentement.

Le juge du procès a eu raison de ne pas présenter au jury le moyen de défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Dans les circonstances de l'espèce, le moyen de défense n'avait aucune vraisemblance. Il était loisible au jury de ne pas croire la plaignante et soit de croire le témoignage de l'accusé, soit d'avoir un doute raisonnable à ce sujet, mais il était tenu de rendre un verdict à partir des éléments de preuve dont il disposait. Si le juge du procès avait soumis ce moyen de défense au jury, il l'aurait ainsi invité à spéculer sur une troisième version des faits qui ne ressortait aucunement de la preuve soumise par l'une ou l'autre des parties. Il aurait ainsi commis une erreur.

Pour les motifs donnés par le juge Cory, le par. 265(4) du *Code* ne viole pas les al. 11(d) ou 11(f) de la *Charte*.

Les motifs du juge McLachlin sont acceptés pour l'essentiel.

### Jurisprudence

Citée par le juge Cory

**Arrêts examinés:** *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; **arrêts mentionnés:** *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Anderson* (1938), 70 C.C.C. 275; *R. c. Rewniak* (1949), 93 C.C.C. 142; *Abel c. La Reine* (1955), 23 C.R. 163; *R. c. Lindlau* (1978), 40



C.C.C. (2d) 47; *Titus v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 259; *R. v. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143; *R. v. Giffin* (1986), 69 A.R. 158; *R. v. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310; *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714; *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449; *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265; *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220; *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13; *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616; *Brisson v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 227; *R. v. Aalders*, [1993] 2 S.C.R. 482; *R. v. Haughton* (1992), 11 O.R. (3d) 621; *R. v. Guthrie* (1985), 20 C.C.C. (3d) 73; *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1976] A.C. 182; *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232.

By Sopinka J.

**Referred to:** *Lee Chun-Chuen v. The Queen*, [1963] 1 All E.R. 73.

By McLachlin J. (dissenting)

*R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Boran v. Wenger*, [1942] O.W.N. 185; *R. v. Ignat* (1965), 53 W.W.R. 248; *Majcenic v. Natale*, [1968] 1 O.R. 189; *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155; *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39; *R. v. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186; *R. v. Valley* (1986), 26 C.C.C. (3d) 207 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1986] 1 S.C.R. xiii; *R. v. Sussex Justices; Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *Yuill v. Yuill*, [1945] 1 All E.R. 183; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*Toohey v. Metropolitan Police Commissioner*, [1965] 1 All E.R. 506; *R. v. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Ross* (1993), 121 N.S.R. (2d) 242, leave to appeal refused, [1993] 3 S.C.R. viii; *R. v. O'Connor* (1992), 18 C.R. (4th) 98; *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1976] A.C. 182; *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120.

C.C.C. (2d) 47; *Titus c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 259; *R. c. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143; *R. c. Giffin* (1986), 69 A.R. 158; *R. c. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310; *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714; *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449; *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265; *Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220; *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13; *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616; *Brisson c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 227; *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482; *R. c. Haughton* (1992), 11 O.R. (3d) 621; *R. c. Guthrie* (1985), 20 C.C.C. (3d) 73; *Director of Public Prosecutions c. Morgan*, [1976] A.C. 182; *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

Citée par le juge Sopinka

**Arrêt mentionné:** *Lee Chun-Chuen c. The Queen*, [1963] 1 All E.R. 73.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

*R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Boran c. Wenger*, [1942] O.W.N. 185; *R. c. Ignat* (1965), 53 W.W.R. 248; *Majcenic c. Natale*, [1968] 1 O.R. 189; *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155; *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39; *R. c. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186; *R. c. Valley* (1986), 26 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1986] 1 R.C.S. xiii; *R. c. Sussex Justices; Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256; *Yuill c. Yuill*, [1945] 1 All E.R. 183; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*Toohey c. Metropolitan Police Commissioner*, [1965] 1 All E.R. 506; *R. c. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Ross* (1993), 121 N.S.R. (2d) 242, autorisation de pourvoi refusée, [1993] 3 R.C.S. viii; *R. c. O'Connor* (1992), 18 C.R. (4th) 98; *Director of Public Prosecutions c. Morgan*, [1976] A.C. 182; *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120.

**Statutes and Regulations Cited**

- Act to amend the Criminal Code (sexual assault)*, S.C. 1992, c. 38, s. 2.
- Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 8, 11(d), (f), 15, 28.
- Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(4), 276 [am. c. 19 (3rd Supp.), s. 12; rep. & sub. 1992, c. 38, s. 2], 276.1 to 276.4 [en. 1992, c. 38, s. 2], 277 [rep. & sub. c. 19 (3rd Supp.), s. 13].
- Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21.

**Authors Cited**

- Bryant, Alan W. "The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 94.
- Calgary Herald*, July 16, 1993, p. A12, "Assault Cases: Women's groups seek tighter rein on defence questioning".
- Canada. Report of Task Force established jointly by the Department of Communications/Department of Justice. *Privacy and Computers*. Ottawa: Information Canada, 1972.
- Federal/Provincial/Territorial Working Group of Attorneys General Officials on Gender Equality in the Canadian Justice System. *Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action*. Ottawa: Department of Justice Canada, 1992.
- Ferguson, Gerry A., and John C. Bouck. *Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 1, 2nd ed. Vancouver: The Continuing Legal Education, Society of British Columbia, 1989 (loose-leaf).
- Globe and Mail (The)*, July 15, 1993, p. A7, "B.C. psychiatrist refusing to hand over file: Fears releasing confidential therapy data would hurt patient who alleges sex abuse".
- Globe and Mail (The)*, May 15, 1993, p. D3, "Confidentiality: Balancing justice and medical ethics".
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Holmstrom, Lynda Lytle, and Ann Wolbert Burgess. *The Victim of Rape: Institutional Reactions*. New Brunswick, U.S.A.: Transaction Books, 1983.
- MacKinnon, Catharine A. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.
- McCormick's Handbook of the Law of Evidence*, 2nd ed. By Edward W. Cleary, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1972.

**Lois et règlements cités**

- Charte canadienne des droits et libertés*, art. 8, 11(d), (f), 15, 28.
- Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(4), 276 [mod. ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 12; abr. & rempl. 1992, ch. 38, art. 2], 276.1 à 276.4 [aj. 1992, ch. 38, art. 2], 277 [abr. & rempl. ch. 19 (3<sup>e</sup> suppl.), art. 13].
- Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, ch. 38, art. 2.
- Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21.

**Doctrine citée**

- Bryant, Alan W. «The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault» (1989), 68 *R. du B. can.* 94.
- Calgary Herald*, July 16, 1993, p. A12, «Assault Cases: Women's groups seek tighter rein on defence questioning».
- Canada. Rapport du groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. *L'ordinateur et la vie privée*. Ottawa: Information Canada, 1972.
- Ferguson, Gerry A., and John C. Bouck. *Canadian Criminal Jury Instructions*, vol. 1, 2nd ed. Vancouver: The Continuing Legal Education, Society of British Columbia, 1989 (loose-leaf).
- Globe and Mail (The)*, July 15, 1993, p. A7, «B.C. psychiatrist refusing to hand over file: Fears releasing confidential therapy data would hurt patient who alleges sex abuse».
- Globe and Mail (The)*, May 15, 1993, p. D3, «Confidentiality: Balancing justice and medical ethics».
- Groupe de travail fédéral-provincial-territorial des procureurs généraux sur l'égalité des sexes dans le système de justice canadien. *L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre*. Ottawa: Ministère de la Justice Canada, 1992.
- Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough: Carswell, 1992 (loose-leaf).
- Holmstrom, Lynda Lytle, and Ann Wolbert Burgess. *The Victim of Rape: Institutional Reactions*. New Brunswick, U.S.A.: Transaction Books, 1983.
- MacKinnon, Catharine A. *Toward a Feminist Theory of the State*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.
- McCormick's Handbook of the Law of Evidence*, 2nd ed. By Edward W. Cleary, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1972.

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf).

Ontario. Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information. *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information*, vol. 2. Toronto: The Commission, 1980.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1A (Tillers rev.). Boston: Little, Brown & Co., 1983.

Wigmore, John Henry. *Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. 2, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940.

Williams, John M. "Mistake of Fact: The Legacy of *Pappajohn v. The Queen*" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 597.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1991), 7 B.C.A.C. 181, 15 W.A.C. 181, 10 C.R. (4th) 159, dismissing the accused's appeal from his conviction on charges of sexual assault and kidnapping. Appeal allowed and new trial ordered, La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ. dissenting.

*John D. McAlpine, Q.C.*, and *Paul R. Bennett*, for the appellant.

*Elizabeth Bennett*, for the respondent.

*Donna R. Valgardson* and *Nancy L. Irving*, for the intervener the Attorney General of Canada.

*Susan Chapman*, for the intervener the Attorney General for Ontario.

*Jacques Gauvin* and *Daniel Grégoire*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J. — I have read the reasons of Justice Cory and concur in his result.

I agree with my colleague that the trial judge erred in refusing to permit cross-examination on the medical records. The cross-examination was appropriate because it had a proper purpose — to determine whether there was evidence to support a

McWilliams, Peter K. *Canadian Criminal Evidence*, 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf).

Ontario. Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information. *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information*, vol. 2. Toronto: The Commission, 1980.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1A (Tillers rev.). Boston: Little, Brown & Co., 1983.

Wigmore, John Henry. *Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*, vol. 2, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940.

Williams, John M. «Mistake of Fact: The Legacy of *Pappajohn v. The Queen*» (1985), 63 *R. du B. can.* 597.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1991), 7 B.C.A.C. 181, 15 W.A.C. 181, 10 C.R. (4th) 159, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité relativement à des accusations d'agression sexuelle et d'enlèvement. Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin sont dissidents.

*John D. McAlpine, c.r.*, et *Paul R. Bennett*, pour l'appellant.

*Elizabeth Bennett*, pour l'intimée.

*Donna R. Valgardson* et *Nancy L. Irving*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

*Susan Chapman*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Jacques Gauvin* et *Daniel Grégoire*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER — J'ai lu les motifs du juge Cory et je souscris à sa conclusion.

Comme mon collègue, j'estime que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a refusé d'autoriser le contre-interrogatoire sur les dossiers médicaux. Le contre-interrogatoire était approprié parce qu'il poursuivait un but régulier — détermi-

defence of honest but mistaken belief or evidence to support an allegation of fabrication. The denial of the opportunity to cross-examine on the medical records deprived the accused of his right to a fair trial.

With respect to the defence of mistaken belief, I am in agreement with my colleague, Justice Sopinka.

Accordingly, I would allow the appeal and order a new trial on the ground that the trial judge erred in failing to allow the cross-examination of the complainant on her medical records.

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

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — I have had the advantage of the reasons of my colleagues and for the following reasons I do not agree with Cory J.'s reasons nor with his disposition of the appeal. I agree substantially with McLachlin J.'s reasons as well as the result she reaches. However, I wish to deal with additional points as well as different considerations on the points dealt with by my colleagues.

I will discuss the two issues raised in this appeal in the following order. First, does s. 265(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, infringe the rights of the accused as guaranteed by s. 11(d) or 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*? Second, did the trial judge err in restricting the cross-examination of the complainant on her medical records? This second issue raises, in turn, questions concerning the privacy interest in medical records and the particular considerations which surround complainants in sexual assault trials.

ner l'existence d'éléments de preuve à l'appui du moyen de défense de croyance sincère mais erronée ou à l'appui d'une allégation de fabrication de preuve. Le refus de permettre le contre-interrogatoire relativement aux dossiers médicaux a privé l'accusé de son droit de subir un procès équitable.

Pour ce qui est de la défense de croyance erronée, je suis d'accord avec mon collègue, le juge Sopinka.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès sur le fondement que le juge du procès a commis une erreur en refusant d'autoriser le contre-interrogatoire de la plaignante sur ses dossiers médicaux.

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

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — J'ai eu l'avantage de lire l'opinion de mes collègues et, pour les raisons qui suivent, je ne partage pas les motifs du juge Cory non plus que sa conclusion. Je souscris pour l'essentiel aux motifs de Madame le juge McLachlin ainsi qu'au résultat auquel elle arrive. Cependant, je souhaite traiter de certains points additionnels et de considérations différentes sur les points examinés par mes collègues.

Cet appel soulève les deux questions suivantes dont je discuterai dans l'ordre suivant. Premièrement, le par. 265(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte-t-il atteinte aux droits que garantissent à l'accusé les al. 11d) et 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*? Deuxièmement, le juge du procès a-t-il commis une erreur en restreignant le contre-interrogatoire de la plaignante sur ses dossiers médicaux? Cette seconde interrogation soulève, à son tour, des questions concernant le droit à la confidentialité des dossiers médicaux et la situation particulière des plaignants dans les procès pour agression sexuelle.

Constitutionality of Section 265(4) of the *Criminal Code*

On the issue of the constitutionality of s. 265(4) of the *Criminal Code*, I agree with my colleagues' reasons that the section infringes neither s. 11(d) nor s. 11(f) of the *Charter*. The general rule is that defences should not be put to the jury which do not arise on the evidence. As with any defence, this section simply requires that, in the case of assault, there be a factual foundation, or, to put it more colloquially, an "air of reality" to a defence before the trial judge is required to leave it with the jury. Thus, the section conforms completely with normal trial procedure and the interests in ensuring that the jury is not distracted by extraneous matters in the trial of an issue.

As to its relevance in this particular case, in my opinion, the defence of mistaken belief in consent was completely unwarranted given both the evidence and the manner in which the defence was conducted. This case involves, as the trial judge put it, "a straight issue of consent or no consent". The complainant and the appellant each testified as to the events in issue. The evidence of each concerning the events preceding the assault was consistent up to a certain point. Specifically, there is no question that the complainant was taken by the appellant to a cabin 40 miles away in the woods in the winter without her clothes on; nor does the appellant contest that he overrode her objections in doing so.

However, their versions differed completely in respect of consent to sexual relations. The defence proceeded entirely on the basis that the complainant willingly and eagerly consented to sexual relations, not that he may have been mistaken about whether or not she consented. By contrast, the complainant testified that at no time did she consent to the sexual activity in question but had been subject to a series of assaults beginning when the appellant abducted her in a car. This testimony was

La constitutionnalité du par. 265(4) du *Code criminel*

Sur la question de la constitutionnalité du par. 265(4) du *Code criminel*, je suis d'accord avec mes collègues pour dire que cette disposition ne contrevient ni à l'al. 11d) ni à l'al. 11f) de la *Charte*. La règle générale est à l'effet qu'on ne peut soumettre au jury un moyen de défense qui ne découle pas de la preuve. Or, comme pour tout moyen de défense, cette disposition exige simplement que la défense invoquée en matière d'assauts ait un fondement factuel ou, plus familièrement, un «semblant de vraisemblance» pour que le juge du procès soit tenu de la soumettre au jury. Cette disposition est donc tout à fait conforme à la procédure normale lors d'un procès et elle reconnaît l'importance de faire en sorte que l'attention du jury ne soit pas, sur un point donné, distraite par des considérations extérieures.

En ce qui a trait ici à la pertinence de la défense de croyance erronée quant au consentement, ce moyen était, à mon avis, totalement injustifié eu égard tant à la preuve qu'à la manière dont la défense a été présentée. Comme l'a dit le juge du procès, cette affaire se réduit à [TRADUCTION] «une simple question de consentement ou d'absence de consentement». La plaignante et l'appelant ont tous deux témoigné au sujet des événements en question. Pour ce qui est des événements qui ont précédé l'agression, leurs témoignages sont relativement compatibles. Plus précisément, il ne fait aucun doute que la plaignante a été amenée par l'appelant dans un chalet situé à 40 milles dans le bois, en hiver, sans vêtements; l'appelant ne conteste pas non plus avoir alors fait fi de ses protestations.

Leurs versions, cependant, divergent totalement en ce qui a trait au consentement aux relations sexuelles. L'appelant a fondé sa défense entièrement sur le consentement volontaire et enthousiaste de la plaignante aux relations sexuelles, et non sur la possibilité qu'il ait été induit en erreur quant à savoir si elle consentait ou non. En revanche, la plaignante a déclaré qu'elle n'avait en aucun moment consenti à l'activité sexuelle en cause mais qu'elle avait été l'objet d'une série

corroborated by both physical evidence and the testimony of other witnesses.

By way of example, I shall recount but a portion of the evidence. The complainant testified that her panties had been ripped off her when she was taken away by the appellant in the car; ripped panties were found by the police near where the car had been parked. She testified that she was struck on the head while she was taken into the car and bound by the wrists when she was assaulted; medical evidence confirmed that she had bruises on her wrists and on her head. In addition, the police officer who found her naked by the side of the road at 3:30 a.m. testified that she cried uncontrollably for two hours afterwards and vomited in the police station.

Under these circumstances, there was no air of reality to the defence of mistaken belief in consent. The jury found the appellant guilty of sexual assault. While it was open to the jury to disbelieve the complainant and either believe or have a reasonable doubt as to the testimony of the appellant, the jury was obliged to reach their verdict on the basis of the evidence before them. Had the trial judge left the defence with the jury, he would have been inviting them to speculate on yet a third version of events wholly unsupported by the evidence of either party. To do so would have been an error on the part of the trial judge, subject to review on appeal.

#### Cross-examination on Medical Records

In this case, there was no challenge to the ability of the complainant to testify at the outset; the trial judge found her "quite capable of testifying" and noted that her competency had never been called into question. Nonetheless, because the appellant was aware that she had a history of hospital admissions for psychiatric problems, he sought an order for the production of the complainant's medical records. The trial judge decided, on the basis of *Toohey v. Metropolitan Police Commissioner*, [1965] 1 All E.R. 506 (H.L.), and *R. v. Hawke*

d'assauts, qui ont débuté lorsque l'appelant l'a enlevée dans une voiture. Ce témoignage a été corroboré tant par des éléments de preuve matériels que par d'autres témoins.

a

Je ne reprendrai, à titre d'illustration, qu'une partie de la preuve. La plaignante a déclaré dans son témoignage que sa culotte avait été déchirée lorsque l'appelant l'a transportée dans la voiture; une culotte déchirée a été retrouvée par la police près de l'endroit où la voiture avait été stationnée. La plaignante a dit avoir été frappée à la tête au moment où on l'amenait dans la voiture et attachée par les poignets au moment de l'agression; la preuve médicale a confirmé qu'elle avait des meurtrissures aux poignets et à la tête. De plus, le policier qui l'a trouvée nue sur le bord de la route à 3 h 30 a témoigné qu'elle a ensuite été en proie à une crise de larmes pendant deux heures et qu'elle a vomi au poste de police.

Dans les circonstances, le moyen de défense de la croyance erronée quant au consentement n'avait aucune vraisemblance. Le jury a déclaré l'appelant coupable d'agression sexuelle. Il lui était loisible de ne pas croire la plaignante et soit de croire le témoignage de l'appelant, ou d'avoir un doute raisonnable à ce sujet, mais il était tenu de rendre un verdict à partir des éléments de preuve dont il disposait. Si le juge du procès avait soumis ce moyen de défense au jury, il l'aurait ainsi invité à spéculer sur une troisième version des faits qui ne ressortait aucunement de la preuve soumise par l'une ou l'autre des parties. Il aurait ainsi commis une erreur, qui aurait été sujette à révision en appel.

#### Le contre-interrogatoire sur les dossiers médicaux

h

Dans la présente affaire, l'aptitude de la plaignante à rendre témoignage n'a pas été contestée au départ; le juge du procès l'a en effet estimée [TRADUCTION] «tout à fait apte à témoigner» et a souligné que son habilité n'avait jamais été remise en question. Néanmoins, au courant du fait que la plaignante avait déjà été hospitalisée pour des problèmes psychiatriques, l'appelant a fait une requête afin d'obtenir la production de ses dossiers médicaux. Se fondant sur les arrêts *Toohey c. Metropolitan Police Commissioner*, [1965] 1 All E.R. 506

(1975), 22 C.C.C. (2d) 19 (Ont. C.A.), that in order to permit the accused the opportunity of full answer and defence, the medical records of the complainant should be made available to the defence. This was done for the sole purpose of permitting the defence to attempt to establish that the complainant suffered from a medical or psychiatric condition that rendered her testimony unreliable. Despite free use of the information in the records and the testimony of its own psychiatric expert, the defence was unable to succeed in demonstrating that the complainant was, for this reason, an unreliable witness.

However, having failed at this objective, once in possession of the medical records, the defence then argued that because the records were allowed in, it should be permitted unrestricted cross-examination on them to challenge the credibility of the complainant on the issue of consent. The trial judge refused to allow such cross-examination on the grounds that it would be a violation of the complainant's privacy. The Court of Appeal held that the trial judge had erred in refusing the cross-examination because of the complainant's right to privacy, but dismissed this ground of appeal because it was unable to ascertain the questions that the appellant's counsel intended to ask.

Cory J. is of the view that the trial judge should have permitted cross-examination on the July 9th notation in the medical records for the purpose of determining if there was an air of reality to the appellant's defence of mistaken belief in the complainant's consent.

I totally disagree with my colleague Cory J. on the issue of the cross-examination of the complainant on her medical records, as does my colleague McLachlin J. Furthermore, there is a prior issue which must be addressed: whether the records should have been disclosed to the appellant and admitted into evidence at all in the circumstances. In this case, the Crown has not cross-appealed the order for the production of the complainant's medical records to the appellant, although prior to the disclosure order, counsel argued vigorously before

(H.L.), et *R. c. Hawke* (1975), 22 C.C.C. (2d) 19 (C.A. Ont.), le juge du procès a décidé qu'il fallait permettre à la défense d'avoir accès à ces dossiers afin d'assurer à l'accusé son droit à une défense pleine et entière. Cette décision a été prise à la seule fin de permettre à la défense de tenter d'établir que les troubles médicaux ou psychiatriques de la plaignante étaient tels que son témoignage était peu fiable. Or, malgré le libre accès aux renseignements contenus dans les dossiers et le témoignage de son propre expert en psychiatrie, la défense n'a pas réussi à démontrer que la plaignante était, pour ce motif, un témoin peu fiable.

Cependant, n'ayant pas atteint cet objectif mais disposant des dossiers médicaux admis en preuve, la défense a fait valoir qu'elle devrait avoir la possibilité de contre-interroger la plaignante sans restriction à leur sujet afin de contester sa crédibilité sur la question du consentement. Le juge du procès a refusé de permettre un tel contre-interrogatoire au motif qu'il constituerait une violation de la vie privée de la plaignante. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en refusant d'autoriser le contre-interrogatoire par respect du droit de la plaignante à la vie privée, mais elle a rejeté ce moyen d'appel parce qu'elle ne pouvait déterminer les questions que l'avocat de l'appellant se proposait de poser.

Le juge Cory est d'avis que le juge du procès aurait dû autoriser le contre-interrogatoire sur la note du 9 juillet figurant dans les dossiers médicaux dans le but de déterminer si le moyen de défense qu'invoquait l'appellant, soit la croyance erronée quant au consentement de la plaignante, était vraisemblable.

Tout comme ma collègue Madame le juge McLachlin, je diffère totalement d'opinion avec mon collègue le juge Cory sur la question du contre-interrogatoire de la plaignante à l'égard de ses dossiers médicaux. De plus, une question préliminaire se pose, soit si, dans les circonstances, les dossiers auraient en premier lieu dû être communiqués à l'appellant et admis en preuve. En l'espèce, le ministère public n'a pas interjeté d'appel incident de l'ordonnance de communication des dossiers médicaux de la plaignante, bien que, avant

the trial judge that they were totally irrelevant and that their use would be highly prejudicial to the complainant and sidetrack the trial of the issue. However, as many of the concerns which I shall outline below are relevant to both the question of disclosure and the scope of cross-examination in the event that disclosure is ordered, I find it unavoidable to address the matter of disclosure to some degree as well in this case.

It must be recalled at the outset that, as is the case with witnesses in any trial, the defence ordinarily has no access to the medical records of the complainant in a sexual assault case. The reason is clear: such information is, in the vast majority of cases, irrelevant to the issue to be determined. As a matter of policy and procedure we do not permit random fishing expeditions and less so into matters that cannot be expected to have any bearing on the trial. Moreover, such an invasion of the privacy of an individual goes against the policy of privileged communications between doctor and patient which some provinces, Quebec in particular, do protect unless a superior interest is at stake.

Thus the question becomes, whether, upon the release of such records, the right of the accused to make full answer and defence entails the right to cross-examine on information generated from medical records that, except for the extraordinary circumstance of a challenge to the competence of a witness or the reliability of her testimony, would be completely unavailable and even unknown to the accused. In my opinion it does not. Moreover, in my view, the starting point to the examination of this question is not the wide ability of the accused to cross-examine the complainant, but, rather, the following two considerations which arise much earlier in the trial process: the fundamental entitlement of us all, guaranteed by s. 8 of

le prononcé de cette ordonnance, le substitut du procureur général ait soutenu avec force devant le juge du procès que ces dossiers n'avaient aucune pertinence, que leur utilisation serait gravement préjudiciable à la plaignante et détournerait l'attention de la question en litige. Étant donné, toutefois, que nombre de préoccupations que je soulèverai plus loin sont pertinentes tant quant à la question de la communication des dossiers médicaux qu'à celle de la portée du contre-interrogatoire une fois la communication ordonnée, il me semble inévitable d'examiner aussi jusqu'à un certain point la question de la divulgation de ces dossiers en l'espèce.

Il faut rappeler dès le départ que, comme c'est le cas pour les témoins dans tout procès, la défense n'a pas ordinairement accès aux dossiers médicaux d'un plaignant dans une affaire d'agression sexuelle. La raison en est évidente: ces renseignements sont, dans l'immense majorité des cas, non pertinents quant à la question à trancher. Comme principe général et règle de procédure, les parties de pêche ne sont pas permises encore moins sur des sujets qui ne paraissent pas susceptibles d'avoir une incidence sur le procès. Qui plus est, pareille intrusion dans la vie privée d'une personne va à l'encontre du principe des communications privilégiées entre un médecin et son patient, principe auquel certaines provinces, le Québec en particulier, assurent une protection, sous réserve d'un intérêt supérieur.

La question est donc de savoir si, advenant la communication des dossiers médicaux, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière emporte le droit au contre-interrogatoire sur des renseignements provenant de ces dossiers qui, n'eussent été les circonstances exceptionnelles de la contestation quant à l'habileté d'un témoin ou à la fiabilité de son témoignage, auraient été totalement inaccessibles à l'accusé, voire lui seraient demeurés inconnus. À mon avis, la réponse doit être négative. De plus, à mon sens, le point de départ de l'analyse n'est pas la large possibilité de l'accusé de contre-interroger le plaignant, mais plutôt les deux considérations suivantes qui se posent beaucoup plus tôt dans le déroulement du procès: le



the *Charter*, to privacy and control over personal information obtained to facilitate medical treatment and the principle that information that is not relevant to an issue is to be excluded.

Hence, the following two interrelated questions must be addressed. First, under what circumstances is disclosure of the psychiatric or medical history of a witness imperative to the interests of justice and the ability of the accused to fully answer the accusations he faces? In other words, when and why are such records relevant? Second, should the use of such information, even if disclosed to the defence, be limited?

In my view, these issues must be examined in light of the general expectation held by society that the privacy interest in information obtained for medical and therapeutic purposes will be respected. First, the existing rules regarding challenges to the competence of witnesses and the reliability of testimony must be examined. Second, one must consider the evidentiary principles governing the admission of evidence and cross-examination. Third, the policy concerns raised by permitting widespread use of medical records must be addressed. Finally, the particular concerns which surround challenges to the credibility of witnesses in sexual assault trials must be confronted.

### Analysis

#### 1. *Privacy*

This Court has recognized that the value of privacy is fundamental to the notions of dignity and autonomy of the person (*R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945, and *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417). Equally, privacy in relation to personal information and, in particular, the ability to control the purpose and manner of its disclosure, is necessary

droit fondamental, garanti à chacun par l'art. 8 de la *Charte*, au respect de la vie privée et au contrôle des renseignements personnels obtenus aux fins de faciliter un traitement médical, ainsi que le principe de l'exclusion de tout renseignement non pertinent quant à un point en litige.

De là, il faut examiner les deux questions suivantes qui sont étroitement liées. En premier lieu, dans quelles circonstances la divulgation des antécédents psychiatriques ou médicaux d'un témoin s'impose-t-elle dans l'intérêt de la justice et compte tenu du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière aux accusations auxquelles il fait face? En d'autres termes, à quel moment et pour quel motif ces dossiers sont-ils pertinents? En second lieu, lorsque ces renseignements sont communiqués à la défense, y a-t-il lieu d'en restreindre l'utilisation?

À mon avis, ces questions doivent être examinées en regard de l'attente générale de la société quant au respect de la vie privée en ce qui concerne les renseignements obtenus à des fins médicales et thérapeutiques. Premièrement, il faut analyser les règles existantes en matière de contestation quant à l'habilité des témoins et à la fiabilité des témoignages. Deuxièmement, on doit prendre en considération les principes régissant l'admission des éléments de preuve et le contre-interrogatoire. Troisièmement, il faut examiner les craintes que soulève, sur le plan des principes, l'autorisation de faire largement usage des dossiers médicaux. Enfin, il convient de s'attacher aux préoccupations particulières entourant la contestation quant à la crédibilité des témoins dans les procès pour agression sexuelle.

### Analyse

#### 1. *Le droit à la vie privée*

Notre Cour a reconnu la valeur fondamentale que revêt le droit à la vie privée eu égard aux notions de dignité et d'autonomie de la personne (*R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945, et *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417). De même, la protection de la vie privée en matière de renseignements personnels et, en particulier, quant à la capa-

to ensure the dignity and integrity of the individual. In the words of La Forest J. in *Dyment*, *supra*, at pp. 429-30, while

[w]e may, for one reason or another, wish or be compelled to reveal such information, . . . situations abound where the reasonable expectations of the individual that the information shall remain confidential to the persons to whom, and restricted to the purposes for which it is divulged, must be protected.

We also recognize that it is often important that privacy interests be respected at the point of disclosure if they are to be protected at all, as they often cannot be vindicated after the intrusion has already occurred (*Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, and *Dyment*, at p. 430).

The importance of privacy as a fundamental value in our society is underscored by the protection afforded to everyone under s. 8 of the *Charter* "to be secure against unreasonable search or seizure". This value finds expression in such legislation as the *Privacy Act*, R.S.C., 1985, c. P-21, which restricts the purposes for which information

The question of privacy of medical information was extensively discussed in the reasons of La Forest J. in *Dyment*, *supra*. In that case, La Forest J. noted that the confidentiality of the doctor-patient relationship has long been respected as an important social value. Protection of information is necessary because persons are especially vulnerable in such circumstances; in order to protect their life or health, they are required to reveal information of an intimate character. La Forest J. also observed in *Dyment*, on the basis of the Department of Communications/Department of Justice Task Force report on *Privacy and Computers* (1972), that hospitals have been identified as a specific area of concern in the protection of privacy. As the *Report of the Commission of*

cité de contrôler le but et les modalités de leur divulgation, est indispensable à la dignité et à l'intégrité de l'individu. Pour reprendre les mots du juge La Forest dans l'arrêt *Dyment*, précité, aux pp. 429 et 430, s'il

peut arriver, pour une raison ou pour une autre, que nous voulions divulguer ces renseignements ou que nous soyons forcés de le faire, [. . .] les cas abondent où on se doit de protéger les attentes raisonnables de l'individu que ces renseignements seront gardés confidentiellement par ceux à qui ils sont divulgués, et qu'ils ne seront utilisés que pour les fins pour lesquelles ils ont été divulgués.

Nous reconnaissons également qu'il est souvent important de veiller au respect du droit à la vie privée au moment même de la divulgation si l'on veut en assurer la protection, car cela s'avère souvent impossible une fois l'intrusion survenue (*Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, et *Dyment*, à la p. 430).

L'importance fondamentale qu'accorde notre société au respect de la vie privée est soulignée par la protection que garantit à chacun l'art. 8 de la *Charte* «contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives». Cette valeur trouve son expression dans des lois telle la *Loi sur la protection des renseignements personnels*, L.R.C. (1985), ch. P-21, qui restreint les fins auxquelles les renseignements peuvent être utilisés à celles auxquelles ils ont été reçus.

La question du caractère privé des renseignements médicaux a fait l'objet d'un examen approfondi de la part du juge La Forest dans l'arrêt *Dyment*, précité. Dans ses motifs, le juge La Forest a souligné que le caractère confidentiel des rapports entre patient et médecin est depuis longtemps reconnu comme une valeur sociale importante. Il est nécessaire de protéger les renseignements ainsi obtenus parce que les individus sont particulièrement vulnérables en pareilles circonstances: afin de protéger leur vie ou leur santé, ils se voient forcés de divulguer des renseignements intimes. Se fondant sur le rapport du groupe d'étude du ministère des Communications et du ministère de la Justice, intitulé *L'ordinateur et la vie privée* (1972), le juge La Forest a également observé dans l'arrêt

*Inquiry into the Confidentiality of Health Information* (Ontario 1980) found, in vol. 2, at p. 91, there are concerns that persons in need of medical care might be deterred from seeking valuable and needed treatment if the exchange of information were routine and easily available. Thus, the report concluded that "physicians, hospital employees and other health-care workers ought not to be made part of the law enforcement machinery of the state". Not only would trust in the administration of justice be undermined by such practices, but so would the effective operation of medical care.

The decision in *Dyment* clearly establishes the commitment of this Court to the value of privacy of medical information. In addition, the Court has also recognized the fiduciary nature of the doctor-patient relationship and the special duties that arise from this relationship of trust and confidence in *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, and *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226.

In light of these general principles, the Court has seen fit to protect privacy interests in relation to specific and limited medical activities such as the taking of a blood sample where the interests of the accused are at stake (see *R. v. Dersch*, [1993] 3 S.C.R. 768). There is no doubt that any attempt by the Crown to conduct a wide-ranging inquiry into the entire medical history of a criminal accused would be met with concerns about prejudice to the accused and irrelevance to the issue at trial.

However, while it was the rights of the accused that were at stake in *Dyment*, as well as in *Dersch*, *supra*, the interest in the privacy of medical records was recognized in the former case as a broad and independent value, separate and distinct from considerations about the fairness of the trial process. Thus, the privacy interest discussed in *Dyment* may be seen as an interest that pertains to all of us which may arise in a number of different

*Dyment*, que les hôpitaux y ont été considérés comme un sujet de préoccupation spécifique en matière de protection de la vie privée. Selon le *Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information* (Ontario 1980), vol. 2, à la p. 91, on peut craindre que ceux qui ont besoin de soins médicaux soient dissuadés de chercher à obtenir le traitement voulu si l'échange de renseignements se faisait régulièrement et facilement. Les auteurs de ce rapport concluent que [TRADUCTION] «les médecins, les employés d'hôpitaux et les autres travailleurs de la santé ne doivent pas être intégrés aux mécanismes d'application de la loi de l'État». Non seulement de telles pratiques mineraient-elles la confiance dans l'administration de la justice mais elles nuiraient également à la prestation efficace des soins médicaux.

Notre Cour a clairement établi, dans l'arrêt *Dyment*, la valeur qu'elle attache au caractère privé des renseignements médicaux. Elle a, en outre, reconnu, dans les arrêts *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, et *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, la nature fiduciaire des rapports entre médecin et patient ainsi que les obligations particulières découlant de cette relation de confiance.

Compte tenu de ces principes généraux, la Cour a jugé qu'il convenait de protéger le droit à la vie privée eu égard à certaines activités médicales restreintes, tel le prélèvement d'un échantillon de sang lorsque les intérêts de l'accusé sont en jeu (voir *R. c. Dersch*, [1993] 3 R.C.S. 768). Il ne fait aucun doute que toute tentative du ministère public de mener une enquête approfondie sur l'histoire médicale complète d'un accusé soulèverait des préoccupations en ce qui a trait au préjudice que celui-ci pourrait subir et à la pertinence de cette enquête quant à la question en litige.

Cependant, bien que l'intérêt en jeu dans l'arrêt *Dyment*, ainsi que dans l'arrêt *Dersch*, précité, ait été les droits de l'accusé, le droit à la confidentialité des dossiers médicaux a été reconnu dans le premier comme une valeur générale et indépendante, distincte des considérations touchant l'équité du procès. Ainsi, le droit à la vie privée examiné dans l'arrêt *Dyment* peut être considéré comme un droit appartenant à chacun d'entre nous,

circumstances. Indeed, it would be odd if the protection of medical records were to be available only to those accused of criminal offences. Such a finding could hardly inspire confidence in the administration of justice. In my opinion, the inescapable conclusion is that the arguments expressed in *Dyment* in respect of privacy interests are equally applicable, if not more compelling, in the case of witnesses called by the Crown in a criminal matter.

Because the trial judge in this case based the disclosure order on the following jurisprudence, I shall next turn to an examination of the rules governing the challenges to the competence and the reliability of witnesses.

## 2. Competence and Challenges to the Reliability of Testimony

In the present case, the trial judge, relying on the rule in *Toohey*, *supra*, followed by the Ontario Court of Appeal in *Hawke*, *supra*, ordered the disclosure of the complainant's records to the appellant in order to permit him to attempt to establish the unreliability of the complainant's testimony.

The basic rule as to challenges to the competency of witnesses is as follows. All witnesses, with the exception of children under a specified age, are presumed competent to testify unless and until found otherwise due to some condition which renders it unsafe for the trier of fact to rely on the testimony. A finding that the witness suffers from a particular mental or psychiatric condition does not necessarily or in itself disqualify a witness; in order to disqualify a witness, the witness's particular condition must be such as to substantially negate the trustworthiness of the evidence on the specific subject.

This issue was canvassed extensively by Dubin J.A. (now C.J.O.) in *Hawke*, *supra*. As he noted, citing *McCormick's Handbook of the Law of Evidence* (2nd ed. 1972), § 45, at p. 93, "a distinction must be made between attacks on competency and

susceptible d'être en cause dans diverses circonstances. Il serait de fait étrange que seules les personnes accusées d'infractions criminelles puissent jouir de la protection de leurs dossiers médicaux.

<sup>a</sup> Une telle conclusion pourrait difficilement inspirer confiance dans l'administration de la justice. À mon avis, il s'ensuit inéluctablement que les arguments soulevés dans l'arrêt *Dyment* quant au respect du droit à la vie privée s'appliquent également, sinon plus impérieusement, dans le cas des témoins à charge dans une affaire criminelle.

Étant donné que le juge du procès a fondé son ordonnance de divulgation sur la jurisprudence citée ci-dessous, j'examinerai maintenant les règles applicables en matière de contestation quant à l'habilité et à la fiabilité des témoins.

## 2. L'habilité à témoigner et la contestation quant à la fiabilité du témoignage

En l'espèce, le juge du procès, se fondant sur la règle énoncée dans l'arrêt *Toohey*, précité, et suivie par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Hawke*, précité, a ordonné que les dossiers de la plaignante soient communiqués à l'appelant pour lui permettre de tenter d'établir le peu de fiabilité de son témoignage.

La règle fondamentale relative aux contestations de l'habilité d'un témoin est la suivante. Tout témoin, sauf les enfants en deçà d'un certain âge, est présumé habile à témoigner tant qu'il n'est pas jugé inhabile en raison de circonstances telles qu'il serait imprudent pour le juge des faits de se fier à son témoignage. Le fait qu'un témoin souffre de troubles mentaux ou psychiatriques ne le rend pas nécessairement ou intrinsèquement inhabile à témoigner; il faut pour le disqualifier que l'état particulier du témoin soit tel qu'il affecte substantiellement la fiabilité de son témoignage sur un point précis.

Cette question a été examinée en détail par le juge Dubin de la Cour d'appel de l'Ontario (maintenant juge en chef de l'Ontario) dans l'arrêt *Hawke*, précité. Comme il l'a souligné en citant *McCormick's Handbook of the Law of Evidence*

attacks on credibility". Wigmore, for his part, has this to say:

This broad and rational principle — that the derangement or defect, in order to disqualify, must be such as substantially negatives trustworthiness upon the *specific subject of the testimony* — is now practically everywhere accepted.

*First*, the mere fact of derangement or defect does not *in itself* exclude the witness; the various forms of monomania are no longer treated as equivalent to complete lunacy;

*Secondly*, the inquiry is always as to the relation of the derangement or defect to the *subject to be testified* about. If on this subject no aberration appears, the person is acceptable, however untrustworthy on other subjects; [Emphasis in original.]

(Wigmore on Evidence (3rd ed. 1940), vol. 2, § 492, at pp. 585-86.)

From these general principles, it is apparent that, in order to challenge the competency of a witness to testify, it must be established that the witness is unable to give reliable evidence on the specific issue in question. In addition, as an exception to the general rule which provides that an expert may not testify as to the credibility of a witness, expert testimony is permitted to establish that the witness suffers from some "hidden defect" which affects the reliability of the testimony. However, as both the trial judge and the Court of Appeal found in this case, this situation must be distinguished from that of calling an expert to establish that a witness, though capable of testifying reliably, chooses not to do so.

The general principle is set out as follows in *Toohey, supra*. In that case, Lord Pearce, speaking for all the law lords, held at p. 512 that:

Medical evidence is admissible to show that a witness suffers from some disease or defect or abnormality of mind that affects the reliability of his evidence. Such

(2<sup>e</sup> éd. 1972), § 45, à la p. 93, [TRADUCTION] «il faut établir une distinction entre contester l'habileté d'un témoin et contester sa crédibilité». Wigmore, quant à lui, s'exprime ainsi:

<sup>a</sup> [TRADUCTION] Ce principe d'ordre général et rationnel — savoir que, pour pouvoir être utilisés, la déficience ou le trouble doivent être tels qu'ils affectent substantiellement la fiabilité du *témoignage sur un point précis* — est à l'heure actuelle d'application presque universelle.

<sup>c</sup> *Premièrement*, le simple trouble ou la simple déficience *ne sont pas en soi* une cause d'exclusion du témoin; ainsi, les diverses formes d'obsession ne sont plus associées à la démence totale;

<sup>d</sup> *Deuxièmement*, le trouble ou la déficience sont toujours considérés par rapport au *sujet sur lequel porte le témoignage*. Si, sur ce point, son témoignage ne fait ressortir aucune aberration, il est acceptable, quelque peu fiable qu'il puisse être sur d'autres points; [En italique dans l'original.]

<sup>e</sup> (Wigmore on Evidence (3<sup>e</sup> éd. 1940), vol. 2, § 492, aux pp. 585 et 586.)

Il appert de ces principes généraux que, pour contester l'habileté d'un témoin, il faut établir que ce témoin est inapte à rendre un témoignage fiable sur la question particulière en litige. De plus, par exception à la règle générale voulant qu'un expert ne puisse témoigner quant à la crédibilité d'un témoin, il est possible de recourir au témoignage d'un expert pour établir que le témoin souffre d'une «déficience cachée» qui affecte la fiabilité de son témoignage. Cependant, comme l'ont reconnu le juge du procès et la Cour d'appel en l'espèce, il faut distinguer cette situation de celle où l'on cite un expert afin d'établir qu'un témoin, bien qu'apte à témoigner de façon fiable, a choisi de s'abstenir.

<sup>i</sup> Le principe général est formulé dans l'arrêt *Toohey*, précité. Dans cette affaire, lord Pearce s'est exprimé ainsi au nom de tous les lords juges, à la p. 512:

<sup>j</sup> [TRADUCTION] Une preuve médicale est admissible pour établir qu'un témoin souffre d'une maladie, d'une déficience ou d'une anomalie de l'esprit qui compromet la

evidence is not confined to a general opinion of the unreliability of the witness, but may give all the matters necessary to show not only the foundation of and reasons for the diagnosis but also the extent to which the credibility of the witness is affected.

In *Hawke*, the Ontario Court of Appeal followed *Toohey* and held that the trial judge had erred in rejecting psychiatric evidence given by the doctors of a crucial witness in a murder trial. At the time of the trial, the witness had been in the care of these doctors for over four years for treatment of serious psychiatric disturbance. The doctors testified in a *voir dire*, on the basis of an examination of her made the preceding evening, that the witness had been actively hallucinating while giving evidence on the stand during the trial. Moreover, they testified that the nature of the hallucination was such that it directly affected the truth of that testimony. As is apparent, such circumstances caused the case to fall squarely within the rule in *Toohey*.

However, such cases are clearly exceptional and this jurisprudence does not permit the exploration of the psychiatric history of a witness simply on the basis that the defence hopes such material may be relevant or useful to impugn the witness's testimony. Nor does it require the trial judge to order the disclosure of the complainant's medical records in order to permit the defence to attempt to establish that a witness's evidence may be unreliable. It is clear that the rule in *Toohey* is intended to ensure that, when there are serious concerns about the reliability of a witness due to mental or psychiatric disturbance, there is a mechanism by which those concerns can be brought to light at trial. Furthermore, it is also clear that expert evidence is permitted only for the limited purpose of establishing that some aspect of the witness's condition may affect the reliability of the witness's testimony on the issue in question; otherwise, such evidence, as both courts below found in the present case, may be inadmissible. Such evidence is not intended to provide easy access to fishing expeditions on the part of the defence where the psychiatric history of a witness may be marginal or totally irrelevant to the issue to be decided. Nor, in my

fiabilité de son témoignage. Cette preuve ne consiste pas seulement en une opinion générale sur le peu de fiabilité du témoin, mais peut fournir tous les éléments nécessaires pour établir non seulement le fondement ou les raisons du diagnostic mais aussi la mesure dans laquelle la crédibilité du témoin est compromise.

Dans l'arrêt *Hawke*, la Cour d'appel de l'Ontario, suivant l'arrêt *Toohey*, a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en rejetant, dans un procès pour meurtre, la preuve psychiatrique présentée par les médecins d'un témoin capital. Au moment du procès, le témoin était sous leurs soins depuis plus de quatre ans pour des troubles psychiatriques graves. Lors d'un voir-dire les médecins, qui l'avaient examinée la veille, ont déclaré qu'elle avait eu des hallucinations constantes pendant qu'elle était à la barre. Ils ont ajouté que ces hallucinations étaient telles qu'elles compromettaient directement la véracité de ce témoignage. Dans les circonstances, l'affaire donnait manifestement ouverture à l'application de la règle de l'arrêt *Toohey*.

Il s'agit évidemment, toutefois, de cas exceptionnels et cette jurisprudence ne permet pas à la défense de fouiller les antécédents psychiatriques d'un témoin pour la simple raison qu'elle compte en tirer des éléments pertinents ou utiles en vue d'attaquer son témoignage. Elle n'oblige pas non plus le juge du procès à ordonner la divulgation des dossiers médicaux d'un plaignant en vue de permettre à la défense de tenter d'établir le peu de fiabilité d'un témoin. Il est clair que la règle établie dans l'arrêt *Toohey* vise à faire en sorte qu'il existe un mécanisme permettant que soient mises en lumière au procès les préoccupations sérieuses que peut soulever la perturbation mentale ou psychiatrique d'un témoin quant à la fiabilité de son témoignage. Il est également clair que le recours à des témoins experts n'est permis qu'à la seule fin d'établir que, par certains aspects, les troubles dont souffre le témoin peuvent compromettre la fiabilité de son témoignage sur la question en cause; sinon, comme l'ont estimé les deux instances inférieures en l'espèce, cette preuve pourra être inadmissible. Elle n'est pas censée faciliter les parties de pêche de la défense dans un cas où les antécédents psychiatriques du témoin peuvent être secondaires ou

opinion, can the rule in *Toohey* be used to provide a method of gathering all sorts of other information which, although, no doubt, of interest to the defence in its attempts to undermine the credibility of the witness, would otherwise remain beyond its reach.

Moreover, this jurisprudence does not mandate the disclosure of medical records to the defence in order to allow it to establish the unreliability of a witness's testimony. In the event that the defence has established that, for example, because of the demeanour or behaviour of a witness, such an investigation is crucial to the fairness of the trial, the usual method would be, as was the case in *Hawke*, to call evidence from the witness's own doctor to testify as to whether there is anything in the nature of the witness's psychiatric or mental condition which would bear specifically on her ability to give reliable evidence on the matter in issue.

### 3. *Limitations on Cross-examination*

In my view, in the event that disclosure is required, the limited purposes for which such evidence is available in the first place indicate that restrictions on the scope of cross-examination are also warranted. However, my colleague Cory J. found that, once a witness's medical records are admitted, cross-examination must then be allowed on any information garnered from the records which may be relevant to an issue in the case. Although my colleague himself finds that defence counsel's submissions as regards the purpose of cross-examination appeared "to be the very sort of improper purpose for which evidence cannot be adduced" (p. 673), he still finds that it was the duty of the trial judge "to permit cross-examination with regard to the July 9 record, particularly to determine if it would throw any light either upon a possible motive of the complainant to allege that she was the victim of sexual assault or with regard to her conduct which might have led the appellant to believe that she was consenting to sexual

totalément étrangers par rapport à la question à trancher. À mon avis, la règle qu'énonce l'arrêt *Toohey* ne constitue pas davantage une méthode permettant de recueillir toutes sortes de renseignements qui, bien que d'un intérêt incontestable pour la défense dans ses tentatives de miner la crédibilité du témoin, lui resteraient autrement inaccessibles.

De plus, ces arrêts ne rendent pas obligatoire la communication des dossiers médicaux à la défense pour lui permettre d'établir le peu de fiabilité d'un témoignage. Advenant le cas où la défense établirait, par exemple, qu'en raison de la conduite ou du comportement d'un témoin, la tenue d'une enquête à cet égard est cruciale en vue d'assurer l'équité du procès, la méthode usuelle consisterait, comme dans l'arrêt *Hawke*, à appeler à la barre le propre médecin du témoin pour qu'il témoigne sur ce qui, vu les troubles mentaux ou psychiatriques du témoin, est susceptible de compromettre spécifiquement sa capacité à rendre un témoignage fiable sur la question en cause.

### 3. *Les restrictions au contre-interrogatoire*

À mon avis, lorsque la divulgation est requise, les fins limitées auxquelles cette preuve peut d'abord et avant tout être utilisée indiquent qu'il est également justifié de restreindre la portée du contre-interrogatoire. Toutefois, mon collègue le juge Cory a conclu qu'une fois les dossiers médicaux admis, il fallait alors permettre le contre-interrogatoire sur tout renseignement émanant de ces dossiers susceptible d'être pertinent relativement à un point soulevé dans l'affaire. Bien que mon collègue estime lui-même que la fin invoquée par l'avocat de la défense relativement au contre-interrogatoire semblait constituer «le type même de fin indue pour laquelle des éléments de preuve ne peuvent pas être produits» (p. 673), il n'en conclut pas moins que le juge du procès aurait dû «autoriser le contre-interrogatoire à l'égard du rapport du 9 juillet, particulièrement pour déterminer s'il pouvait jeter une lumière nouvelle soit sur un motif qu'aurait pu avoir la plaignante de prétendre avoir été victime d'une agression sexuelle, soit sur un aspect de sa conduite qui aurait pu porter l'appelant à croire qu'elle consentait à ses avances

advances" (pp. 673-74). For the following reasons, I disagree.

Medical records only become relevant if there is a serious reason to believe that the competence to testify, which we normally presume in all adult witnesses, is in question. To the extent that such records are necessary to establish that the witness is incapable of giving reliable testimony in relation to the specific matter in issue, they remain relevant. If the alleged unreliability cannot be established, then, once again, the information in the records becomes tangential and cross-examination on such information will be impermissible simply on the grounds that it is either clearly irrelevant or too remote and of scant probative value.

Given the limitations on the exploration of a witness's particular mental or psychiatric state I have discussed above in regards to *Toohey* and *Hawke*, in my opinion it follows that cross-examination on the medical records that extends beyond the scope of establishing the unreliability of the witness's testimony due to that mental condition should also be curtailed. In other words, cross-examination on medical records must be restricted to the purpose for which they were introduced. The defence may not argue that, because the medical records were relevant to the issue of the witness's competence to testify or reliability as to the issue to be decided, it may then cross-examine on all the information contained therein for whatever use it may be to the rest of the defence's case.

There may be instances, as in the present case, in which the defence argues that the records contain information that is relevant to the issues to be decided. In my opinion, both on basic evidentiary principles and for the policy reasons which I shall discuss below, cross-examination on such information should, except in extraordinary cases, nonetheless remain impermissible.

sexuelles» (pp. 673 et 674). Je ne suis pas d'accord, pour les motifs qui suivent.

Les dossiers médicaux ne deviennent pertinents que s'il existe un motif sérieux de croire que l'habileté à témoigner, normalement présumée chez le témoin adulte, est en cause. Dans la mesure où ces dossiers sont nécessaires pour établir l'inaptitude du témoin à rendre un témoignage fiable à l'égard de la question précise en litige, ils conservent leur pertinence. Mais si on ne peut établir le peu de fiabilité allégué, les renseignements contenus dans les dossiers redeviennent marginaux et le contre-interrogatoire à leur égard ne sera pas permis en raison simplement de leur absence de pertinence ou de leur caractère trop éloigné et de leur faible valeur probante.

Compte tenu des limites à l'exploration des troubles mentaux ou psychiatriques particuliers d'un témoin que j'ai examinées précédemment en regard des arrêts *Toohey* et *Hawke*, il s'ensuit, à mon avis, qu'il convient également de restreindre le contre-interrogatoire relatif aux dossiers médicaux qui va au-delà de la question de la non-fiabilité du témoignage du fait de ces troubles mentaux. En d'autres termes, le contre-interrogatoire relatif aux dossiers médicaux doit être restreint à la fin pour laquelle ils ont été introduits en preuve. La défense ne peut donc pas faire valoir que, vu la pertinence des dossiers médicaux quant à l'habileté du témoin à rendre témoignage ou à sa fiabilité relativement à la question à trancher, il lui est loisible de faire porter son contre-interrogatoire sur tous les renseignements qui y sont consignés, à quelque fin qu'ils puissent servir dans le cadre de sa preuve.

Il peut, certes, y avoir des cas où, comme en l'espèce, la défense allègue que les dossiers renferment des renseignements pertinents quant aux questions à trancher. À mon avis, tant en raison des règles fondamentales régissant la preuve que pour des considérations de principe que j'examinerai plus loin, le contre-interrogatoire sur ces renseignements devrait néanmoins, sauf cas exceptionnels, demeurer interdit.



In the words of McCormick, *supra*, at p. 438, "relevance is not always enough". Trial judges possess the undoubted discretion to both exclude evidence and limit cross-examination on matters which, although arguably relevant to the issue, are outweighed by their potential to prejudice the trial of the issue. Central among these concerns are the following: such facts may unduly arouse sentiments of prejudice, hostility or sympathy; they may distract the trier of fact from the main issue to be decided; and the exploration of the issue may consume an undue amount of time. (See also: *Wigmore on Evidence*, vol. 1A (Tillers rev. 1983), at p. 969.)

In my opinion, the nature of medical records is such that all of these concerns would often be engaged by unlimited cross-examination. Such evidence is, in the vast majority of cases, completely marginal to the central issue of the trial. It may well invite prejudice against the witness by the trier of fact. Furthermore, the process of proof and counterproof to establish the reliability of the evidence entails large amounts of time and may potentially sidetrack the trial of the case. For these reasons, its prejudicial effect on the witness, and also in many cases on the trial process itself, will, even in the event that the medical records are relevant to the trial, outweigh its probative value. More specifically, particularly in the case of complainants in sexual assault trials, there is serious risk that such information will be used to draw impermissible inferences and encourage the trier of fact to rely on myths about the credibility of sexual assault victims to the prejudice of both the witness and the trial process.

#### 4. Policy Concerns Regarding the Disclosure of Medical Records

As I have discussed above, this Court has already acknowledged in *Dyment*, *supra*, that there are serious dangers in the unrestricted use of information obtained in a doctor-patient or other form

Comme le dit McCormick, *op. cit.*, à la p. 438, [TRADUCTION] «la pertinence ne suffit pas toujours». Le juge du procès possède le pouvoir discrétionnaire indubitable d'exclure des éléments de preuve et de restreindre le contre-interrogatoire sur des points qui, en dépit de leur pertinence alléguée, pourraient s'avérer préjudiciables eu égard à la question à trancher. Les considérations suivantes sont au premier rang de ces préoccupations: certains faits peuvent nourrir indûment des préjugés, de l'hostilité ou de la sympathie; ils peuvent distraire l'attention du juge des faits de la principale question à trancher; l'analyse de la question peut demander trop de temps. (Voir également *Wigmore on Evidence*, vol. 1A (Tillers rev. 1983), à la p. 969.)

À mon avis, les dossiers médicaux sont d'une nature telle qu'un contre-interrogatoire illimité peut souvent soulever toutes ces préoccupations à la fois. Dans l'immense majorité des cas, cette preuve est tout à fait marginale par rapport à l'enjeu central du procès. Elle peut fort bien encourager les préjugés du juge des faits à l'endroit du témoin. De plus, le mécanisme de la preuve et de la contre-preuve sur la question de la fiabilité demande un temps considérable et risque de faire dévier le procès. Pour ces motifs, ses effets préjudiciables pour le témoin et aussi, dans de nombreux cas, sur le déroulement du procès lui-même l'emporteront sur sa valeur probante, même dans l'hypothèse où les dossiers médicaux sont pertinents pour le procès. Plus précisément et, en particulier, dans le cas des plaignants dans les procès pour agression sexuelle, il existe un risque sérieux que de tels renseignements soient utilisés pour en inférer des conclusions inadmissibles et encourager le juge des faits à juger de la crédibilité des victimes d'agression sexuelle à partir de mythes, au préjudice tant du témoin que du déroulement du procès.

#### 4. Les considérations de principe entourant la divulgation des dossiers médicaux

Comme je l'ai noté précédemment, notre Cour a déjà reconnu, dans l'arrêt *Dyment*, précité, que l'utilisation sans restriction de renseignements obtenus à l'occasion des rapports entre un médecin

of therapeutic relationship. For the purposes of this discussion, it is important to explore the following concerns as they pertain to the initial disclosure of medical records and the limitations on cross-examination subsequent to any disclosure. These are but the most obvious concerns; further research and information may very well disclose other dangers.

First, common sense dictates that if people are aware that medical records can and may very well be obtained to attack the credibility of a witness, they may be reluctant to seek needed and valuable treatment if there is any prospect that they may be required to testify at trial, particularly if there is any connection between the events at trial and the subjects of discussion in the treatment process. Few people are comfortable with the public disclosure of such information, and many people may fear that such disclosure would not be entirely without effect on other areas of their lives.

In addition, routine disclosure of medical records and unrestricted cross-examination upon disclosure threaten to function very unfairly against anyone who has undergone mental or psychiatric therapy, whatever the precipitating event or nature of the treatment, as compared to other members of the public. Such persons would be subject to an invasion of their privacy not suffered by other witnesses who are required to testify. They may have to answer to details of their personal life reflected in their records and effectively overcome a presumption, most often entirely unfounded, that their medical history is relevant to their credibility and ability to testify on the matter in issue.

Moreover, medical records concerning statements made in the course of therapy are both hearsay and inherently problematic as regards reliability. A witness's concerns expressed in the course of therapy after the fact, even assuming they are correctly understood and reliably noted, cannot be

et un patient ou d'autres formes de rapports thérapeutiques présente de sérieux dangers. Aux fins de la présente analyse, il importe d'explorer les préoccupations qui suivent eu égard à la divulgation initiale des dossiers médicaux et aux restrictions apportées au contre-interrogatoire subséquent. Ce ne sont là que les préoccupations les plus évidentes; de plus amples recherches et de nouvelles données pourraient fort bien révéler d'autres dangers.

En premier lieu, le bon sens nous enseigne qu'une personne, consciente de la possibilité, voire de la probabilité, que des dossiers médicaux servent à contester la crédibilité d'un témoin, pourrait être réticente à demander un traitement nécessaire et valable s'il y a risque qu'elle soit appelée à témoigner à un procès, en particulier s'il existe un lien entre les événements en cause et l'objet du traitement. Peu de gens sourient à l'idée que de tels renseignements puissent être rendus publics, et nombreux sont ceux qui pourraient craindre les répercussions de cette divulgation sur d'autres aspects de leur vie.

De plus, la divulgation courante des dossiers médicaux et la possibilité de contre-interroger sans restriction à cet égard risquent d'entraîner des résultats très inéquitables à l'endroit des personnes ayant subi une thérapie mentale ou psychiatrique, quelle qu'en soit la raison ou la nature, par opposition au public en général. Ces personnes seraient victimes d'une violation de leur vie privée que n'auraient pas à subir les autres témoins cités à comparaître. Elles pourraient devoir répondre à des questions portant sur des détails de leur vie personnelle ressortant de leurs dossiers et être obligées, dans les faits, de réfuter la présomption, totalement injustifiée le plus souvent, selon laquelle leurs antécédents médicaux sont pertinents quant à leur crédibilité et à leur aptitude à témoigner sur la question en litige.

De surcroît, les dossiers médicaux relatifs à des déclarations faites dans le cours d'une thérapie constituent du ouï-dire et suscitent en soi des problèmes en matière de fiabilité. Les préoccupations qu'exprime le témoin dans le cadre d'une thérapie après le fait ne sauraient équivaloir à un témoi-

equated with evidence given in the course of a trial. Both the context in which the statements are made and the expectations of the parties are entirely different. In a trial, a witness is sworn to testify as to the particular events in issue. By contrast, in therapy an entire spectrum of factors such as personal history, thoughts, emotions as well as particular acts may inform the dialogue between therapist and patient. Thus, there is serious risk that such statements could be taken piecemeal out of the context in which they were made to provide a foundation for entirely unwarranted inferences by the trier of fact.

Finally, credibility is an issue in many trials but particularly in trials involving sexual assault. In my view, if disclosure is accepted as relevant in such cases, in any such trial, nothing will prevent any accused from requesting in any case the medical and psychiatric records of the complainant and cross-examining her on all matters in the record.

In light of these concerns, courts must weigh carefully the cost of such disclosure, not only in personal terms to the persons subject to disclosure orders or cross-examination on information elicited from such records, but also to the effective prosecution of the very issue at hand. If the net result is to discourage witnesses from reporting and coming forward with evidence, then, in my view, it cannot be said that such practices would advance either the trial process itself or enhance the general goals of the administration of justice.

In addition to these general concerns which may affect all witnesses, in my opinion, it is important to look at the specific position of the complainant in a sexual assault trial.

### 5. *Sexual Assault*

It is not without significance that this challenge to the credibility of the witness has arisen in the

gnage rendu au cours d'un procès, même en présumant qu'elles ont été correctement comprises et fidèlement prises en note. Le contexte dans lequel ces déclarations ont été faites, tout comme les attentes des parties à leur propos, diffèrent totalement. Dans un procès, le témoin fait une déposition sous serment sur les événements particuliers en cause. Dans une thérapie, par contre, le dialogue entre le thérapeute et le patient s'alimente à toute une gamme de facteurs tels l'histoire personnelle, les pensées, les émotions aussi bien que des actes en particulier. Il existe donc un fort risque que le juge des faits se serve de ces déclarations isolément, hors de leur contexte, afin d'en inférer des conclusions totalement injustifiées.

Enfin, la crédibilité constitue souvent l'une des questions en litige dans un procès et, en particulier, dans les affaires d'agression sexuelle. À mon avis, si l'on jugeait la divulgation pertinente dans ces cas, rien n'empêcherait un accusé de demander chaque fois communication des dossiers médicaux et psychiatriques de la plaignante et de contre-interroger celle-ci sur tous les aspects qui y sont révélés.

Compte tenu de ces préoccupations, les tribunaux doivent évaluer soigneusement les conséquences de cette divulgation, non seulement sur la personne faisant l'objet d'une ordonnance de communication ou d'un contre-interrogatoire portant sur les dossiers ainsi communiqués, mais aussi sur la poursuite des crimes eux-mêmes. Si cette pratique a pour résultat de décourager les témoins de rapporter des faits et de fournir des éléments de preuve, on ne peut alors, à mon sens, dire qu'elle est susceptible de faire avancer le procès ou de contribuer à l'atteinte des objectifs généraux de l'administration de la justice.

Outre ces considérations générales applicables à tous les témoins, il importe à mon avis d'examiner la situation particulière du plaignant dans un procès pour agression sexuelle.

### 5. *L'agression sexuelle*

Il n'est pas sans intérêt que la contestation menée en l'espèce contre la crédibilité du témoin

context of a sexual assault trial. It has, since 1983, by reason of the now s. 277 of the *Criminal Code*, been impermissible to challenge the credibility of a complainant by adducing evidence about her sexual reputation. Moreover, Parliament has recently amended the *Criminal Code (An Act to amend the Criminal Code (sexual assault))*, S.C. 1992, c. 38, s. 2), to replace the former s. 276 of the *Code* which was held unconstitutional by this Court in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577. The former s. 276 prevented the accused, subject to a number of exceptions, from adducing evidence of the complainant's sexual activity with anyone other than the accused. The amendments strongly evidence Parliament's desire to instate guidelines to prevent the diversion of sexual assault trials into inquiries into the moral character and past behaviour of the complainant. In my view, there is a real risk that the use of medical records may become the means by which counsel indirectly bring evidence concerning the complainant before the trier of fact which they are no longer permitted to do directly. Moreover, because of the beliefs which have typically informed notions of relevance and credibility in sexual assault trials, the mere existence of challenges to credibility on mental or psychiatric grounds in a sexual assault trial raises serious questions about the persistence of rape myths.

Historically, a host of factors were deemed relevant to the credibility of complainants in sexual assault trials that did not bear on the credibility of witnesses in any other trial and which functioned to the prejudice of victims of sexual assault. In *Seaboyer, supra*, I discussed at length the hurdles that complainants faced in sexual assault trials due to these unfounded presumptions. They include myths that deem certain types of women "unrapable" and others, because of their occupations or previous sexual history, unworthy of belief. These myths suggest that women by their behaviour or appearance may be responsible for the occurrence of sexual assault. They suggest that drug use or dependence on social assistance are relevant to the issue of credibility as to consent.

l'ait été dans le cadre d'un procès pour agression sexuelle. Depuis 1983, il est interdit, aux termes de l'actuel art. 277 du *Code criminel*, de contester la crédibilité du plaignant par une preuve de réputation sexuelle. De plus, le législateur a récemment modifié le *Code criminel (Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle))*, L.C. 1992, ch. 38, art. 2), afin de remplacer l'ancien art. 276 du *Code* que notre Cour avait déclaré inconstitutionnel dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577. Sous réserve de certaines exceptions, cet article empêchait l'accusé de présenter une preuve concernant les activités sexuelles du plaignant avec toute personne autre que l'accusé. Les modifications apportées témoignent éloquemment de la volonté du législateur de formuler des lignes directrices afin d'éviter que les procès pour agression sexuelle ne dégénèrent en enquêtes sur la moralité et le comportement antérieur du plaignant. Or, à mon avis, il existe un risque réel que les avocats se servent des dossiers médicaux comme d'un moyen d'amener indirectement devant le juge des faits une preuve relative au plaignant qu'ils ne sont plus autorisés à lui soumettre directement. Qui plus est, en raison des croyances qui ont traditionnellement marqué, dans les procès pour agression sexuelle, les notions de fiabilité et de crédibilité, le seul fait que soient invoqués, dans ce type de procès, des motifs d'ordre mental ou psychiatrique pour contester la crédibilité soulève de graves questions quant à la persistance des mythes entourant le viol.

Historiquement, une série de facteurs ont été jugés pertinents quant à la crédibilité des plaignantes dans les procès pour agression sexuelle alors qu'ils n'avaient aucune incidence sur celle des témoins dans les autres types de procès, ce qui avait pour résultat de porter préjudice aux victimes d'agression sexuelle. Dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, j'ai examiné à fond les obstacles auxquels les plaignantes se heurtent dans ce genre d'affaires en raison de ces présomptions sans fondement. Parmi ces obstacles se retrouvent les mythes selon lesquels certains types de femme ne peuvent pas être «violées» et d'autres femmes, à cause de leur occupation ou de leur comportement sexuel antérieur, ne sont pas dignes de foi. Si l'on en croit ces mythes, les femmes seraient responsables de

They suggest that the presence of certain emotional reactions and immediate reporting of the assault, despite all of the barriers that might discourage such reports, lend credibility to the assault report, whereas the opposite reactions lead to the conclusion that the complainant must be fabricating the event. Furthermore, they are built on the suggestion that women, out of spite, fickleness or fantasy and despite the obvious trauma for victims in many, if not most, sexual assault trials, are inclined to lie about sexual assault. The net result has been that sexual assaults are, and continue to be, underreported and underprosecuted; furthermore, the level of convictions that result in those cases that do reach the courts is significantly lower than for other offences.

It is against this backdrop that challenges to the credibility of sexual assault victims on psychiatric grounds must be examined. There is absolutely no evidence to suggest that false allegations are more common in sexual assaults than in other offences; indeed, given the data indicating the strong disincentives to reporting, it seems much more likely that the opposite is true. Nonetheless, myths about the extraordinary need for caution with respect to the credibility of complainants continue to play a role in the prosecution of sexual assaults. To illustrate their persistence, it is only necessary to point out that, apart from cases of sexual assault, it is rare to encounter a suggestion that the psychiatric history of a witness is at all relevant to the trial of the issue. Moreover, trial judges are normally unlikely to even entertain such submissions unless the defence is able to conclusively establish beforehand that an inquiry into a witness's medical history is crucial to the determination of the issue at bar.

l'agression sexuelle du fait de leur comportement ou de leur apparence. Toujours selon eux, l'usage de drogue ou le fait de dépendre de l'aide sociale seraient des facteurs pertinents quant à la crédibilité relativement au consentement. La présence de certaines réactions émotives et le signalement immédiat de l'agression, malgré tous les facteurs dissuasifs à cet égard, ajouteraient à la crédibilité de la dénonciation, alors que des réactions opposées conduiraient à conclure que la plaignante a dû fabriquer l'incident. De plus, ces mythes sont fondés sur l'idée que les femmes, par rancune, inconstance ou fantasme et malgré le traumatisme évident subi par les victimes dans de nombreux procès pour agression sexuelle, sinon dans la plupart, sont enclines à mentir à ce propos. Tout cela a eu pour résultat que seule une fraction des agressions sexuelles sont et continuent d'être signalées et de faire l'objet de poursuites; de plus, parmi les cas qui parviennent devant les tribunaux, le nombre de déclarations de culpabilité est inférieur à celui enregistré pour d'autres infractions.

C'est dans ce contexte que doivent être examinées les contestations quant à la crédibilité des victimes d'agression sexuelle pour des motifs d'ordre psychiatrique. Il n'y a absolument aucune preuve que les fausses allégations soient plus fréquentes en matière d'agression sexuelle que pour tout autre type d'infraction; de fait, vu les données faisant état des nombreux obstacles au signalement, le contraire semble plus vraisemblable. Les mythes selon lesquels l'appréciation de la crédibilité des plaignantes doit être scrutée de façon exceptionnelle n'en continuent pas moins de jouer un rôle dans la poursuite des agressions sexuelles. Comme preuve de leur persistance, il suffit de souligner que, hormis les cas d'agression sexuelle, il est rare que soit invoquée la pertinence des antécédents psychiatriques d'un témoin quant à la question à trancher. De surcroît, les juges du procès n'accordent pas normalement ce genre de requête à moins que la défense n'ait préalablement établi de façon concluante qu'une exploration des antécédents médicaux d'un témoin est cruciale pour décider de la question en jeu.

In the face of such practices, the question that must be asked then is, why are medical records deemed, or more likely to be deemed, both relevant and necessary in sexual assault trials?

Relevance is typically described in such terms as “whatever accords with common sense” (P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3rd ed. 1988), at p. 11-32) or that which is “logically probative” of the matter in issue, the definition adopted by this Court in *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190. While we may, at first blush, think that the question of the relevance of evidence is a relatively straightforward matter to determine, as I stated in *Seaboyer, supra*, at pp. 679-80:

Whatever the test, be it one of experience, common sense or logic, it is a decision particularly vulnerable to the application of private beliefs. Regardless of the definition used, the content of any relevancy decision will be filled by the particular judge’s experience, common sense and/or logic. For the most part there will be general agreement as to that which is relevant and the determination will not be problematic. However, there are certain areas of inquiry where experience, common sense and logic are informed by stereotype and myth. As I have made clear, this area of the law has been particularly prone to the utilization of stereotype in determinations of relevance and again, as was demonstrated earlier, this appears to be the unfortunate concomitant of a society which, to a large measure, holds these beliefs. It would also appear that recognition of the large role that stereotype may play in such determinations has had surprisingly little impact in this area of the law. [Emphasis added.]

Despite the fact that there is much wider recognition, both among those involved in the administration of justice and among the public at large, that unfounded beliefs about sexual assault victims prejudicially affect both the victims and the trial of the issue, their force and effect has not been eliminated. Of their very nature, beliefs will inform notions of relevance. However, as they often function unconsciously, their effect can be unacknowl-

À la lumière de ces pratiques, la question qu’on doit se poser est donc la suivante: pourquoi les dossiers médicaux sont-ils considérés, ou plus susceptibles d’être considérés, comme étant à la fois pertinents et nécessaires dans les procès pour agression sexuelle?

On a traditionnellement défini la pertinence comme [TRADUCTION] «tout ce qui est en accord avec le bon sens» (P. K. McWilliams, *Canadian Criminal Evidence* (3<sup>e</sup> éd. 1988), à la p. 11-32) ou ce qui constitue la [TRADUCTION] «preuve logique» de la question en litige, selon la définition que notre Cour a adoptée dans l’arrêt *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190. Bien que la question de la pertinence apparaisse, à première vue, relativement simple à trancher, ce n’est pas le cas, ainsi que je l’ai expliqué dans l’arrêt *Seaboyer*, précité, aux pp. 679 et 680:

Quel que soit le test, qu’il soit fondé sur l’expérience, le bon sens ou la logique, c’est là une décision particulièrement perméable aux préjugés. Quelle que soit la définition utilisée, la décision que prendra le juge quant à la pertinence sera fondée sur son expérience, son bon sens ou sa logique, ou sur les trois à la fois. Dans la majorité des cas, on s’entendra généralement sur ce qui est pertinent, et la détermination de la pertinence ne posera pas de problème. Toutefois, il existe certains domaines où l’expérience, le bon sens et la logique sont alimentés par des stéréotypes et des mythes. Comme je l’ai déjà indiqué clairement, on a été tout particulièrement enclin, dans ce domaine du droit, à utiliser des stéréotypes aux fins de déterminer ce qui est pertinent et cela, comme je l’ai déjà démontré, paraît aller malheureusement de soi à l’intérieur d’une société qui, en grande partie, partage ces préjugés. Il semble également que la reconnaissance du rôle important que jouent les stéréotypes dans le cadre de la détermination de la pertinence a eu fort peu d’incidence dans ce domaine du droit. [Je souligne.]

Bien qu’on reconnaisse aujourd’hui beaucoup plus largement, tant au sein de l’administration de la justice que parmi le public en général, que les préjugés entourant les victimes d’agression sexuelle sont aussi préjudiciables aux victimes que nuisibles à la poursuite de ces crimes, leur force et leur effet n’ont pas disparu. De par leur nature même, les préjugés jouent dans l’appréciation de la pertinence. Cependant, comme ils opèrent souvent

edged and identifying them may be a difficult and elusive process. In recognition of this fact, Parliament, in the amendments to the *Criminal Code*, has now expressly directed the judge to take into account, in determining whether evidence should be admissible, the following matters:

276. . . .

(3) In determining whether evidence is admissible under subsection (2), the judge, provincial court judge or justice shall take into account

(b) society's interest in encouraging the reporting of sexual assault offenses;

(d) the need to remove from the fact-finding process any discriminatory belief or bias;

(e) the risk that the evidence may unduly arouse sentiments of prejudice, sympathy or hostility in the jury;

(f) the potential prejudice to the complainant's personal dignity and right of privacy;

(g) the right of the complainant and of every individual to personal security and to the full protection and benefit of the law;

Because of this, in my view, evidence which normally lies outside the purview of the trial process but is deemed relevant to the credibility of sexual assault complainants must be carefully, and perhaps sceptically, scrutinized. In my opinion, the best way to examine the question of relevance is to place the proposed use of psychiatric evidence in the circumstances of the ordinary trial.

Credibility is a central issue in many criminal cases. Moreover, the entire trial process is structured to provide the trier of fact with opportunities to assess the veracity of witnesses. However, as I have discussed above, the competence of witnesses to testify is normally presumed and challenges to the reliability of evidence on the basis of the mental or psychiatric condition of the witness rarely form part of the trial process. Unless we are

inconsciemment, leur effet peut passer inaperçu et ils seront donc difficilement identifiables. Conscient de cet état de fait, le législateur demande maintenant expressément au juge, dans les modifications précitées qu'il a apportées au *Code criminel*, de prendre en considération les facteurs suivants pour décider de l'admissibilité d'une preuve:

276. . . .

(3) Pour décider si la preuve est admissible au titre du paragraphe (2), le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix prend en considération:

b) l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles;

d) le besoin d'écartier de la procédure de recherche des faits toute opinion ou préjugé discriminatoire;

e) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l'hostilité;

f) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;

g) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi;

Cela étant, à mon avis les éléments de preuve, qui n'entrent pas normalement en considération dans le déroulement du procès mais qu'on estime pertinents quant à la crédibilité des plaignants dans des affaires d'agression sexuelle, doivent être examinés avec minutie, voire avec scepticisme. À mon sens, la meilleure façon d'examiner la question de la pertinence est de placer l'utilisation proposée de la preuve psychiatrique dans le contexte d'un procès ordinaire.

La crédibilité est la question centrale dans beaucoup d'affaires criminelles. Qui plus est, le déroulement du procès est entièrement conçu de manière à donner au juge des faits l'occasion d'apprécier la sincérité des témoins. Toutefois, comme je l'ai dit précédemment, l'habileté des témoins se présume en règle générale et il est rare qu'on conteste la fiabilité d'un témoignage en se fondant sur les troubles mentaux ou psychiatriques du témoin. À

to resurrect, consciously or unconsciously, the myth that complainants in sexual assault trials are inherently more untrustworthy than witnesses in any other trial where credibility is an issue, challenges to a witness's testimony on mental or psychiatric grounds must be measured against the same standard of relevance in sexual assault trials as in the trial of any other offence. Thus, even a request, let alone an order, for the production of a complainant's medical records should be an extraordinary event.

Moreover, the costs to both the witnesses and the trial process of both admitting medical records and permitting cross-examination of the complainant by the defence on the material contained in them must be clearly confronted. In my opinion, for the following reasons, the inescapable conclusion is that such practices would only frustrate further our still inadequate attempts to extend to victims of sexual assault the protection of the justice system to which they are entitled.

One of the most powerful disincentives to reporting sexual assaults is women's fear of further victimization at the hands of the criminal justice system; as I discussed in *Seaboyer, supra*, at p. 650, almost half of unreported incidents may be traced to this perception on the part of sexual assault victims. With good reason, women have come to believe that their reports will not be taken seriously by police and that the trial process itself will be yet another experience of trauma. It must be obvious that if, in addition to the current disincentives, such victims face the revelation of intimate details of their lives via the release of their medical records, the disincentive to reporting could only increase.

Two alternatives seem likely. If victims of sexual assaults feared that their medical records could be deemed relevant to the assault, then they may very well make the decision to forego medical

moins que l'on veuille, consciemment ou inconsciemment, ressusciter le mythe selon lequel les plaignants dans les procès pour agression sexuelle sont, fondamentalement, moins dignes de foi que les témoins dans tout autre procès où la crédibilité est en cause, les contestations fondées sur les troubles mentaux ou psychiatriques doivent, dans les procès pour agression sexuelle, être analysées selon la même norme de pertinence que dans les procès pour toute autre infraction. Une demande de production des dossiers médicaux du plaignant, encore plus une ordonnance à cet effet, devrait donc demeurer exceptionnelle.

De plus, il faut aborder clairement la question des conséquences, tant sur les témoins que sur le déroulement du procès, de l'admission des dossiers médicaux et de l'utilisation des renseignements qu'ils contiennent à des fins de contre-interrogatoire par la défense. À mon avis et pour les raisons qui suivent, la conclusion inéluctable est que de telles pratiques ne feraient que frustrer encore davantage nos tentatives toujours inadéquates d'assurer aux victimes d'agression sexuelle la protection qu'elles sont en droit d'attendre du système judiciaire.

L'un des freins les plus puissants à la dénonciation des agressions sexuelles est la crainte des femmes que le système pénal ne vienne accroître leur victimisation; d'après l'analyse que j'ai faite dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, à la p. 650, près de la moitié des cas de non-signalement sont attribuables à cette perception qu'ont les victimes d'agression sexuelle. Pour de bonnes raisons, les femmes en sont venues à croire que leurs dénonciations ne seront pas prises au sérieux par la police et que le procès lui-même ne sera qu'un traumatisme de plus. Il est donc manifeste que si, en plus des facteurs dissuasifs actuels, les victimes sont confrontées à la révélation de détails intimes de leur vie par la divulgation de leurs dossiers médicaux, les freins au signalement ne pourront qu'augmenter.

Deux situations sont susceptibles de se produire. Si les victimes d'agressions sexuelles craignent que leurs dossiers médicaux soient jugés pertinents relativement à l'agression, elles pourraient fort



treatment if they intend to report the assault or if charges are already outstanding. Those that did undergo treatment may be reluctant to fully disclose information out of fear that such information might be used against them, either in the trial or, because of the public nature of the trial process, in other areas of their lives. Such a decision may very well prevent a discussion of matters that are vital to both the course of therapy and their ultimate well-being.

On the other hand, victims who choose to undergo therapy, as well as those for whom therapy is essential for their very survival, would be less likely to come forward with complaints about the assaults. This, of necessity, would lead to lack of prosecution and conviction in such cases and may, in turn, result in both continued victimization and increased risk of assault to other potential victims.

Furthermore, the nature of therapy is such that mere disclosure itself could be prejudicial to the health of the witness.

Indeed, recent reports indicate some support for these very concerns. As a consequence of recent decisions in both Nova Scotia (*R. v. Ross* (1993), 121 N.S.R. (2d) 242 (C.A.), leave to appeal to Supreme Court of Canada refused, [1993] 3 S.C.R. viii) and British Columbia (*R. v. O'Connor* (1992), 18 C.R. (4th) 98 (S.C.)), groups representing, among others, both victims of sexual assault and disabled persons have expressed serious concern about these very outcomes (*The Globe and Mail*, May 15, 1993, at p. D3, and July 15, 1993, at p. A7; and the *Calgary Herald*, July 16, 1993, at p. A12).

Ironically, then, a procedure justified by the accused's right to full answer and defence risks frustrating the object of protecting victims of sexual assault by becoming the means by which offenders escape prosecution.

It must be recalled that experts called by the defence in their attempts to impugn the reliability

bien décider de renoncer au traitement médical si elles ont l'intention de signaler l'agression ou si des accusations sont déjà portées. Celles qui auront subi un traitement pourront être réticentes à se livrer entièrement de peur que ces informations ne soient utilisées contre elles, que ce soit au procès ou, vu le caractère public du procès, dans d'autres aspects de leur vie. Une telle décision pourrait empêcher que soient analysées des questions d'importance vitale dans le cadre de la thérapie et pour le bien-être ultime des victimes.

Par contre, les victimes qui choisissent de suivre une thérapie, ainsi que celles dont la survie même en dépend, seront moins susceptibles de porter plainte. De toute évidence, cela conduirait à une diminution des poursuites et des déclarations de culpabilité dans ce genre d'affaires, ce qui, en retour, aurait pour résultat de perpétuer la victimisation et d'accroître le risque d'agression contre d'autres victimes potentielles.

En outre, la nature de la thérapie fait en sorte que sa simple divulgation pourrait en soi être préjudiciable à la santé du témoin.

De fait, des articles récents ont fait écho à ces préoccupations. À la suite de décisions récemment rendues en Nouvelle-Écosse (*R. c. Ross* (1993), 121 N.S.R. (2d) 242 (C.A.), autorisation de pourvoi à la Cour Suprême du Canada refusée, [1993] 3 R.C.S. viii) et en Colombie-Britannique (*R. c. O'Connor* (1992), 18 C.R. (4th) 98 (S.C.)), des groupes représentant, entre autres, des victimes d'agression sexuelle et des personnes handicapées ont fait état de sérieuses préoccupations à ce sujet (*The Globe and Mail*, 15 mai 1993, à la p. D3, et 15 juillet 1993, à la p. A7; et le *Calgary Herald*, 16 juillet 1993, à la p. A12).

Ironiquement, donc, une procédure justifiée par le droit de l'accusé à une défense pleine et entière risque d'aller à l'encontre de l'objectif de protéger les victimes d'agression sexuelle en fournissant aux contrevenants le moyen d'échapper aux poursuites.

Rappelons que les experts que cite la défense dans sa tentative de contester la fiabilité du plai-

of the complainant are entitled and expected to discuss the foundations of their opinions. Under such circumstances, it seems impossible to prevent the disclosure of information from the medical records about the witness's behaviour and background which, although irrelevant to the issues, because of the persistence of beliefs about sexual assault victims, may unfairly prejudice the complainant in the eyes of the jury. This, in turn, may prejudice the trial by diverting the focus of the jury to the character of the complainant and away from consideration of the narrow issue before it, the question of the assault.

In my view, to ensure against such consequences, victims of sexual assault must be secure beforehand in knowing that their medical records will be unavailable to the defence.

#### Conclusion

I would conclude, then, that the compulsion to disclose such records may only occur where there is serious reason to believe that, absent such disclosure, a miscarriage of justice is likely. Given the premium placed on the confidentiality of medical records in our society, and the high degree of prejudice to the witness caused by delving into psychiatric records, in my view, such records should only be disclosed when there is cogent evidence to suggest that: the competence of the witness to testify is in serious doubt or the witness's testimony with respect to the particular issue to be decided is unreliable because of the witness's medical condition; and furthermore, that without such disclosure, there would be serious prejudice to the accused's right to make full answer and defence. Mere suggestion, speculation or possibility raised on the part of the defence, as is the case here, that such records may be relevant cannot be sufficient.

Because the issue of disclosure was not argued in this case and remains to be fully canvassed by this Court, I refrain from a more specific discussion of what must ordinarily be established to meet this threshold at this time.

gnant ont le droit d'exposer le fondement de leur opinion et on s'attend d'ailleurs à ce qu'ils le fassent. Dans les circonstances, il semble impossible d'empêcher la divulgation de renseignements tirés des dossiers médicaux sur le comportement et les antécédents du témoin, renseignements qui, bien que non pertinents pour les questions en litige, peuvent, vu la persistance des croyances entourant les victimes d'agression sexuelle, prévenir injustement le jury contre le plaignant. En retour, cela peut nuire au procès en amenant le jury à concentrer son attention sur la personnalité du plaignant et non sur la question précise qui lui est soumise, celle de l'agression.

À mon avis, il faut, pour contrecarrer ces effets, que les victimes d'agression sexuelle aient préalablement l'assurance que leurs dossiers médicaux ne pourront être communiqués à la défense.

#### Conclusion

Je conclurais, donc, que l'obligation de divulguer des dossiers médicaux ne peut être imposée que lorsqu'il y a des raisons graves de croire que, sans cette divulgation, il y aura vraisemblablement erreur judiciaire. Étant donné l'importance que notre société accorde à la confidentialité des dossiers médicaux et le grave préjudice que cause au témoin le fait de fouiller dans ses dossiers psychiatriques, ces dossiers ne devraient, à mon avis, être divulgués que s'il existe une preuve forte selon laquelle un doute sérieux plane sur l'habileté du témoin à témoigner ou que son témoignage sur un point particulier est peu fiable en raison des troubles médicaux dont il souffre et que, sans cette divulgation, le droit de l'accusé à une défense pleine et entière subirait un grave préjudice. Le simple fait que la défense, comme elle l'a fait en l'espèce, évoque la possible pertinence de ces dossiers ou spécule à cet égard ne saurait suffire.

La question de la divulgation des dossiers médicaux n'ayant pas fait l'objet d'un débat particulier dans le présent appel et vu que cette question reste ouverte, je m'abstiendrai pour le moment de discuter de façon plus précise des conditions ordinairement nécessaires pour satisfaire à ces considérations préliminaires.

However, in the event that medical records are released to the defence, in my view, their use must be limited to the specific purpose for which they were released. In other words, their use is limited to establishing that the witness's testimony is, by reason of a medical condition, unreliable. The defence may not ordinarily make further use of the records to obtain evidence on other issues to be decided. While there may be instances in which, because the evidence revealed is both directly relevant to the matter in issue and carries high probative value and inability to make further use of such information may lead to a miscarriage of justice, such instances will be rare indeed and even then, for the reasons which I have discussed above, defence counsel may not use these records to obtain information with which to impugn the credibility of the witness generally. Medical records, particularly psychiatric records, potentially provide a gold mine of material for defence lawyers in this regard. Therefore, in the extraordinary event that medical records are admitted into evidence, courts must take particular care in the case of sexual assault trials that medical records are not used to confront complainants about past sexual history or invoke rape mythology by raising issues which might be perceived by the trier of fact as establishing the "bad character" of the complainant, which is precisely what the defence here alleged: "what kind of person the complainant is".

In conclusion, I feel compelled to point out that the defence normally has no access to the medical records of a witness. Unless we are prepared to accept the argument that access to medical records is to be provided in every case in which credibility is an issue (which, for reasons of relevance, we do not), I fail to see how the inability to access this information, or to fully cross-examine the complainant on these records, prevents the accused from making full answer and defence. Such an argument would imply an entitlement on the part of the accused to virtually unrestricted latitude to expand the focus of the trial. The rights of the accused to both adduce evidence and cross-

Cependant, dans le cas où les dossiers médicaux sont divulgués à la défense, leur utilisation doit, à mon avis, être restreinte aux fins précises pour lesquelles ils ont été communiqués. En d'autres termes, leur utilisation se limite à établir que l'état de santé du témoin rend son témoignage peu fiable. En règle générale, la défense ne peut recourir à ces dossiers pour obtenir des éléments de preuve sur d'autres questions en litige. Certes, il peut y avoir des cas où, étant donné la pertinence directe et la haute valeur probante des éléments de preuve ainsi révélés, l'impossibilité d'utiliser ces autres éléments pourrait conduire à une erreur judiciaire, mais ces cas seront rares et encore là, pour les raisons déjà avancées, l'avocat de la défense ne pourra pas avoir recours à ces dossiers pour obtenir des informations lui permettant de contester la crédibilité du témoin en général. À cet égard, les dossiers médicaux, en particulier les dossiers psychiatriques, constituent une mine de renseignements potentiels pour les avocats de la défense. En conséquence, dans les cas exceptionnels où les dossiers médicaux sont admis en preuve, les tribunaux doivent veiller avec un soin particulier à ce que, dans les procès pour agression sexuelle, ces dossiers ne servent pas à interroger les plaignantes sur leur comportement sexuel antérieur ou à alimenter le mythe entourant le viol en soulevant des questions que le juge des faits risque de considérer comme établissant le «mauvais caractère» de la plaignante, ce que la défense a précisément allégué en l'espèce, savoir [TRADUCTION] «le genre de personne qu'est la plaignante».

En conclusion, je me dois de souligner que la défense n'a normalement pas accès aux dossiers médicaux des témoins. À moins que nous soyons disposés à accepter l'argument voulant que les dossiers médicaux doivent être communiqués dans tous les cas où la crédibilité est en cause (ce qui n'est pas le cas, pour des raisons de pertinence), je ne vois pas comment l'impossibilité d'avoir accès à ces renseignements, ou de contre-interroger pleinement la plaignante à cet égard, empêche l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Un tel argument suppose que l'accusé jouirait d'une latitude virtuellement illimitée pour élargir le focus du procès. Or, les droits de l'accusé de présenter des

examine are not unlimited but must be first, circumscribed by the question of relevance and second, balanced by countervailing factors such as the privacy interests of the witness and the prejudice to both the witness and the trial process. <sup>a</sup>

### Application to the Case

In the present case, counsel to the appellant originally sought disclosure of the complainant's entire medical record and full cross-examination on all of the complainant's psychiatric problems, all her medication and all her counselling. Prior to disclosure, counsel freely admitted that he did not know what he would find and that the records might not supply him with anything of assistance, but he nonetheless claimed that they were necessary to make full answer and defence. The trial judge was apparently of the view that, because it was possible that the complainant might be suffering from a severe psychiatric illness, her medical records should be disclosed. <sup>d</sup>

In my opinion, there is nothing in the record of this case to suggest that there were sufficient grounds to warrant an order for the disclosure of the records to the defence in the first place. The issue was the narrow one of consent to sexual relations with the appellant on the day in question. There was no evidence that the complainant was incapable of giving reliable testimony in general, let alone reliable testimony as to the particular issue to be decided. Rather, the opposite was true. The complainant was able to, and did give, prior to the order for disclosure, a clear, full and detailed account of the events. Nothing prevented the defence from conducting a full cross-examination of the complainant as to those events. <sup>f</sup>

In addition, there was absolutely no evidence that the complainant was in fact suffering from a condition that would affect her capacity to give reliable testimony; the only evidence was that she had been admitted to the psychiatric ward on several occasions because of difficulties with her fam- <sup>j</sup>

éléments de preuve et de procéder au contre-interrogatoire ne sont pas illimités; ils doivent, en premier lieu, être circonscrits par la question de pertinence et, en second lieu, être pondérés par des facteurs tels le droit du témoin à sa vie privée et le préjudice qui peut en résulter tant pour le témoin que pour le déroulement du procès.

### Application à l'espèce

Dans la présente affaire, l'avocat de l'appelant a cherché à l'origine à obtenir communication de l'ensemble du dossier médical de la plaignante ainsi que l'autorisation de la contre-interroger sans restriction sur tous ses problèmes psychiatriques, tous les médicaments qu'elle prenait et toute l'aide psychologique qu'elle recevait. Avant le dépôt des dossiers médicaux, l'avocat a librement admis ne pas savoir ce qu'il allait y trouver et il a reconnu la possibilité qu'il ne trouve aucun élément utile, tout en affirmant néanmoins que les dossiers étaient nécessaires à une défense pleine et entière. Le juge du procès a apparemment été d'avis que les dossiers médicaux de la plaignante devaient être divulgués étant donné la possibilité qu'elle souffre d'une maladie psychiatrique grave. <sup>e</sup>

À mon avis, rien au dossier ne laisse ici croire qu'il y avait, au départ, des motifs suffisants pour justifier une ordonnance de communication des dossiers à la défense. La question en litige se réduisait au consentement aux relations sexuelles avec l'appelant ce jour-là. Rien dans la preuve n'indiquait que la plaignante était incapable de donner un témoignage fiable en général et encore moins, quant à la question précise à trancher. Bien au contraire, la plaignante a été capable de faire, et a effectivement fait, avant l'ordonnance de communication des dossiers médicaux, un compte rendu clair, complet et détaillé des événements. Rien n'empêchait la défense de contre-interroger pleinement la plaignante sur ces événements. <sup>g</sup>

De plus, il n'y avait absolument aucun élément indiquant que la plaignante souffrait, dans les faits, d'un trouble susceptible d'affecter son aptitude à rendre un témoignage fiable; le seul élément en preuve était qu'elle avait été admise dans une unité psychiatrique à plusieurs reprises à cause de diffi- <sup>i</sup>

ily and problems related to low self-esteem. Moreover, the complainant herself had already admitted her psychiatric history prior to the release of her medical records. Thus, there was no evidence of a "hidden defect" in her mental condition that necessitated revelation by psychiatric testimony.

However, given the trial judge's understanding that he was required to order the disclosure of the complainant's medical records, in my opinion, it was not only proper but essential for him to restrict the purposes for which they could be used. Nor did the trial judge err in concluding that the privacy of the complainant was an important value which should play a role in determining the scope of the use of the medical records. Finally, the trial judge was entirely correct in refusing to allow the defence to cross-examine on the records to attempt to elicit information to establish the defence of mistaken belief in consent. The evidence in the medical records was, of necessity, totally irrelevant and without any probative value as regards this issue.

Despite the production of the medical records, the appellant was unable to establish via the complainant's doctor or its own expert witness that the complainant suffered from some defect of the mind that prevented her from reliably testifying as to consent to sexual relations on that day. The appellant's counsel cross-examined the complainant's own psychiatrist, Dr. MacTavish, in a *voir dire* on the basis of those records. However, Dr. MacTavish rejected the proposition that the complainant suffered from a personality disorder and, when asked directly about it by the trial judge, expressly stated that he thought her evidence was capable of being relied upon at face value.

However, once the appellant was in possession of the medical records, he then argued that, because the records were allowed in, he should be permitted unrestricted cross-examination on them to challenge the credibility of the complainant as to the issue of consent. For the reasons I have discussed, in my view the trial judge's discussion to

cultés avec sa famille et de problèmes liés à une faible estime de soi. Or, la plaignante avait déjà elle-même admis ses antécédents psychiatriques avant la divulgation des dossiers médicaux. Il n'y avait donc, eu égard à son état mental, aucune «déficience cachée» que seul aurait pu révéler le témoignage d'un psychiatre.

Étant donné, cependant, que le juge du procès s'estimait tenu d'ordonner la divulgation des dossiers médicaux de la plaignante, il était, à mon avis, non seulement approprié mais essentiel qu'il restreigne les fins auxquelles ceux-ci pouvaient être utilisés. Le juge du procès n'a pas non plus commis d'erreur en concluant que la vie privée de la plaignante constituait une valeur importante dont il fallait tenir compte dans la détermination du champ d'utilisation des dossiers médicaux. Enfin, il a eu tout à fait raison de ne pas permettre à la défense de contre-interroger la plaignante à ce propos afin de tenter d'en tirer des renseignements susceptibles d'étayer la défense de croyance erronée au consentement. Les éléments de preuve contenus dans les dossiers médicaux étaient, de toute évidence, dénués de toute pertinence et n'avaient aucune valeur probante à cet égard.

Malgré la production des dossiers médicaux, l'appelant n'a pu établir par l'entremise du médecin de la plaignante ou de son propre témoin expert que celle-ci souffrait d'une déficience mentale qui l'empêchait de témoigner de façon fiable quant au consentement aux relations sexuelles ce jour-là. L'avocat de l'appelant a contre-interrogé le psychiatre de la plaignante, le Dr MacTavish, lors d'un voir-dire sur ces dossiers. Ce dernier a rejeté la prétention selon laquelle la plaignante souffrait d'un trouble de la personnalité et, interrogé directement à ce sujet par le juge du procès, il a expressément dit croire que son témoignage était fiable à sa face même.

Toutefois, une fois en possession des dossiers médicaux, l'appelant a fait valoir que, puisqu'ils avaient été admis, il devait être autorisé à contre-interroger la plaignante sans restriction à leur sujet afin de contester sa crédibilité sur la question du consentement. Pour les motifs que j'ai exposés, l'analyse qu'a faite le juge du procès pour refuser

prevent the cross-examination was correct. Moreover, it is clear that the appellant intended to use these records to establish the very sort of prejudice to the complainant which informs rape myths.

In my opinion, once the appellant was unable to establish that the complainant was unable to give reliable testimony, the trial judge was entirely correct in finding that this was the end of any use of her medical records in the trial.

Contrary to the finding of the Court of Appeal, we do have a record, drawn from the submissions of the appellant's counsel which preceded the disclosure order and those preceding the ruling on the cross-examination, of the questions and line of inquiry that the defence intended to pursue in cross-examining the complainant on her medical records. Counsel to the appellant frankly admitted that he wanted to adduce evidence concerning her parents' reaction to the assault because "that relates directly to what kind of person the complainant is". Moreover, the cross-examination of her psychiatrist, Dr. MacTavish, on those records in the *voir dire* also clearly reveals the manner in which the appellant regarded the material as relevant. Both sources disclose that the defence intended to use the information gained from the record to wage a wide-ranging attack on the credibility of the complainant and establish her "bad character". This is evident in the *voir dire* of Dr. MacTavish, in which the defence raised such issues as her past use of drugs and alcohol, difficulties in social relations, previous history of sexual relations, and fights with her mother. I can only conclude that the defence hoped to use expert testimony on the medical records to invite the jury to draw inferences about the credibility of the complainant based on, among other things, her past sexual history. These are precisely the inferences based upon myths which work to the prejudice of complainants in sexual assault and which Parlia-

le contre-interrogatoire était correcte. De surcroît, il est clair que l'appelant entendait recourir à ces dossiers pour soulever contre la plaignante le type même de préjugés qui alimentent les mythes entourant le viol.

À mon avis, l'appelant ayant été incapable d'établir l'incapacité de la plaignante à rendre un témoignage fiable, le juge du procès a eu entièrement raison d'estimer que là s'arrêterait toute utilisation de ses dossiers médicaux au procès.

Contrairement à la conclusion de la Cour d'appel, il existe bel et bien au dossier, tel qu'il appert des prétentions qu'a fait valoir l'avocat de l'appelant avant l'ordonnance de communication des dossiers médicaux et avant la décision touchant le contre-interrogatoire, des indications concernant les questions que la défense souhaitait poser et la stratégie qu'elle entendait poursuivre en contre-interrogeant la plaignante au sujet de ses dossiers médicaux. L'avocat de l'appelant a en effet admis en toute franchise qu'il voulait présenter des éléments de preuve concernant la réaction des parents de celle-ci à l'agression parce que [TRADUCTION] «cela touche directement le genre de personne qu'est la plaignante». De plus, le contre-interrogatoire de son psychiatre, le Dr MacTavish, sur ces dossiers lors du voir-dire révèle clairement la manière dont l'appelant concevait leur pertinence. Il ressort de ces deux sources que la défense entendait recourir aux renseignements émanant des dossiers pour mener une contestation en règle contre la crédibilité de la plaignante et établir son «mauvais caractère». Cela découle, à l'évidence, du contre-interrogatoire du Dr MacTavish dans lequel la défense a soulevé des questions tel l'usage antérieur que la plaignante a fait de drogue et d'alcool, les difficultés qu'elle a rencontrées dans ses relations sociales, ses relations sexuelles et ses disputes avec sa mère. Je peux seulement en conclure que la défense espérait se servir de témoignages d'experts sur les dossiers médicaux pour inviter le jury à en tirer des inférences quant à la crédibilité de la plaignante fondées, entre autres, sur son comportement sexuel antérieur. Or, telles sont précisément les inférences fondées sur des mythes qui sont préjudiciables aux victimes d'agression

ment, in its amendments to the law governing sexual assault, has attempted to prevent.

As to the proposed cross-examination of the complainant, in his submissions before this Court, the appellant urged that the July 9th notation in the complainant's medical record, to the effect that she was concerned that her behaviour may have influenced the appellant's behaviour, was relevant to the defences of consent and mistaken belief in consent. He also contended that entries in her medical records indicating that she had a turbulent relationship with her parents were relevant to the defence theory that she made up the allegations of the assault to avoid a confrontation with her parents after she had been out all night.

With regard to the July 9th notation, I am unable to see how this statement, four and a half months after the incident, can be at all relevant to the issues of consent or the appellant's mistaken belief in consent at the time. The complainant's reflections on how the situation might have been avoided, even assuming they are correct, can have no probative value as to whether or not there was consent to the assault or mistaken belief in consent on the part of the appellant. In any event, it is hardly surprising that such statements are to be found in her medical records; in this, as in other traumatic situations such as the death of a loved one, especially by suicide, it is not uncommon for people to blame themselves for the event. It is well-known that victims of sexual assault in particular often feel responsible for not having done enough to prevent the attack.

Furthermore, as the Court of Appeal noted in its reasons, there is no evidence that the medical record contained any prior inconsistent statements relevant to the complainant's testimony on the issue of consent. The trial judge, who heard all of the evidence and read all of the medical records, was unable to find any relevance to the proposed cross-examination and accordingly refused to permit the cross-examination. Nor does the appellant

sexuelle et que le législateur s'est efforcé de prévenir, en modifiant les dispositions régissant l'agression sexuelle.

En ce qui concerne le contre-interrogatoire projeté, l'appelant a fait valoir devant notre Cour que la note du 9 juillet figurant aux dossiers de la plaignante, et portant qu'elle craignait que son comportement ait pu influencer celui de l'appelant, était pertinente quant aux moyens de défense de consentement et de la croyance erronée au consentement. Il a également soutenu que les remarques concernant les relations turbulentes que la plaignante entretenait avec ses parents étaient pertinentes en ce qui concerne la thèse de la défense voulant qu'elle ait fabriqué les allégations d'agression pour éviter une confrontation avec eux au sujet de la nuit entière passée à l'extérieur.

En ce qui a trait à la note du 9 juillet, je ne puis voir en quoi cette déclaration, faite quatre mois et demi après l'incident, pourrait avoir quelque pertinence quant à la question du consentement au moment de l'incident ou à celle de la croyance erronée de l'appelant à cet égard. Les réflexions de la plaignante sur la façon dont la situation aurait pu être évitée, même en présumant de leur justesse, ne peuvent avoir aucune valeur probante quant à la question de savoir s'il y a eu ou non consentement à l'agression ou croyance erronée au consentement de la part de l'appelant. Quoi qu'il en soit, de telles déclarations n'ont rien d'étonnant; en pareil cas, comme dans d'autres situations traumatiques telle la mort d'un être cher, notamment par suicide, il n'est pas rare de ressentir un sentiment de culpabilité. Il est bien connu que les victimes d'agression sexuelle tout particulièrement se sentent souvent responsables de ne pas avoir tout fait pour prévenir l'attaque.

En outre, ainsi que l'a souligné la Cour d'appel dans ses motifs, rien dans la preuve n'indique que les dossiers médicaux contenaient des déclarations antérieures incompatibles pertinentes quant au témoignage de la plaignante sur la question du consentement. Le juge du procès, qui a entendu l'ensemble de la preuve et lu tous les dossiers médicaux, n'a pu voir aucune pertinence au contre-interrogatoire projeté et il a, en conséquence,

allege that the records contain prior inconsistent statements. In my opinion, the appellant clearly has not established that he has been prevented from making full answer and defence by the trial judge's ruling that he may not cross-examine the complainant on her psychiatric records.

On the issue of consent, the jury already had the benefit of the complainant's direct testimony as to the events themselves and the absence of the complainant's consent. She was cross-examined extensively on this issue. In addition, the appellant also testified as to his "expectations" about what would happen. Therefore, there was no need to resort to second hand reports in the medical records and no reason to believe that anything would be gained by questioning her further on this point, particularly as the appellant would have been bound by her answers on this collateral issue.

As to the issue of the accused's honest but mistaken belief in consent, the complainant's thoughts about the assault after the fact are completely irrelevant. The defence of mistaken belief in consent, as opposed to the defence of consent, normally only arises where the complainant and the accused tell essentially the same story about what occurred but differ in their interpretations as to whether the activity in question amounted to consent (see *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1976] A.C. 182 (H.L.), and *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120). In the present case, any mistake of perception or interpretation that might have existed was a matter located solely in the mind of the appellant; nothing in the subsequent comments of the complainant could add to, detract from, or have any relevance to presence or absence of that belief at the time.

The material in the medical records concerning the complainant's relationship with her parents is also completely irrelevant to the issue of whether she was assaulted. Thus, any cross-examination in this area would be impermissible. But, in any

refusé de l'autoriser. L'appellant n'allègue pas non plus l'existence dans ces dossiers de déclarations antérieures incompatibles. À mon avis, l'appellant n'a manifestement pas établi que la décision du juge du procès de lui refuser l'autorisation de contre-interroger la plaignante au sujet de ses dossiers psychiatriques l'a empêché de présenter une défense pleine et entière.

Sur la question du consentement, le jury disposait déjà du témoignage direct de la plaignante sur les événements eux-mêmes et son absence de consentement. Elle a subi à ce sujet un contre-interrogatoire serré. De plus, l'appellant a également témoigné à propos de ses [TRADUCTION] «attentes» quant au déroulement des événements. Il n'y avait donc nul besoin de recourir à des éléments dérivés des dossiers médicaux et nulle raison de croire que d'autres questions pouvaient éclairer ce point, compte tenu en particulier du fait que l'appellant aurait été lié par les réponses de la plaignante sur cette question incidente.

Quant à la question de la croyance sincère mais erronée de l'accusé au consentement, les pensées qu'a pu avoir après le fait la plaignante au sujet de l'agression sont dépourvues de toute pertinence. Par opposition à la défense de consentement, la défense de croyance erronée au consentement n'est normalement soulevée que lorsque la plaignante et l'accusé racontent essentiellement la même version mais que leur interprétation diverge quant à savoir si l'activité en cause équivalait à un consentement (voir *Director of Public Prosecutions c. Morgan*, [1976] A.C. 182 (H.L.), et *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120). Dans la présente affaire, toute erreur de perception ou d'interprétation existait uniquement dans la tête de l'appellant; rien dans les commentaires subséquents de la plaignante ne saurait donc ajouter ou retrancher quelque élément ou avoir quelque pertinence quant à la présence ou à l'absence de cette croyance à l'époque.

Les informations contenues dans les dossiers médicaux au sujet des relations de la plaignante avec ses parents n'ont également aucune pertinence quant à la question de savoir si elle a été agressée. Par conséquent, tout contre-interrogatoire



event, the jury was already aware of the complainant's difficulties with her parents and the theory of the defence that she invented the story of the assault to avoid repercussions with her parents. Again, there is no evidence that further cross-examination on this issue would have had any effect on the outcome of the trial.

In summary, important as cross-examination is, and I agree with Cory J. on this, I cannot agree that the appellant was denied the opportunity to make full answer and defence because he was unable to cross-examine the complainant on her medical record. There is nothing to suggest that the material in the records for this proposed cross-examination was anything other than irrelevant to the issue of her consent to the assault. Moreover, it is obvious that it would have been highly prejudicial and that its purpose was to attack the credibility of the complainant in a general way by putting before the jury every difficulty in her personal life in the hope that they would then draw negative inferences about her character and credibility. Cross-examination for this purpose is clearly impermissible; furthermore, it could only have prejudiced the trial by distracting the jury from the narrow issue of consent to the assault on that particular event.

### Disposition

In the result, I find that s. 265(4) of the *Criminal Code* is constitutional and, like McLachlin J., I would dismiss the appeal.

The reasons of La Forest, Gonthier and McLachlin JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — This appeal raises two issues — the question of what must be established before the judge may put the defence of honest but mistaken belief to the jury in a case of sexual assault and the question of when cross-examination on sensitive medical records should be allowed in such a case. Both are issues of great

sur ce point serait inadmissible. À tout événement, le jury était déjà au courant des difficultés qu'avait la plaignante avec ses parents et de la thèse de la défense voulant qu'elle ait inventé l'histoire de l'assaut pour éviter leurs reproches. Encore là, rien ne prouve qu'un contre-interrogatoire additionnel sur cette question aurait influé de quelque façon sur l'issue du procès.

En résumé, aussi important que soit le contre-interrogatoire et, sur ce point je partage l'opinion du juge Cory, je ne puis souscrire à son avis selon lequel l'appelant a été privé de la possibilité de présenter une défense pleine et entière parce qu'il n'a pu contre-interroger la plaignante au sujet de ses dossiers médicaux. Rien ne laisse croire que les informations que renfermaient ces dossiers aux fins du contre-interrogatoire projeté aient pu avoir quelque pertinence quant à la question du consentement à l'agression. De plus, il est évident que ce contre-interrogatoire aurait été fortement préjudiciable et qu'il visait à contester la crédibilité générale de la plaignante en soumettant aux jurés toutes les difficultés auxquelles elle s'était heurtée dans sa vie personnelle, dans l'espoir qu'ils en tireraient des conclusions négatives sur sa moralité et sa crédibilité. Un contre-interrogatoire mené à cette fin est manifestement inadmissible; de plus, il n'aurait pu que nuire au procès en détournant l'attention du jury de la question précise du consentement à l'agression lors de cet incident particulier.

### Dispositif

En définitive, je conclus à la constitutionnalité du par. 265(4) du *Code criminel* et, comme Madame le juge McLachlin, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs des juges La Forest, Gonthier et McLachlin rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Le présent pourvoi soulève deux questions — celle des éléments qu'il faut établir dans une affaire d'agression sexuelle pour que le juge puisse soumettre au jury le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée au consentement, et celle de savoir dans quels cas il convient dans ce genre d'affaire

importance, not only to the proper development of the criminal law, but also to the proper prosecution of one of the most serious maladies that afflicts our society, sexual assault.

While I agree with much of what my colleagues Cory J. and L'Heureux-Dubé J. say, I take a somewhat different approach to each of the two issues raised on this appeal. In the end, I would dismiss this appeal substantially for the reasons given by the Court of Appeal of British Columbia.

The facts have been detailed by my colleagues. On some things, the evidence is uncontradicted. There is no dispute that the two accused, Osolin and McCallum, went to the complainant's trailer and entered her bedroom after having been told she was "easy". There is no dispute that their intention was to have sexual intercourse with her. There is no dispute that Smith, the man she was with, was driven away. There is no dispute that Osolin carried the complainant out of the trailer and that she was protesting as he did so. There is no dispute that she was driven 40 miles to a remote cabin, where McCallum, the driver, left Osolin and the complainant. There is no dispute that Osolin tied the complainant up, spread-eagled on the bed, and then had sexual intercourse with her. There is no dispute that the complainant was found crying and hysterical on the highway at 3:30 a.m. in the morning, nor that she told the police that she had been raped. There is no dispute that her hysteria continued, and that she was taken to hospital. Finally, there is no dispute that her physical condition, including a bruised wrist and bruising and discoloration to the pubic area, was more consistent with resistance and rape than with consensual intercourse. Additionally, the complainant's version of the struggle was confirmed by the discovery of her underpants about 20 feet from the trailer, where she said they had been torn off her after she was placed in the back seat of the car that took her to the remote cabin. The appellant admitted that the complainant made some protests over the course of

de permettre le contre-interrogatoire sur des dossiers médicaux délicats. Ces deux questions revêtent une grande importance, non seulement quant à l'évolution régulière du droit criminel mais également en ce qui touche la répression nécessaire de l'un des maux les plus graves qui affligent notre société, l'agression sexuelle.

Bien que je souscrive en bonne partie aux motifs de mes collègues les juges Cory et L'Heureux-Dubé, j'aborde de façon quelque peu différente chacune des deux questions soulevées dans ce pourvoi. En définitive, je rejetterais le pourvoi pour essentiellement les mêmes motifs que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

Les faits ont été analysés en détail par mes collègues. Sur certains points, la preuve n'est pas contestée. Il n'est pas contesté que les deux accusés, Osolin et McCallum, se sont rendus dans la roulotte de la plaignante et sont entrés dans sa chambre après s'être fait dire qu'elle était [TRADUCTION] «facile». Il n'est pas contesté que leur intention était d'avoir avec elle des rapports sexuels. Il n'est pas contesté que Smith, l'homme avec qui elle était, a été expulsé. Il n'est pas contesté qu'Osolin a porté la plaignante à l'extérieur de la roulotte, malgré ses protestations. Il n'est pas contesté qu'elle a été conduite à 40 milles de là dans un chalet isolé où McCallum, le conducteur, a laissé Osolin et la plaignante. Il n'est pas contesté qu'Osolin l'a alors attachée bras et jambes écartés sur le lit et qu'il a eu des rapports sexuels avec elle. Il n'est pas contesté que la plaignante a été retrouvée en pleurs et hystérique sur la route à 3 h 30 du matin, et qu'elle a dit au policier qu'elle avait été violée. Il n'est pas contesté que sa crise d'hystérie s'est poursuivie et qu'elle a été conduite à l'hôpital. Enfin, il n'est pas contesté que son état physique, notamment les meurtrissures au poignet et les meurtrissures et la décoloration dans la région pubienne, correspondait davantage à la résistance et au viol qu'à des rapports consensuels. De plus, la lutte dont la plaignante a fait état a été confirmée par la découverte de sa culotte à une vingtaine de pieds de la roulotte où, selon son témoignage, on la lui avait déchirée après l'avoir déposée sur le siège arrière de la voiture qui a servi

the evening (C.O.A., at p. 471), that he overrode her complaints about her nakedness (C.O.A., at p. 497) and that he tends to adopt the attitude that "no" means "yes" until there is a clear indication of no consent (C.O.A., at p. 509).

On the issue of consent, the complainant's and Osolin's stories diverged entirely. The complainant maintained that she never consented to the abduction, and resisted as best she could throughout the long ordeal. Osolin, on the other hand, maintains that she was a willing participant in the night's events.

Osolin was charged with sexual assault and kidnapping. McCallum was charged with kidnapping. Osolin's defence, as revealed by his evidence, McCallum's evidence, and the nature of the cross-examination of the complainant, was that the complainant had consented. The theory of the defence was that the complainant had in fact consented to the sexual abduction and acts, and had fabricated the story that she had not consented after the fact to avoid confrontation with her parents. Osolin did not specifically deny that he had forcibly confined the complainant by taking her out of the trailer or having her driven to the cabin. He testified, however, that she seemed to be going along with things, albeit passively, and said in cross-examination that he had no doubt that everything that took place in the cabin took place by consent (C.O.A., at p. 458). The burden of his evidence was that the complainant had in fact consented; he never addressed the question of whether he might merely have had an honest belief in her consent, even though she did not consent.

The trial judge, while leaving it open to the jury to find that the complainant had consented, refused to leave with them the defence that Osolin had an honest but mistaken belief that she had consented, on the ground that the evidence did not give that defence an "air of reality" as required by the law. The jury convicted him of kidnapping and sexual assault and he was sentenced to six years in prison.

à la conduire au chalet isolé. L'appelant a admis que la plaignante avait émis quelques protestations au cours de la soirée (dossier, à la p. 471), qu'il n'avait pas tenu compte de ses plaintes à propos de sa nudité (dossier, à la p. 497) et qu'il a tendance à agir comme si «non» veut dire «oui» tant qu'il n'est pas tout à fait clair qu'il n'y a pas consentement (dossier, à la p. 509).

Sur la question du consentement, il y a divergence totale entre la version de la plaignante et celle d'Osolin. La plaignante a affirmé n'avoir jamais consenti à l'enlèvement et avoir résisté du mieux qu'elle pouvait tout le temps que l'épreuve a duré. De son côté, Osolin soutient qu'elle a été une participante consentante aux incidents de la nuit.

Osolin a été accusé d'agression sexuelle et d'enlèvement. McCallum a quant à lui été accusé d'enlèvement. La défense d'Osolin, tel qu'il appert de son témoignage, de celui de McCallum et de la nature du contre-interrogatoire de la plaignante, reposait sur le consentement allégué de la plaignante. Selon la thèse de la défense, la plaignante avait de fait consenti à l'enlèvement et aux actes sexuels pour ensuite inventer l'histoire de l'absence de consentement pour éviter un affrontement avec ses parents. Osolin n'a pas expressément nié l'avoir séquestrée en la tirant de la roulotte et en l'amenant en voiture au chalet. Il a cependant déclaré dans son témoignage qu'elle semblait accepter ce qui se passait, bien que passivement; en contre-interrogatoire, il a dit n'avoir aucun doute qu'elle a consenti à tout ce qui s'est passé dans le chalet (dossier, à la p. 458). L'essentiel de sa preuve reposait donc sur le consentement, dans les faits, de la plaignante; il n'a jamais évoqué la possibilité qu'il ait simplement cru sincèrement à son consentement bien qu'elle n'ait pas consenti.

Tout en laissant au jury le soin de déterminer s'il y avait eu consentement de la plaignante, le juge du procès a refusé de lui soumettre le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée d'Osolin à ce sujet, pour le motif que ce moyen n'avait, d'après la preuve, aucune «vraisemblance» comme l'exige la loi. Le jury l'a déclaré coupable d'enlèvement et d'agression sexuelle, et il a été

The British Columbia Court of Appeal sustained the conviction: (1991), 7 B.C.A.C. 181, 15 W.A.C. 181, 10 C.R. (4th) 159. Osolin now appeals to this Court.

### Analysis

#### *Restriction of Cross-examination*

The complainant spent time in psychiatric care before and after the events at issue on the trial. Osolin's counsel sought and was granted production of her medical records for the purpose of permitting an expert to consider the complainant's competence to testify under oath. The validity of the order for production is not in issue on these proceedings.

Osolin's counsel sought leave to cross-examine the complainant on these records, and in particular on an entry to the effect that the complainant, subsequent to the events in issue, had expressed concern to her doctor "that her attitude and behaviour may have influenced the man to some extent" and that she was "having second thoughts about the entire case". Osolin's counsel told the judge that the purpose of the cross-examination was to show "what kind of person the complainant is".

I agree with my colleague Cory J.'s review of the principles governing the decision of the trial judge whether to permit cross-examination on matters such as this. I also agree with the emphasis my colleague L'Heureux-Dubé J. places both on the discretionary nature of the judge's decision where the evidence relates to the prior sexual conduct of the complainant, and on the caution which a court must exercise in permitting examination on matters like the complainant's background, which may have little or no relevance to the actual issues and at the same time may unduly prejudice her reputation and privacy. Moreover, as pointed out by my colleague L'Heureux-Dubé J., there may be special dangers associated with the use of psychiatric evidence in cross-examination. The rule is clear.

condamné à une peine de six ans d'emprisonnement. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a maintenu la déclaration de culpabilité: (1991), 7 B.C.A.C. 181, 15 W.A.C. 181, 10 C.R. (4th) 159.

<sup>a</sup> Osolin se pourvoit maintenant devant notre Cour.

### Analyse

#### *Les restrictions au contre-interrogatoire*

Avant et après les événements en cause au procès, la plaignante a reçu des soins psychiatriques. L'avocat d'Osolin a demandé et obtenu la communication des dossiers médicaux de celle-ci aux fins de permettre à un expert d'examiner son habilité à témoigner sous serment. La validité de l'ordonnance de production n'est pas en cause dans la présente instance.

<sup>b</sup> L'avocat d'Osolin a demandé l'autorisation de contre-interroger la plaignante au sujet de ces dossiers et, en particulier, au sujet de la note faisant état des craintes qu'elle avait exprimées à son médecin après les événements en cause, savoir [TRADUCTION] «que son attitude et son comportement aient pu influencer l'homme jusqu'à un certain degré». La note précisait qu'elle commençait [TRADUCTION] «à avoir des doutes quant à toute l'affaire». L'avocat d'Osolin a expliqué au juge que le contre-interrogatoire avait pour but de montrer [TRADUCTION] «le genre de personne qu'est la plaignante».

<sup>c</sup> Je souscris à l'analyse de mon collègue le juge Cory en ce qui concerne les principes régissant la décision du juge du procès d'autoriser ou non un contre-interrogatoire en pareil cas. Je suis également d'accord avec l'accent que ma collègue le juge L'Heureux-Dubé a mis sur le caractère discrétionnaire de la décision du juge lorsque la preuve se rapporte au comportement sexuel antérieur de la plaignante et sur la prudence dont le tribunal doit faire montre en permettant qu'elle soit interrogée sur des questions tels ses antécédents, dont la pertinence quant aux points réels en litige peut être faible sinon inexistante tout en portant indûment atteinte à sa réputation et à sa vie privée. De plus, comme l'a souligné le juge L'Heureux-Dubé, l'utilisation de la preuve psychiatrique en contre-inter-

Before cross-examination can be allowed on a complainant's prior sexual conduct, the defence must demonstrate that the cross-examination possesses "a degree of relevance which outweighs the damages and disadvantages presented by the admission of such evidence": *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 634.

This then was the task of the trial judge. Faced with the application for cross-examination, he had to determine whether the defence had demonstrated a potential relevance to the cross-examination capable of outweighing the damage and invasion of privacy it might cause to the complainant. To be satisfied that the threshold of relevance is met, the trial judge, as I said in *Seaboyer* (at p. 634), "must ensure that evidence is tendered for a legitimate purpose, and that it logically supports a defence". I specifically added: "The fishing expeditions which unfortunately did occur in the past should not be permitted." (Emphasis added.)

In order to meet this test, the accused must demonstrate that the cross-examination is directed at a "legitimate purpose", at a specific defence. Here counsel for the accused failed to do this. The only purpose he gave for wanting to cross-examine on the medical record was to show "what kind of person the complainant is". As Cory J. states, this is the very sort of improper purpose for which evidence cannot be adduced under the principles which this Court adopted in *Seaboyer*, and that without something more, "the trial judge was correct in refusing to permit cross-examination for that purpose" (p. 673).

The question then is whether this "something more" was shown in this case. Counsel for Osolin did not offer anything more; his only purpose on the record was to discredit the complainant's character.

But it is argued that counsel's failure to adduce a relevant reason for the cross-examination does

rogatoire peut présenter des dangers particuliers. La règle est claire. Pour être autorisée à contre-interroger la plaignante au sujet de son comportement sexuel antérieur, la défense doit établir que le contre-interrogatoire possède «un degré de pertinence qui l'emporte sur les préjudices et les inconvénients qui résulteraient de l'admission de cette preuve»: *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 634.

Telle était donc la tâche du juge du procès. Étant donné la demande de contre-interrogatoire qui lui était présentée, il devait déterminer si la défense avait établi que ce contre-interrogatoire avait une pertinence telle qu'elle était susceptible de l'emporter sur le préjudice causé à la plaignante et sur l'atteinte à sa vie privée. Pour pouvoir conclure au respect du critère préliminaire de la pertinence, le juge du procès, comme je l'ai dit dans l'arrêt *Seaboyer*, à la p. 634, «doit s'assurer que la preuve est présentée à une fin légitime et qu'elle appuie logiquement un moyen de défense». À quoi j'ai ajouté expressément: «Les recherches à l'aveuglette qui ont malheureusement sévi dans le passé ne doivent plus être autorisées.» (Je souligne.)

Pour que ce critère soit respecté, l'accusé doit démontrer que le contre-interrogatoire vise une «fin légitime», un moyen de défense particulier. En l'espèce, l'avocat de l'accusé n'a pas fait cette preuve. Tout ce qu'il a fait valoir, c'est qu'il voulait ainsi montrer «le genre de personne qu'est la plaignante». Comme le dit le juge Cory, c'est le type même de fin indue pour laquelle des éléments de preuve ne peuvent pas être produits suivant les principes énoncés par notre Cour dans l'arrêt *Seaboyer*, et en l'absence d'autre précision, «le juge du procès a eu raison de refuser d'autoriser la tenue d'un contre-interrogatoire à cette fin» (p. 673).

La question est donc de savoir si cette «autre précision» a été apportée en l'espèce. Or, l'avocat d'Osolin n'a fait valoir aucun autre motif, son seul but étant, d'après le dossier, de discréditer la réputation de la plaignante.

On allègue toutefois que le défaut de l'avocat de justifier la pertinence du contre-interrogatoire ne

not end the inquiry imposed on the trial judge. It is suggested that the judge has an independent duty to examine the material available for cross-examination and to ensure that any relevant avenues for impeachment of the complainant which counsel for the accused may have overlooked are explored. It is further said that the trial judge failed to discharge this duty. He should, it is suggested, have insisted that cross-examination take place on the notation in question, not with a view to what it might show about the complainant's character, but rather for the purpose of showing that the complainant might have had a motive to falsely allege that she was the victim of a sexual assault, as well as on the question of whether she did anything which might have led Osolin to believe that she was consenting to his sexual advances. Accordingly, it is argued, there must be a new trial.

The Court of Appeal rejected this submission. Southin J.A., for the court, held that the failure of counsel to raise a valid reason for the cross-examination was fatal to this ground of appeal. My colleague Cory J., on the other hand, accepts this submission. Respectfully, I find myself in Southin J.A.'s camp.

My colleague Cory J. (at p. 673) states that "quite apart from the submissions of the defence counsel, it is the duty of the trial judge to ensure that the accused's rights with regard to cross-examination, which are so essential to the defence, are protected". This statement seems to me to pose two difficulties.

The first difficulty is the implication that, contrary to the rule set out in *Seaboyer*, the onus will no longer lie solely upon the accused to establish a legitimate purpose for the cross-examination. Instead, where defence counsel fails to demonstrate a legitimate purpose, the onus may now shift to the trial judge to determine independently whether there are any potential grounds for a legitimate cross-examination.

met pas fin à la tâche d'investigation incombant au juge du procès. Ce dernier, dit-on, a l'obligation distincte d'examiner les éléments sur lesquels est susceptible de porter le contre-interrogatoire et de faire en sorte que soient explorées toutes les avenues pouvant conduire au reproche de la plaignante et que l'avocat de l'accusé a pu négliger. On ajoute que le juge du procès ne s'est pas acquitté de cette obligation. Il aurait dû, soutient-on, insister pour qu'un contre-interrogatoire soit tenu sur la note en cause, non pas en vue d'en tirer des révélations sur la moralité de la plaignante mais plutôt aux fins d'établir que celle-ci aurait pu avoir des raisons d'alléguer faussement avoir été victime d'une agression sexuelle, ainsi que sur la question de savoir si elle a fait quoi que ce soit qui aurait pu porter Osolin à croire qu'elle consentait à ses avances sexuelles. Conséquemment, estime-t-on, un nouveau procès s'impose.

La Cour d'appel a rejeté cette thèse. Au nom de la cour, le juge Southin a conclu que l'absence de motif valide à l'appui de la demande de contre-interrogatoire était fatale à ce moyen d'appel. En revanche, mon collègue le juge Cory a accepté cette argumentation. Avec égards, je me range à l'avis du juge Southin.

Mon collègue le juge Cory dit (à la p. 673) qu'«indépendamment des prétentions avancées par l'avocat de la défense, il incombe au juge du procès de s'assurer que les droits de l'accusé en matière de contre-interrogatoire, qui sont si essentiels à la défense, sont protégés». Cet énoncé me semble susciter deux difficultés.

La première est que, contrairement à la règle formulée dans l'arrêt *Seaboyer*, il n'appartiendrait plus alors uniquement à l'accusé d'établir la légitimité de la fin visée par le contre-interrogatoire. Au contraire, dans le cas où l'avocat de la défense ne réussirait pas à établir cette légitimité, la charge se déplacerait et c'est au juge du procès qu'il incomberait de déterminer de façon indépendante s'il y a potentiellement matière à contre-interrogatoire légitime.

The second difficulty lies in what would follow upon a judicial determination that potential grounds for legitimate cross-examination remain to be explored. Cory J. (at p. 673) says in such circumstances it is “appropriate to permit cross-examination”. (Emphasis added.) But it is not a matter of permitting, since counsel has not requested the cross-examination for the legitimate purpose. In a case like this, where counsel has not requested permission to cross-examine on the matters which are legitimate, two options would seem to be open to the judge if he or she is to discharge his or her duty “to ensure that the accused’s rights with regard to cross-examination, which are so essential to the defence, are protected”. First, the judge could direct counsel to cross-examine on the untouched matter for the proper purpose. (It would seem insufficient to merely suggest such cross-examination, since if counsel declined, that would not ensure that the accused’s rights are protected.) Second, the trial judge could himself undertake the omitted cross-examination. Both alternatives are fraught with difficulty. On the first, the trial judge usurps the right of counsel (and impliedly the accused) to conduct the case as they see fit. On the second, the trial judge finds himself drawn into the role of counsel.

It is my view that to place a duty on a trial judge to ensure that all legitimate grounds of cross-examination are explored is inconsistent with the nature of our trial process and would confuse and complicate the prosecution of criminal offences unduly. Our criminal trial system is essentially adversarial. The Crown puts forward evidence directed to showing that the accused is guilty beyond a reasonable doubt. The accused points out weaknesses in the Crown’s case and sometimes offers contrary evidence. The court, comprised of judge and jury, sits as neutral arbiter, charged with deciding, whether, at the close of all the evidence, the Crown has proven the accused guilty beyond a reasonable doubt.

La seconde difficulté a trait aux conséquences qui résulteraient de la décision du juge portant qu’il y a encore potentiellement matière à contre-interrogatoire légitime. Le jury Cory dit (à la p. 673) que, dans les circonstances, le juge du procès «aurait dû autoriser le contre-interrogatoire». (Je souligne.) Or il ne s’agit pas d’autoriser le contre-interrogatoire puisque l’avocat ne l’a pas demandé pour une fin légitime. Dans un cas comme celui-ci où l’avocat n’a pas demandé l’autorisation de contre-interroger sur des sujets qu’il peut légitimement aborder, le juge qui veut s’acquitter de son obligation «de s’assurer que les droits de l’accusé en matière de contre-interrogatoire, qui sont si essentiels à la défense, sont protégés» aurait, semble-t-il, deux options à sa disposition. En premier lieu, il pourrait ordonner à l’avocat de procéder à un contre-interrogatoire, à des fins légitimes, sur les sujets qui n’ont pas été abordés. (Il serait insuffisant de simplement suggérer la tenue de ce contre-interrogatoire puisque, advenant le refus de l’avocat, la protection des droits de l’accusé ne serait pas assurée.) En second lieu, il pourrait entreprendre lui-même le contre-interrogatoire omis. Or, les deux perspectives présentent des difficultés. Dans le premier cas, le juge du procès usurpe le droit de l’avocat (et implicitement celui de l’accusé) de présenter sa preuve comme il l’entend. Dans le second, il assume lui-même le rôle de l’avocat.

À mon sens, imposer au juge du procès l’obligation de voir à ce que toutes les avenues légitimes de contre-interrogatoire soient explorées est incompatible avec la nature même du processus judiciaire et ne ferait qu’embrouiller et compliquer indûment la poursuite des infractions criminelles. Notre système pénal est de type essentiellement contradictoire. Le ministère public présente des éléments de preuve visant à établir la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable. L’accusé fait ressortir les faiblesses de la preuve du ministère public et présente parfois une contre-preuve. Le tribunal, composé d’un juge et d’un jury, siège à titre d’arbitre neutre chargé de décider si, après présentation de tous les éléments de preuve, le ministère public a prouvé la culpabilité de l’accusé hors de tout doute raisonnable.

The dangers of the judge abandoning the traditional role of neutral adjudicator have often been confirmed. The general rule has emerged that while judges may ask questions of clarification and amplification, they need not, indeed should not, take the case out of the hands of competent counsel and into their own hands: *Boran v. Wenger*, [1942] O.W.N. 185 (C.A.); *R. v. Ignat* (1965), 53 W.W.R. 248 (Man. C.A.); *Majcenic v. Natale*, [1968] 1 O.R. 189 (C.A.); and *Jones v. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.). Indeed, trial judges have been criticized and verdicts overturned precisely because judges have entered the arena and subjected the accused to their own cross-examination: *Brouillard v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39; *R. v. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186 (Ont. C.A.); *R. v. Valley* (1986), 26 C.C.C. (3d) 207 (Ont. C.A.), leave to appeal to Supreme Court of Canada refused, [1986] 1 S.C.R. xiii.

A number of considerations support this view of the proper role of the trial judge. First, the judge must not only be impartial; he or she must appear to be impartial; *R. v. Sussex Justices; Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, at p. 259. A judge who takes up the role of counsel, whether for the Crown or for the defence, risks giving the appearance of partiality and courts the danger of psychological identification with the successful answers he or she elicits.

A second risk is that judicial intervention may harm the case for the defence. Defence counsel may have good reason for leaving untouched an area of cross-examination which may seem to be a fertile ground for exploration to a trial judge who lacks the opportunities available to counsel of exploring and considering the implications of raising the issue. In *Yuill v. Yuill*, [1945] 1 All E.R. 183 (C.A.), cited with approval in *Brouillard*, *supra*, Lord Greene M.R. explained, at p. 185 that: "It must always be borne in mind that the judge does not know what is in counsel's brief and has

On a souvent souligné le danger de voir les juges abandonner leur rôle traditionnel d'arbitre neutre. Il s'est dégagé à cet égard la règle générale voulant que, si les juges peuvent poser des questions à des fins de clarification et d'explicitation, ils ne sont pas pour autant obligés de se substituer aux avocats compétents, et devraient de fait s'en abstenir: *Boran c. Wenger*, [1942] O.W.N. 185 (C.A.); *R. c. Ignat* (1965), 53 W.W.R. 248 (C.A. Man.); *Majcenic c. Natale*, [1968] 1 O.R. 189 (C.A.), et *Jones c. National Coal Board*, [1957] 2 All E.R. 155 (C.A.). D'ailleurs, des juges présidant des procès ont été critiqués et des verdicts ont été infirmés précisément parce que les juges étaient montés dans l'arène pour soumettre l'accusé à leur propre contre-interrogatoire: *Brouillard c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39; *R. c. Turlon* (1989), 49 C.C.C. (3d) 186 (C.A. Ont.); *R. c. Valley* (1986), 26 C.C.C. (3d) 207 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi à la Cour suprême du Canada refusée, [1986] 1 R.C.S. xiii.

Cette conception du juste rôle du juge du procès repose sur un certain nombre de considérations. D'abord, le juge ne doit pas seulement être impartial; il doit donner l'apparence d'impartialité; *R. c. Sussex Justices; Ex parte McCarthy*, [1924] 1 K.B. 256, à la p. 259. Le juge qui usurpe le rôle de l'avocat, qu'il s'agisse de l'avocat du ministère public ou de celui de la défense, risque de donner une apparence de partialité et s'expose au danger d'une identification psychologique aux réponses qu'il aura réussi à obtenir.

L'intervention judiciaire comporte un second risque, celui d'être préjudiciable à la défense. L'avocat de la défense peut avoir de bonnes raisons de ne pas s'engager, en contre-interrogatoire, sur un terrain qui peut sembler fertile au juge qui n'a pas, comme lui, la possibilité d'évaluer les conséquences d'aborder la question. Dans l'arrêt *Yuill c. Yuill*, [1945] 1 All E.R. 183 (C.A.), cité et approuvé dans *Brouillard*, précité, lord Greene, maître des rôles, explique, à la p. 185, qu'«[o]n ne doit jamais perdre de vue que le juge ignore la teneur du mémoire de l'avocat et n'a



not the same facilities as counsel for an effective examination-in-chief or cross-examination”.

Finally, it is questionable whether the efficient conduct of trials supports mandatory judicial intervention on cross-examination where counsel fails to explore potential areas of cross-examination. The trial judge already bears the heavy burden of running the trial in a fair and expeditious manner and listening to and evaluating the evidence. In a jury trial, he or she assumes the additional burden of ensuring that the jury is properly instructed. To add to this the duty to review potential areas of cross-examination which counsel has left untouched would place upon the trial judge yet another task, that of counsel — counsel, moreover, for both parties. The task might be time-consuming, as the present case illustrates. The medical records filed in the case at bar consisted of approximately 100 pages of reports. If the appellant is correct, the trial judge must examine all of these pages to see whether there may be some entry which might be a ground for cross-examination supportive of the defence. Presumably, in fairness, the judge would be obliged to do the same with respect to the Crown’s case. Bearing these implications in mind, it seems to me that the only fair and practical rule is to leave it to counsel to choose the cross-examination upon which they will embark. The judge may ask questions by way of clarification and amplification. But he or she is not to be faulted for having failed to insist upon the cross-examination of an area which counsel has chosen to leave fallow.

My colleague Cory J. suggests that a court of appeal confronted by an unexplored avenue of cross-examination which might have led to a reasonable doubt as to guilt should direct a new trial to avoid a miscarriage of justice. Accepting for the purposes of this point that a court of appeal is bound to direct a new trial where it appears that counsel has chosen not to canvas a crucial point in cross-examination which might lead to a miscarriage of justice, I do not see this as such a case. It was argued that cross-examination on the notation

pas les mêmes possibilités que l’avocat de mener un interrogatoire principal ou un contre-interrogatoire efficaces».

Enfin, il est douteux que le déroulement efficace des procès requiert que le juge intervienne en contre-interrogatoire lorsque l’avocat a omis d’explorer certaines avenues. Le juge qui préside l’instance assume déjà la lourde tâche de veiller à ce que le procès se déroule dans l’équité et la célérité, d’écouter la preuve et d’en faire l’appréciation. Dans un procès avec jury, il assume en outre la tâche de voir à ce que ce dernier reçoive les directives appropriées. Ajouter à cela le devoir de passer en revue les avenues possibles de contre-interrogatoire que l’avocat a laissé intacts serait lui imposer une autre tâche, celle de l’avocat — des deux parties au surplus. Cette tâche pourrait demander un temps considérable, comme en témoigne la présente affaire. Les dossiers médicaux produits en l’espèce consistent en une centaine de pages de rapports. Si l’appelant a raison, le juge du procès doit examiner toutes ces pages pour voir s’il n’y aurait pas quelque note sur laquelle la défense pourrait asseoir un contre-interrogatoire. On peut présumer qu’en toute équité le juge serait obligé d’agir de même à l’égard de la preuve du ministère public. Cela étant, il me semble que la seule règle équitable et pratique est de laisser aux avocats le choix du type de contre-interrogatoire dans lequel ils désirent s’engager. Le juge peut poser des questions à des fins de clarification et d’explicitation. Mais on ne saurait lui reprocher de ne pas avoir insisté pour que soit abordée en contre-interrogatoire une avenue que l’avocat a choisi de laisser en friche.

Mon collègue le juge Cory a laissé entendre que, devant la possibilité qu’une avenue inexplorée de contre-interrogatoire ait pu soulever un doute raisonnable quant à la culpabilité, le tribunal d’appel devrait ordonner la tenue d’un nouveau procès afin d’éviter une erreur judiciaire. En présumant, aux fins de la présente analyse, qu’un tribunal d’appel est tenu d’ordonner un nouveau procès lorsqu’il appert que l’avocat a choisi, en contre-interrogatoire, de ne pas fouiller un point crucial qui peut entraîner une erreur judiciaire, je ne crois pas que

in question might have led to an admission by the complainant that she fabricated the story of sexual assault to avoid confrontation with her parents. I agree with Southin J.A. in the Court of Appeal that to the extent that the evidence elicited might have had some slight evidentiary value with respect to the defence's theory that she had fabricated the story to avoid confrontation with her parents, no substantial wrong or miscarriage of justice can be said to have occurred. There was ample evidence before the jury of the difficult relationship that existed between the complainant and her parents and their disapproval of some of her conduct.

Before us, it was argued that cross-examination might also have supported the alternative theory that the accused honestly but mistakenly believed the complainant consented. There is a question, as my colleague L'Heureux-Dubé J. points out, as to the importance of any answers that might have been elicited, given the well-documented phenomenon of victim guilt in cases such as these. In any event, it is far from clear that answers favourable to the accused on this point would have made any difference to the jury's verdict in the context of all the evidence of the case. In this connection, I note that the trial judge permitted one Bragg to be cross-examined as to what he told Osolin about the complainant's engaging in sexual activity with one Dick the day of the events at issue. He also ruled that the complainant could be cross-examined as to her sexual activity on that day. In short, there was already a great deal of negative evidence before the jury about the complainant's "attitude and behaviour" on the day in question. In these circumstances, I find it impossible to conclude that defence counsel's failure to cross-examine on these same matters entitles Osolin to a new trial.

In assessing whether the trial judge should have intervened, it must be borne in mind that this line of questioning would have contradicted the theory of the defence at trial. The defence, as characterized by Osolin's evidence and his counsel's cross-

tel soit le cas en l'espèce. On a fait valoir qu'un contre-interrogatoire sur la note en cause aurait pu amener la plaignante à avouer qu'elle avait inventé l'histoire de l'agression sexuelle pour éviter un affrontement avec ses parents. Tout comme le juge Southin de la Cour d'appel, j'estime que, dans la mesure où les éléments de preuve ainsi obtenus auraient pu avoir une faible valeur probante quant à la thèse de la défense concernant la fabrication de cette version, on ne peut conclure à un tort important ou à une erreur judiciaire grave. Le jury disposait déjà d'une preuve abondante quant aux relations difficiles existant entre la plaignante et ses parents, qui désapprouvaient certains de ses comportements.

Il a été allégué devant nous que le contre-interrogatoire aurait pu également servir à étayer la thèse subsidiaire de la croyance sincère mais erronée de l'accusé au consentement de la plaignante. On peut s'interroger, à l'instar de ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, sur la valeur des réponses qui auraient pu être obtenues, compte tenu du phénomène bien connu de la culpabilité des victimes dans ce genre d'affaires. Quoi qu'il en soit, il est loin d'être certain que des réponses favorables à l'accusé sur ce point auraient pu influencer le jury vu l'ensemble de la preuve. À ce sujet, je note que le juge du procès a permis que le dénommé Bragg soit contre-interrogé sur ce qu'il a dit à Osolin à propos des activités sexuelles de la plaignante avec le dénommé Dick le jour des événements en cause. Il a également permis que la plaignante soit contre-interrogée sur ses activités sexuelles ce jour-là. En bref, le jury disposait donc déjà d'un grand nombre d'éléments de preuve négatifs concernant «son attitude et son comportement» à ce moment. Dans les circonstances, il m'est impossible de conclure que le fait que l'avocat de la défense n'ait pas procédé à un contre-interrogatoire sur ces questions donne à Osolin le droit d'obtenir un nouveau procès.

Pour déterminer si le juge du procès aurait dû intervenir, il ne faut pas perdre de vue que les questions projetées auraient contredit la thèse soutenue par la défense au procès. Tel qu'il appert en effet du témoignage d'Osolin et du contre-interro-

examination of the complainant, was directed to showing that the complainant was a willing participant in the evening's events and had made up the story of abduction and sexual assault after the event to avoid confrontation with her parents. Questioning about whether the complainant, while not consenting, might have acted in a way which could have led Osolin to believe that she was consenting, would have contradicted the theory of the defence. This may explain why counsel may have chosen not to cross-examine on this point. He wanted to cross-examine for the purpose of showing the complainant's bad character, a purpose consistent with the theory that she had consented to Osolin's acts and was lying when she said otherwise. But he apparently did not wish to cross-examine on the contrary thesis that she had not consented, but that Osolin honestly but mistakenly believed that she had. Nor, presumably, would he have wished the trial judge to intervene to conduct an examination on that subject. To pursue this line of cross-examination would have been to put before the jury a version of events which he was urging the jury to reject.

Having chosen to conduct his case as he saw best at the time, Osolin comes to this Court and asks for a new trial so that he can explore alternative avenues which he thought it best to eschew at the time, pleading that failure to grant him this new trial will amount to a fundamental miscarriage of justice. I cannot agree. An accused is entitled to a trial, in which he may cross-examine on as many defences as he chooses. He is not entitled to a series of trials, exploring one theory on one and another on a second.

For these reasons, I would not order a new trial on the ground of denial of cross-examination.

*Honest but Mistaken Belief in Consent and the Air of Reality Test*

Different defences may be raised to a charge of sexual assault. One is that the physical acts com-

gatoire de la plaignante, la défense visait à établir que la plaignante avait été une participante consentante aux incidents de la soirée et qu'elle avait inventé, après le fait, l'histoire de l'enlèvement et de l'agression sexuelle dans l'espoir d'éviter un affrontement avec ses parents. Interroger la plaignante pour savoir si, bien qu'elle n'ait pas consenti, elle a pu agir d'une façon qui aurait laissé croire à Osolin qu'elle consentait, aurait été en contradiction avec la thèse de la défense. Cela peut expliquer pourquoi l'avocat a choisi de ne pas la contre-interroger sur ce point. Il voulait la contre-interroger dans le but d'établir sa mauvaise moralité, but qui était compatible avec la thèse voulant qu'elle ait consenti aux actes d'Osolin et qu'elle ait menti en prétendant le contraire. Selon toute apparence toutefois, l'avocat ne souhaitait pas la contre-interroger sur la thèse opposée de l'absence de consentement conjuguée à la croyance sincère mais erronée d'Osolin au consentement. On peut également présumer qu'il n'aurait pas souhaité que le juge du procès intervienne pour mener un interrogatoire à ce sujet. S'engager dans ce type de contre-interrogatoire aurait eu pour résultat de soumettre au jury une version des événements qu'il leur demandait de rejeter.

Ayant choisi de présenter sa preuve de la façon qu'il jugeait alors la meilleure, Osolin vient devant notre Cour demander un nouveau procès qui lui permettrait d'explorer des avenues qu'il croyait sage d'éviter à l'époque, en plaidant que lui refuser un tel procès équivaudrait à une erreur judiciaire fondamentale. Je ne puis être d'accord. L'accusé a droit à un procès, au cours duquel il lui est loisible de faire porter son contre-interrogatoire sur autant de moyens de défense qu'il le veut. Il n'a pas droit à une série de procès, explorant une thèse dans l'un et une deuxième dans le suivant.

Pour ces motifs, je suis d'avis de ne pas ordonner la tenue d'un nouveau procès fondé sur le refus du contre-interrogatoire.

*La croyance sincère mais erronée au consentement et le critère de la vraisemblance*

Plusieurs moyens de défense peuvent être soulevés à l'encontre d'une accusation d'agression

plained of never occurred. That defence was not raised here. Another is that while the acts occurred, the complainant consented to them. This was the theory of the defence in the case at bar. A third is that while the acts occurred and the complainant did not consent to them, the accused entertained an honest but mistaken belief that she was consenting. As such, he did not possess the necessary subjective *mens rea* or guilty mind to support a conviction.

As my colleagues point out, before any defence can be put to the jury, the evidence must provide a basis for that defence. This requirement is sometimes described by saying that there must be an "air of reality" to the defence. To put a defence to the jury where this "air of reality" is lacking on the evidence would be to risk confusing the jury and to invite verdicts not supported by the evidence.

While the rule applies generally, it has attracted special attention in the context of trials for sexual assault. This is because one of the most common defences on such trials, the defence of honest but mistaken belief, is frequently asserted in cases where there is no evidentiary foundation for it, requiring the court to advise the jury that there is no air of reality to the defence.

In order to give an "air of reality" to the defence of honest but mistaken belief, there must be: (1) evidence of lack of consent to the sexual acts; and (2) evidence that notwithstanding the actual refusal, the accused honestly but mistakenly believed that the complainant was consenting.

The evidence of lack of consent in most cases is supplied by the complainant's testimony. To prove honest but mistaken belief, on the other hand, the accused typically testifies that he honestly believed that the complainant consented. Theoretically, such a belief could be asserted in every case, even

sexuelle. On peut d'abord faire valoir que les actes physiques reprochés ne se sont jamais produits. Ce moyen de défense n'a pas été soulevé en l'espèce. Un deuxième moyen consiste à reconnaître que les actes se sont produits mais que la plaignante y a consenti. C'est la thèse que la défense a soutenue dans la présente affaire. Un troisième moyen est de faire valoir que bien que les actes se soient produits et que la plaignante n'y ait pas consenti, l'accusé croyait sincèrement mais à tort qu'elle était consentante. Il ne possédait pas, par conséquent, la *mens rea* subjective ou l'intention coupable nécessaire à une déclaration de culpabilité.

Comme mes collègues l'ont souligné, pour qu'un moyen de défense puisse être soumis au jury, il faut que ce moyen soit étayé par la preuve ou, comme on le dit parfois, qu'il soit «vraisemblable». Présenter un moyen de défense au jury lorsque cette «vraisemblance» ne ressort pas de la preuve serait risquer de semer la confusion chez les jurés et de donner ouverture à des verdicts non fondés sur la preuve.

Cette règle est certes d'application générale, mais elle suscite une attention particulière dans le contexte des procès pour agression sexuelle. En effet, l'un des moyens de défense les plus courants dans ce genre de procès, soit la défense de la croyance sincère mais erronée, est fréquemment invoqué dans des cas où ce moyen de défense ne ressort aucunement de la preuve, ce qui oblige la cour à aviser le jury de son absence de vraisemblance.

Pour que la défense de croyance sincère mais erronée acquière une «vraisemblance», il faut établir les éléments suivants: (1) la preuve de l'absence de consentement aux actes sexuels et (2) la preuve que, malgré le refus réel de la plaignante, l'accusé a cru sincèrement mais erronément qu'elle était consentante.

Dans la plupart des cas, la preuve de l'absence de consentement est fournie par le témoignage de la plaignante. Par contre, l'accusé qui veut établir sa croyance sincère mais erronée déclare habituellement en témoignage qu'il croyait sincèrement que la plaignante était consentante. En théorie,

where it is totally at odds with the evidence as to what happened. So it has been held that the bare assertion of the accused that he believed in consent is not enough to raise the defence of honest but mistaken belief; the assertion must be “supported to some degree by other evidence or circumstances”: *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, at p. 790. The support may come from the accused or from other sources; on this point I agree with Cory J.’s resolution of the confusion which existed in the earlier cases. But the support must exist. As Lord Morris of Borth-y-Gest put it, a “facile mouthing of some easy phrase of excuse” will not suffice: *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386 (H.L.), at p. 417.

It is suggested that this requirement is at variance with the general rule in criminal law that wherever there is some evidence supporting a defence, however weak, it must be left to the jury to determine the sufficiency of that evidence. Provided there is any evidence, it is suggested, it is for the jury to decide upon its sufficiency, not the judge. To hold otherwise would deprive the accused of his fundamental right to be tried by a jury.

It seems to me that this argument is met by the fact that the accused’s mere assertion of his belief is not evidence of its honesty. The requirement that the belief be honestly held is not equivalent to an objective test of what the reasonable person would have believed. But nevertheless it does require some support arising from the circumstances. A belief which is totally unsupported is not an honestly held belief. A person who honestly believes something is a person who has looked at the circumstances and has drawn an honest inference from them. Therefore, for a belief to be honest, there must be some support for it in the circumstances. The level of support need not be so great as would permit the belief to be characterized as a reasonable belief. But some support there must be. A person who commits a sexual assault without some support in the circumstances for inferring the

cette croyance pourrait être invoquée dans tous les cas, même lorsqu’elle ne correspond aucunement à la preuve sur les événements. On a donc statué que la simple affirmation que l’accusé croyait au consentement ne suffit pas à donner ouverture à la défense de croyance sincère mais erronée; cette affirmation doit en effet être «appuyé[e] dans une certaine mesure par d’autres éléments de preuve ou circonstances»: *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, à la p. 790. Cet appui peut provenir de l’accusé ou d’autres sources; sur ce point, je souscris à la façon dont le juge Cory a dissipé la confusion qui subsistait dans la jurisprudence antérieure. Mais cet appui doit exister. Comme l’a dit lord Morris of Borth-y-Gest, il doit y avoir plus que [TRADUCTION] «l’expression creuse d’une formule d’excuse facile»: *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386 (H.L.), à la p. 417.

On a laissé entendre que cette exigence s’écarterait de la règle générale voulant que, en droit criminel, l’appréciation du caractère suffisant de la preuve présentée à l’appui d’un moyen de défense, si faible soit-elle, relève du jury. Dans la mesure où il existe une preuve, soutient-on, c’est au jury qu’il appartient de décider si elle est suffisante et, non au juge. Soutenir le contraire serait priver l’accusé de son droit fondamental d’être jugé par un jury.

La réponse à cet argument, me semble-t-il, est que le simple fait d’affirmer sa croyance ne constitue pas la preuve de sa sincérité. L’exigence d’une croyance sincère n’équivaut pas au critère objectif de la croyance raisonnable, mais elle exige néanmoins un certain appui dans les circonstances. Une croyance totalement non fondée n’est pas une croyance sincère. Celui qui croit sincèrement à un état de fait est celui qui a examiné les circonstances et qui en a tiré une inférence honnête. Pour être sincère, la croyance doit donc découler dans une certaine mesure des circonstances. Son fondement n’a pas à atteindre le degré nécessaire pour qu’une croyance soit qualifiée de raisonnable. Mais il doit y avoir un fondement. La personne qui commet une agression sexuelle en l’absence de circonstances permettant d’inférer le consentement du plaignant a, à tout le moins, fait preuve d’igno-

consent of the complainant has, at very least, been wilfully blind as to consent. The law draws a distinction between "honest belief" in consent, which arises from an inference, however mistaken, from the circumstances, and "wilful blindness" as to consent, which is belief not grounded on the circumstances, and which does not serve as a defence.

This brings me to the facts of this case. The theory of the defence, as noted, was that the complainant consented, but that she lied about her consent in order to avoid a confrontation with her parents. It was in this context that the accused testified that he believed that the complainant consented. However, when the time came to charge the jury, Osolin asked the trial judge to charge the jury on the additional defence of honest but mistaken belief, which was founded on the theory that the complainant had not consented. The trial judge, after noting that the complainant and the accused told widely different stories, and after reviewing the law on honest but mistaken belief and the need for support in the evidence giving the defence an air of reality, concluded:

There must be evidence beyond the mere assertion of belief in consent by the accused. That evidence must appear from or be supported by sources other than the accused in order to give it an air of reality.

I find that is lacking here, that there is not that other evidence, and consequently I am not going to charge the jury, and I am not going to permit counsel to refer to the defence of mistake of fact.

The Court of Appeal agreed. Southin J.A. held that the trial judge had erred in suggesting that the evidence needed to give the defence an air of reality must come from persons other than the accused. Nevertheless, she concluded that on the evidence there was no air of reality to the arguments that the accused's belief in consent deprived him of the necessary *mens rea* for the offences of kidnapping or sexual assault (at pp. 183-84 C.R.):

rance volontaire quant au consentement. Il y a une distinction, en droit, entre la «croyance sincère» au consentement, laquelle s'infère, bien que de façon erronée, des circonstances, et l'«ignorance volontaire» quant au consentement, laquelle est une croyance non fondée sur les circonstances et qui ne constitue pas un moyen de défense.

Cela m'amène aux faits de l'espèce. Comme je l'ai souligné, la thèse de la défense a consisté à affirmer que la plaignante était consentante mais qu'elle a menti à ce propos afin d'éviter un affrontement avec ses parents. C'est dans ce contexte que l'accusé a déclaré avoir cru à son consentement. Toutefois, au moment de l'exposé au jury, Osolin a demandé au juge président l'instance qu'il lui soumette le moyen de défense additionnel de la croyance sincère mais erronée, fondée sur le non-consentement de la plaignante. Après avoir pris acte des versions largement divergentes de la plaignante et de l'accusé, avoir passé en revue le droit en matière de croyance sincère mais erronée et vu l'exigence que le moyen de défense invoqué soit, d'après la preuve, vraisemblable, le juge du procès a conclu:

[TRADUCTION] Il faut d'autre preuve que la simple affirmation par l'accusé d'une croyance au consentement. Pour être vraisemblable, cette preuve doit ressortir de sources autres que l'accusé, ou s'y appuyer.

J'estime qu'il n'y a pas de vraisemblance en l'occurrence, qu'il n'existe pas d'autres éléments de preuve et, conséquemment, je ne donnerai pas de directive au jury à cet égard et je ne permettrai pas à l'avocat d'invoquer la défense d'erreur de fait.

La Cour d'appel a souscrit à cette conclusion. Le juge Southin a toutefois estimé que le juge du procès avait commis une erreur en laissant entendre que la preuve susceptible de conférer une vraisemblance à la défense devait provenir de personnes autres que l'accusé. Elle a néanmoins conclu que, d'après la preuve, l'argument portant que la croyance de l'accusé au consentement l'avait privé de la *mens rea* nécessaire à la perpétration des infractions d'enlèvement ou d'agression sexuelle n'avait aucune vraisemblance (aux pp. 183 et 184 C.R.):

The appellant never said that he honestly believed the taking of her to Parksville to be not against her will. He did not say he believed that this complainant who was naked was agreeing to go on a 40-mile ride on a cold March night with two comparative strangers both of whom were twice her size. He did not say that he had no intention to confine her against her will. If he had so testified, who would have believed him?

There is no more imprisoning state short of actual physical restraint than being without one's clothes. The best that the appellant said for himself was, "I wasn't thinking". That to me is, at the very least, recklessness or wilful blindness.

On the sexual assault charge, Southin J.A. held that had the abduction not occurred, it might have been that the issue of honest but mistaken belief should have been left to the jury. However, she concluded (at p. 184 C.R.):

To my mind, an argument that a man who, knowingly or recklessly, forcibly confined a woman against her will can have an honest belief that, during her confinement, she was freely consenting to his sexual advances has no air of reality about it at all.

We are left with one question: whether there was evidence, from the accused or from some other source, supporting Osolin's assertion of honest belief. I agree with the courts below that there was none. The undisputed facts reviewed at the outset of these reasons simply do not admit of an honest belief. At the very most they were consistent with wilful blindness. Any man who drags a woman from her home naked and protesting, transports her to a remote place, and there ties her to the bed and has sex with her is at very least put on notice that she may not be consenting. His failure to enquire is consistent only with two states of mind: an intention to have his way without her consent; or wilful blindness as to whether she consented or not. To put it another way, no person, reasonable or otherwise, could honestly infer consent in such circumstances from the mere fact that at certain stages,

[TRADUCTION] L'appellant n'a jamais déclaré qu'il avait cru sincèrement ne pas avoir amené la plaignante à Parksville contre son gré. Il n'a pas dit avoir cru que la plaignante, qui était nue, consentait à faire une ballade de 40 milles par une froide nuit de mars avec deux personnes qui lui étaient relativement étrangères et qui atteignaient chacune le double de sa taille. Il n'a pas dit ne pas avoir eu l'intention de la séquestrer contre son gré. S'il avait fait une telle déposition, qui l'aurait cru?

Mise à part la contrainte physique réelle, rien n'est plus propre à susciter un état d'enfermement que d'être privé de ses vêtements. Tout ce que l'appellant a pu dire pour sa défense est: «Je n'ai pas réfléchi». À mon sens, il s'agit là, à tout le moins, d'insouciance ou d'ignorance volontaire.

En ce qui concerne l'infraction d'agression sexuelle, le juge Southin a estimé que n'eût été l'enlèvement, il aurait peut-être été préférable que la question de la croyance sincère mais erronée soit soumise au jury. Elle est toutefois arrivée à la conclusion suivante (à la p. 184 C.R.):

[TRADUCTION] À mon avis, l'argument selon lequel un homme qui, sciemment ou par insouciance, a séquestré une femme par la force et contre son gré peut croire sincèrement que, durant sa séquestration, elle consentait librement à ses avances sexuelles n'a absolument aucune vraisemblance.

Il reste une question à trancher, savoir s'il existait une preuve, émanant de l'accusé ou d'autres sources, à l'appui de la croyance sincère qu'a invoquée Osolin. À cet égard, je partage la conclusion des juridictions inférieures quant à l'inexistence de cette preuve. Les faits non contestés exposés au début de ces motifs ne peuvent en rien servir à étayer une croyance honnête. Il s'agit, au mieux, d'ignorance volontaire. L'homme qui tire une femme de chez elle nue et, malgré ses protestations, la conduit dans un endroit isolé où il l'attache au lit et a avec elle des rapports sexuels est, à tout le moins, prévenu qu'elle n'est peut-être pas consentante. Son omission de s'enquérir à cet égard n'est compatible qu'avec deux états d'esprit: l'intention de parvenir à ses fins sans son consentement ou l'ignorance volontaire quant à savoir si elle est ou non consentante. En d'autres termes,

the complainant may have been passively acquiescent. The evidence which Osolin put before the jury may have been, as the trial judge concluded, consistent with wilful blindness. It offered no support for the defence of honest but mistaken belief. As Osolin himself told the jury, "I wasn't thinking".

Before leaving this question, I should comment on two points. The first is the argument that the divergent stories of the complainant and the accused on consent, as a matter of law, necessarily preclude a third alternative, the defence of honest but mistaken belief. I am not so convinced as my colleagues that where the evidence consists of two diametrically opposed stories, one alleging lack of consent and the other consent, it is logically impossible to conceive of the defence of honest but mistaken belief arising. While it may rarely occur, it seems to me possible for a jury to accept parts of the testimonies of both the complainant and the accused, concluding that notwithstanding lack of actual consent, the accused honestly believed in consent. As A. W. Bryant states:

... the removal of this alternative plea on the basis that the testimony of the complainant and the accused are diametrically opposed, and that there is a lack of common ground for the defence is based, in part, on the premise that the complainant's version is complete — a questionable assumption in some cases. Moreover, a requirement for corroboration may wrongly encourage an accused to dovetail partially his testimony with that of the complainant in order to supply the necessary common ground for the defence.

("The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault" (1989), 68 *Can. Bar Rev.* 94, at p. 149.)

The second matter is the comment of my colleague Cory J. that the Court of Appeal erred in concluding that the kidnapping could not be used as a ground for rejecting the defence of mistake of fact. He reasons that this was incorrect since there had been no prior conviction for kidnapping. In

aucun individu, raisonnable ou non, ne pourrait sincèrement inférer le consentement en pareilles circonstances du seul fait qu'à certains moments, la plaignante a pu acquiescer passivement. La preuve qu'Osolin a soumise au jury aurait pu, ainsi que l'a conclu le juge du procès, correspondre à une ignorance volontaire. Mais elle ne pouvait servir à étayer le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée. «Je n'ai pas réfléchi», a dit lui-même Osolin au jury.

Avant de clore le sujet, je ferai deux remarques. La première concerne l'argument que la divergence des versions du plaignant et de l'accusé au sujet du consentement empêche nécessairement, en droit, de plaider une troisième version, celle de la croyance sincère mais erronée. Je ne suis pas aussi convaincue que le sont mes collègues qu'en présence de deux versions diamétralement opposées, l'une alléguant l'absence de consentement et l'autre, le consentement, il soit logiquement impossible de concevoir une défense de croyance sincère mais erronée. Même si cette situation se présente rarement, il est possible, à mon sens, que le jury accepte des portions du témoignage du plaignant et de l'accusé et qu'il conclue à la sincérité de la croyance de l'accusé, malgré l'absence de consentement réel. Comme le dit A. W. Bryant:

[TRADUCTION] ... le rejet de ce plaidoyer subsidiaire pour le motif que le témoignage du plaignant et celui de l'accusé sont diamétralement opposés et qu'il y a donc insuffisance du fondement commun requis est fondé, en partie, sur le postulat — contestable dans certains cas — que le plaignant a donné une version complète. De plus, l'exigence de la corroboration peut encourager faussement l'accusé à faire concorder partiellement son témoignage avec celui du plaignant afin de constituer le fondement commun susceptible d'étayer le moyen de défense.

(«The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault» (1989), 68 *R. du B. can.* 94, à la p. 149.)

La seconde remarque porte sur le passage des motifs de mon collègue le juge Cory où il dit que la Cour d'appel a commis une erreur en concluant que l'enlèvement ne pouvait servir de motif pour rejeter la défense d'erreur de fait. Selon son analyse, cette conclusion est incorrecte parce qu'il n'y



other words, he sees the reasoning of the Court of Appeal as circular, in that it makes the inference that there is no defence with respect to the offence of sexual assault because there was none on kidnapping, which itself was in issue. I must say that I do not read the reasons of the Court of Appeal in this manner. It seems to me that Southin J.A. was saying only that the evidence of confinement robbed the defence of honest but mistaken belief of any foundation.

I agree for the reasons given by Cory J. that the section of the *Criminal Code* which requires the accused who raises the defence of honest but mistaken belief in consent to show that the defence has an air of reality, s. 265(4), does not violate the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

#### Disposition

I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

SOPINKA J. — I have read the reasons of Justice Cory and agree with the result he has reached and with his reasons, subject to the following observation.

While I agree with his reasons relating to cross-examination on the medical records, I would prefer not to comment on s. 276 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (as amended by *An Act to amend the Criminal Code (sexual assault)*, S.C. 1992, c. 38, s. 2). My colleague's reference to it might be construed as a comment on its constitutionality which is not an issue that is before us.

With respect to the defence of mistaken belief, I agree with Cory J. that s. 265(4) "simply sets out the basic requirements which are applicable to all defences" (p. 676) and that it requires no more of the accused than the discharge of an evidentiary burden to adduce or point to some evidence on the basis of which a reasonable jury properly

a pas eu de condamnation antérieure sous le chef de l'enlèvement. En d'autres termes, il estime que le raisonnement de la Cour d'appel est vicié en ce qu'il présume qu'il n'y a pas de défense à l'infraction d'agression sexuelle parce qu'il n'y en avait aucune à l'encontre de l'enlèvement, question qui était elle-même en litige. Je dois dire que telle n'est pas mon interprétation des motifs de la Cour d'appel. Il me semble que le juge Southin a simplement voulu dire que la preuve de la séquestration dépouillait de tout fondement la défense de la croyance sincère mais erronée.

Je suis d'accord avec le juge Cory pour conclure que le par. 265(4) du *Code criminel*, qui oblige l'accusé soulevant la défense de croyance sincère mais erronée au consentement à établir que ce moyen de défense a une vraisemblance, ne viole pas la *Charte canadienne des droits et libertés*.

#### Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — J'ai lu les motifs du juge Cory et je souscris à la solution à laquelle il est arrivé et à ses motifs, sous réserve des observations suivantes.

Bien que je sois d'accord avec ses motifs au sujet du contre-interrogatoire sur les dossiers médicaux, je préférerais ne pas faire de commentaires au sujet de l'art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (modifié par la *Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, ch. 38, art. 2). La mention que mon collègue en fait pourrait s'interpréter comme un commentaire sur sa constitutionnalité, qui n'est pas en cause en l'espèce.

Pour ce qui est de la défense de croyance erronée, je suis d'accord avec le juge Cory que le par. 265(4) «établit simplement les critères fondamentaux qui sont applicables à tous les moyens de défense» (p. 676) et qu'il n'exige rien de plus de l'accusé qu'il satisfasse à la charge de la preuve de présenter ou de signaler des éléments de preuve à

instructed could acquit. I believe we are all in agreement in this respect. Indeed, this is the basis for our determination that it is constitutional. The term “evidentiary burden” and the definition I have set out are well known to trial judges and well accepted. I cannot understand how the addition of the term “air of reality” helps in understanding the duty of a trial judge with respect to this defence. I am concerned that when an attempt is made to add to the definition of a basic concept in the criminal law, it only creates confusion. Just as attempts to refine the meaning of “reasonable doubt” have frequently resulted in reversible error, so too the use of the “air of reality” test encourages trial judges to weigh the evidence rather than apply the legal definition to which I have referred.

I agree with the reservations expressed by McLachlin J. with respect to Cory J.’s approval of the principle that the defence of mistaken belief is not available if the complainant and the accused relate diametrically opposed versions of what occurred.

Excluding the defence of mistaken belief where the accused and complainant tell opposing versions rests on the assumption that either the accused’s or the complainant’s story is a complete account of what occurred. As J. M. Williams (“Mistake of Fact: The Legacy of *Pappajohn v. The Queen*” (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 597) points out, this is a questionable assumption. Referring to *Pappajohn* ([1980] 2 S.C.R. 120), Williams, at pp. 611-12, states:

It is implicit in the majority decision that the jury would either totally accept one story or totally reject it. If this was a correct reading of what the jury would do then one can readily understand why the majority could not see any purpose in putting the alternative defence of mistake to the jury. Assuming, as was suggested, that the two stories were totally incompatible then, if the jury believed the accused’s story *in toto*, he would be

partir desquels un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées pourrait prononcer l’acquittement. Je crois que nous sommes tous du même avis sur ce point. En réalité, c’est là le fondement de la décision que nous avons prise que le paragraphe est constitutionnel. L’expression «charge de présentation» et la définition que j’en ai donnée sont bien connues des juges de première instance et bien acceptées. Je ne puis voir comment l’addition du mot «vraisemblance» facilite la compréhension des obligations du juge du procès en ce qui a trait à ce moyen de défense. Je m’inquiète qu’en essayant d’ajouter quelque chose à la définition d’un concept fondamental de droit criminel, on ne fasse qu’embrouiller la question. Tout comme les tentatives de cerner le sens de «doute raisonnable» ont souvent donné lieu à une erreur justifiant l’infirmité de la décision, de même, le recours au critère de la «vraisemblance» incite les juges de première instance à évaluer la preuve plutôt qu’à appliquer la définition juridique que j’ai mentionnée.

J’accepte les réserves du juge McLachlin au sujet de l’approbation par le juge Cory du principe selon lequel le moyen de défense de croyance erronée ne s’applique pas si le plaignant et l’accusé donnent des versions diamétralement opposées de ce qui s’est passé.

Écarter le moyen de défense de croyance erronée lorsque l’accusé et le plaignant présentent des versions contradictoires des faits s’appuie sur l’hypothèse que la version de l’accusé ou celle du plaignant représente la relation complète de ce qui s’est passé. Ainsi que J. M. Williams le signale («Mistake of Fact: The Legacy of *Pappajohn v. The Queen*» (1985), 63 *R. du B. can.* 597), c’est une hypothèse douteuse. Parlant de l’arrêt *Pappajohn* ([1980] 2 R.C.S. 120), Williams dit, aux pp. 611 et 612:

[TRADUCTION] Il ressort de la décision de la majorité que le jury devrait accepter une version en totalité ou la rejeter en totalité. Si cela correspondait à ce que ferait un jury, alors on peut facilement comprendre pourquoi la majorité ne pouvait voir l’utilité de soumettre au jury le moyen de défense subsidiaire de l’erreur. En supposant, comme on l’a proposé, que les deux versions étaient totalement incompatibles, si le jury a cru la version de

acquitted on the basis that there was no *actus reus* (i.e., consent was present). If the jury totally believed the complainant, then not only would the *actus reus* have been proven but moreover the jury would have already branded the accused as a liar. Therefore, it becomes unrealistic to suggest that they would nonetheless hold that he had an *honest belief* in consent.

The above reasoning appears logical, given the premise. The question remains, however, whether it is correct to assume that a jury will accept one story in its totality and reject the other completely? It would seem not. Where there are conflicting versions of facts, the trier of fact must "find" what happened. It is well accepted that in doing so, the trier of fact is not bound to deal with one party's evidence as a whole but may accept some of it and reject that which is unacceptable. [Emphasis in original.]

In *Lee Chun-Chuen v. The Queen*, [1963] 1 All E.R. 73 (P.C.), Lord Devlin, in discussing the manner in which an evidentiary burden in respect of provocation may be discharged, stated, at p. 80:

What is essential is that there should be produced, either from as much of the accused's evidence as is acceptable or from the evidence of other witnesses or from a reasonable combination of both, a credible narrative of events disclosing material that suggests provocation in law. If no such narrative is obtainable from the evidence, the jury cannot be invited to construct one.

As a matter of standard practice, a jury in criminal cases is instructed that in assessing the evidence of a witness, it is not an all-or-nothing proposition. A typical jury instruction is as follows:

When you consider the evidence of a witness, please understand that you do not have to accept or reject everything a particular witness said. You may, of course, decide to accept or reject everything a witness said in the witness box. But you may also decide to accept only some of what a witness said, and reject the rest.

(G. A. Ferguson and J. C. Bouck, *Canadian Criminal Jury Instructions* (2nd ed. 1989), vol. 1, at p. 4.12-2.)

l'accusé dans sa totalité, celui-ci serait acquitté pour le motif qu'il n'y avait pas d'*actus reus* (c.-à-d. qu'il y a eu consentement). Si le jury a cru totalement la plaignante, non seulement l'*actus reus* aurait été prouvé, mais, de plus, le jury aurait déjà caractérisé l'accusé de menteur. En conséquence, il devient donc peu réaliste de proposer que les jurés concluraient néanmoins que l'accusé croyait sincèrement au consentement.

Le raisonnement qui précède paraît logique, vu l'hypothèse de départ. Il reste à déterminer cependant s'il convient de supposer qu'un jury acceptera une version dans sa totalité et rejettera entièrement l'autre. Il semble que non. Quand il y a deux versions contradictoires des faits, le juge des faits doit «déterminer» ce qui s'est produit. Il est reconnu que, pour le faire, le juge des faits n'est pas tenu d'accepter la totalité de la preuve d'une partie, mais qu'il peut en croire certains éléments et en rejeter les éléments inacceptables. [En italique dans l'original.]

Dans l'arrêt *Lee Chun-Chuen c. The Queen*, [1963] 1 All E.R. 73 (C.P.), lord Devlin a dit, à propos de la façon de satisfaire à la charge de présentation en matière de provocation, à la p. 80:

[TRADUCTION] L'essentiel est qu'il ressorte, soit autant que possible de la partie recevable de la déposition de l'accusé, soit de celles d'autres témoins ou d'une combinaison raisonnable de celles de l'un et des autres; une version crédible d'événements qui révèlent des éléments évoquant la provocation en droit. S'il est impossible de dégager une telle version de la preuve, il est interdit d'amener le jury à en inventer une.

Comme pratique courante, dans une affaire criminelle, le juge dit au jury que l'évaluation de la déposition d'un témoin n'est pas une affaire de tout ou rien. Voici une directive typique à donner à un jury:

[TRADUCTION] Pour évaluer la déposition d'un témoin, comprenez bien que vous n'êtes pas tenus de croire ou de rejeter tout ce que dit un témoin en particulier. Vous pouvez, cela va de soi, décider de croire tout ce qu'un témoin dit à la barre ou de n'en rien croire. Mais vous pouvez aussi décider de croire seulement certains éléments de ce que le témoin dit et de ne pas croire le reste.

(G. A. Ferguson et J. C. Bouck, *Canadian Criminal Jury Instructions* (2<sup>e</sup> éd. 1989), vol. 1, à la p. 4.12-2.)

I would dispose of the appeal as proposed by Cory J.

Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la manière que propose le juge Cory.

The reasons of Cory and Major JJ. were delivered by

Version française des motifs des juges Cory et Major rendus par

CORY J. — There are two basic issues raised on this appeal. One is whether the “air of reality” test which is set out in s. 265(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, violated the appellant’s constitutional rights under ss. 11(d) and 11(f) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The other is whether the Court of Appeal erred in failing to grant a new trial on the basis of the restrictions imposed by the trial judge on the cross-examination of the complainant.

LE JUGE CORY — Deux points fondamentaux sont soulevés dans le présent pourvoi. L’un a trait à la question de savoir si le critère de la «vraisemblance» établi au par. 265(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, porte atteinte aux droits constitutionnels de l’appelant garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. L’autre porte sur la question de savoir si la Cour d’appel a commis une erreur en n’accordant pas un nouveau procès motivé par les restrictions apportées par le juge du procès au contre-interrogatoire de la plaignante.

#### I. Factual Background

#### I. Les faits

The complainant in this case is a 17-year-old girl. She had been in a psychiatric hospital in January and February of 1987, but by March 26, of that same year she was living with her parents near Ladysmith in British Columbia. Although she was 17 years of age, she had a limited education. She had completed grade 8 and left school at 14 years of age. She is not physically a big girl, 5 feet 7 inches in height and weighing only 115 pounds.

La plaignante en l’espèce est une adolescente de 17 ans. Après un séjour dans un hôpital psychiatrique en janvier et en février 1987, elle était revenue vivre chez ses parents près de Ladysmith en Colombie-Britannique, où elle demeurait le 26 mars de la même année. En dépit de ses 17 ans, elle avait une instruction limitée. Elle avait terminé la huitième année et quitté l’école à l’âge de 14 ans. Elle est de taille modeste, mesurant cinq pieds et sept pouces et ne pesant que 115 livres.

On the morning of March 26, a friend by the name of Brad Dick, whom she had dated on a few occasions, called her and they arranged to meet at eleven o’clock that morning. Dick, who was in his mid twenties arrived at the meeting place with a friend of his by the name of Ken Smith, who was in his thirties.

Le matin du 26 mars, un ami du nom de Brad Dick, qu’elle avait fréquenté à quelques reprises, l’a appelée et ils se sont entendus pour se rencontrer à 11 heures le même jour. Dick, qui était dans la vingtaine, est arrivé à l’endroit convenu avec un ami du nom de Ken Smith, qui était dans la trentaine.

The three went to Jim Bragg’s trailer, north of Ladysmith. There they drank some beer. From there, they went to Dual Mountain and then went to Boat Harbour. There Brad Dick and the complainant went to a secluded area and had consensual sexual relations.

Ils se sont rendus tous les trois à la roulotte de Jim Bragg, située au nord de Ladysmith. Il y ont bu de la bière. Ils se sont ensuite rendus à Dual Mountain, puis à Boat Harbour. C’est là que Brad Dick et la plaignante se sont retirés dans un endroit isolé pour y avoir des rapports sexuels consensuels.

The three friends eventually returned to the trailer. There Smith gave Dick a ride into town around 5:00 p.m. Smith returned and he, the complainant and Bragg spent time together drinking and playing cards. The complainant stayed with Bragg and Smith because in her words they seemed like “pretty nice guys” and she enjoyed their company. The three went for a drive in Smith’s car but it was experiencing mechanical difficulties. It stalled some 100 feet from the trailer and they had to push it. While they were doing so, the appellant, Stephen Osolin, and Russell McCallum came by in another car. All five spent a few minutes in the trailer. Smith and the complainant went out to his car where they were kissing and petting. Bragg, McCallum and Osolin left the trailer to go to a pub. When they did so, Bragg told Smith and the complainant that they could use the trailer. Smith and the complainant then went into the bedroom of the trailer where they engaged in sexual intercourse.

Meanwhile at the pub, Bragg told McCallum and Osolin that the complainant was promiscuous, or in his words “easy”, and they all could have a turn with her. McCallum and Osolin left Bragg at the Pub and drove back to his trailer. There they barged into the bedroom, roused Smith out of bed, took him outside and drove him some distance away from the trailer. In passing it should be noted that Smith, who was 5 feet 7 inches and weighing 150 pounds, was considerably smaller than the other men.

Back in the bedroom, McCallum grabbed the complainant and threw her onto the bed. She was shocked and scared. McCallum touched and fondled her and would not let her get dressed. He attempted to have sexual intercourse with her but she struggled. He became angry and his threatening words made her fearful. She heard the car returning and tried to put on her blouse, but once again McCallum prevented her. In doing so, he tore her Viking pendant from her neck. She saw it fall onto the bed and clutched it. Later she let the

Les trois amis sont finalement revenus à la roulotte. Smith a alors reconduit Dick en ville vers 17 h. Il est revenu rejoindre la plaignante et Bragg, et ensemble ils ont passé le temps à boire et à jouer aux cartes. La plaignante est restée avec Bragg et Smith parce que, pour reprendre ses paroles, ils semblaient être [TRADUCTION] «d’assez bons gars» et qu’elle appréciait leur compagnie. Ils ont tous trois emprunté l’automobile de Smith, mais celle-ci est tombée en panne. Elle a calé à une centaine de pieds de la roulotte et ils ont dû la pousser. C’est à ce moment que l’appelant, Stephen Osolin, et Russell McCallum sont arrivés sur les lieux à bord d’une autre automobile. Ils ont tous les cinq passé quelques minutes dans la roulotte. Smith et la plaignante sont retournés dans l’automobile de ce dernier pour s’y embrasser et se caresser. Bragg, McCallum et Osolin ont quitté la roulotte à destination d’un bar. Avant de partir, Bragg a dit à Smith et à la plaignante qu’ils pouvaient utiliser la roulotte. Smith et la plaignante se sont alors rendus dans la chambre à coucher de la roulotte où ils ont eu des rapports sexuels.

Pendant ce temps au bar, Bragg a dit à McCallum et à Osolin que la plaignante était une personne de mœurs légères, ou, dans ses mots, [TRADUCTION] «une fille facile», et qu’ils pourraient tous la posséder à tour de rôle. Après avoir quitté Bragg au bar, McCallum et Osolin sont revenus à sa roulotte. Ils ont fait irruption dans la chambre, ont tiré Smith du lit, l’ont fait sortir et l’ont conduit à une certaine distance de la roulotte. Il y a lieu de mentionner en passant que Smith, qui mesure cinq pieds et sept pouces et qui pèse 150 livres, était relativement plus petit que les autres hommes.

De retour dans la chambre, McCallum s’est emparé de la plaignante et l’a projetée sur le lit. Elle était en état de choc et effrayée. McCallum l’a touchée et caressée, l’empêchant de se rhabiller. Il a tenté d’avoir des rapports sexuels avec elle, mais elle s’est débattue. Il s’est mis en colère et a proféré des menaces qui l’ont effrayée. Elle a entendu l’automobile qui revenait et a tenté de remettre sa blouse, mais encore une fois McCallum l’en a empêchée. Ce faisant, il lui a arraché son pendentif viking du cou. Elle l’a vu tomber sur le lit et l’a

pendant fall in the cabin in Parksville, where it was located by the police. She managed to get her underpants on as Osolin entered the room.

She stated that someone hit her on the side of the head. Osolin threw her over his shoulder and carried her out to the car. When she was being carried out she said that she wanted her clothes. The complainant said that she resisted leaving the trailer, said that she wanted her clothes but that her head was hit on the door jam and Osolin struck her on the face. Neither Osolin nor McCallum got her clothes for her. The appellant admitted that he “overrode” her complaints about being forced while naked to leave the trailer. The complainant testified that Osolin then put the complainant in the back seat of the car and tore off her underpants. Osolin and McCallum both testified that the complainant was nude at this time and Osolin had not ripped off her underpants. The police later found a pair of torn women’s underwear pants lying on the ground some 20 feet from the front of the trailer.

Osolin got into the back seat with the complainant and McCallum then drove away. She was on her left side and Osolin would not let her sit up. She said that she was crying at the time and unable to move. Osolin fondled her breasts and tried to pry her legs apart with his hands. She did not consent to any of the touching and said she was struggling when he forcefully hit her on the side of the face. She specifically denied kissing, petting and drinking beer or having a friendly conversation with him. Osolin testified that the complainant did nothing which indicated she was not consenting.

Eventually the car stopped and Osolin pulled her out. He held her by the right biceps and pulled her through a fence. McCallum drove away. At this time she was wearing only a pair of white socks. She was very cold, upset and crying. In the cabin he pulled her into a bedroom. The complainant testified that he threw her on the bed and tied her hands behind her back with a cord, which he pul-

saisi. Elle l’a par la suite laissé tomber dans le chalet de Parksville, où il a été retrouvé par la police. Elle a réussi à remettre sa culotte au moment où Osolin est entré dans la chambre.

Elle a déclaré avoir été frappée sur le côté de la tête. Osolin l’a soulevée et portée sur son épaule pour l’amener à l’automobile. Au moment où on l’enlevait, elle a dit qu’elle voulait ses vêtements. La plaignante a déclaré avoir résisté à son retrait de la roulotte et avoir dit qu’elle voulait ses vêtements; sa tête a heurté le cadre de la porte et Osolin l’a frappée en plein visage. Ni Osolin ni McCallum ne sont allés chercher ses vêtements. L’appelant a admis [TRADUCTION] «ne pas avoir tenu compte» des protestations de la plaignante forcée à quitter la roulotte nue. La plaignante a déclaré qu’Osolin l’avait alors déposée sur le siège arrière de l’automobile et qu’il avait déchiré sa culotte. Osolin et McCallum ont tous deux déclaré que la plaignante était nue à ce moment et qu’Osolin n’avait pas déchiré sa culotte. La police a par la suite trouvé une culotte de femme sur le sol, à une vingtaine de pieds devant la roulotte.

Osolin s’est assis sur le siège arrière avec la plaignante tandis que McCallum a mis l’automobile en marche. La plaignante reposait sur son côté gauche et Osolin ne lui permettait pas de s’asseoir. Elle a déclaré qu’elle pleurait à ce moment et qu’elle ne pouvait pas bouger. Osolin lui a caressé les seins et a tenté des mains de lui faire ouvrir les jambes. Elle n’a accepté aucune caresse et a déclaré qu’elle se débattait lorsqu’il l’a frappée avec force sur le côté du visage. Elle a expressément nié avoir embrassé Osolin, l’avoir caressé, avoir bu de la bière avec lui ou lui avoir tenu une conversation amicale. Osolin a déclaré que la plaignante n’avait rien fait pour indiquer qu’elle n’était pas consentante.

L’automobile s’est finalement immobilisée et Osolin en a retiré la plaignante. Il l’a tenu par le biceps droit et il l’a tirée pour lui faire franchir une clôture. McCallum s’est éloigné avec l’automobile. À ce moment, elle ne portait qu’une paire de bas blancs. Elle avait très froid, elle était bouleversée et elle pleurait. Dans le chalet, il l’a tirée vers une chambre à coucher. La plaignante a déclaré qu’il

led from a lamp. When Osolin left the bedroom for a moment, she ran to a window and tried to escape but he returned with more electrical cords which he had torn from an appliance. He tied her spread eagle to the bed frame. She testified that she was screaming and he said "I could kill you so easily" and would do so unless she was "good". He returned to the bedroom with soap and a razor and started shaving her pubic hair. She told him to stop but he persisted. She managed to hit him with one knee and he tied that leg tighter. He then raped her. The appellant testified that the complainant was an eager although not active participant in all the acts leading up to and including sexual intercourse.

After the act of intercourse he untied her and she asked if she could take a bath. Although she locked the bathroom door, the appellant pried it open and came in. She testified that while in the bathroom the appellant apologized for all that had happened. The appellant said he apologized only for using the razor, because there was nothing else to apologize for. He gave her an old nightgown and a sweater to wear. When she got out of the bath, the two laid down on the bed and either passed out or fell asleep. The complainant testified that when she awoke the appellant was touching her again. The complainant became hysterical and said she wanted to go home. The appellant testified that he was awoken by the complainant saying she had to go to Ladysmith. The appellant said McCallum would pick them up in the morning, but when she insisted on leaving he put her out of the cabin and pointed her to the highway.

Shortly before 3:30 a.m. an RCMP constable found the complainant on the highway, screaming and crying hysterically. He asked her if she had been raped and she replied that she had. He drove

l'a projetée sur le lit et qu'il lui a attaché les mains derrière le dos à l'aide d'un fil qu'il avait retiré d'une lampe. Profitant du fait qu'Osolin avait quitté la chambre un moment, elle a couru vers une fenêtre et a tenté de s'échapper, mais il est revenu avec d'autres fils électriques qu'il avait arrachés d'un appareil. Il l'a attachée bras et jambes écartés au cadre du lit. Elle a déclaré avoir crié puis l'avoir entendu lui dire [TRADUCTION] «[i] me serait si facile de te tuer», puis prétendre qu'il ne le ferait pas si elle était [TRADUCTION] «gentille». Il est revenu dans la chambre à coucher avec du savon et un rasoir et il a commencé à lui raser les poils du pubis. Elle lui a dit d'arrêter, mais il a continué. Elle a réussi à le frapper avec un genou, mais il a resserré le lien qui retenait cette jambe. Puis il l'a violée. L'appelant a déclaré que la plaignante était une participante empressée, bien que non active, à tous les actes préliminaires comme aux rapports sexuels.

Après les rapports sexuels, il l'a détachée et elle a demandé si elle pouvait prendre un bain. Même si elle avait fermé à clef, l'appelant a forcé la porte et a pénétré dans la salle de bains. La plaignante a déclaré que pendant qu'elle était dans la salle de bains, l'appelant lui a présenté des excuses pour tout ce qui s'était produit. L'appelant a déclaré pour sa part qu'il avait présenté des excuses uniquement au sujet du rasage, parce qu'il n'avait rien d'autre à se reprocher. Il lui a donné une vieille chemise de nuit et un chandail. À sa sortie du bain, ils se sont tous deux couchés dans le lit et ils sont tombés ivre morts ou ils se sont endormis. La plaignante a déclaré qu'à son réveil, l'appelant était encore en train de la toucher. La plaignante a alors eu une violente crise de nerfs et dit qu'elle voulait rentrer à la maison. L'appelant a déclaré avoir été réveillé par la plaignante qui disait qu'il lui fallait se rendre à Ladysmith. L'appelant lui a dit que McCallum les prendrait au matin, mais comme elle voulait absolument partir, il l'a mise à la porte du chalet en lui indiquant la direction de la route.

Peu avant 3 h 30, un gendarme de la GRC a découvert la plaignante sur la route, en proie à une violente crise de nerfs qui se manifestait par des cris et des pleurs. Il lui a demandé si elle avait été

her back to the police detachment where she asked to use the washroom and vomited. She continued to cry hysterically and was taken to the emergency room at the hospital in Nanaimo.

The medical examination revealed the complainant had a number of bruises, abrasions and scratches, including bruising, swelling and discoloration in the genital area. Generally, the injuries noted were more consistent with sexual assault than consensual intercourse.

The jury found the appellant guilty of both sexual assault and kidnapping. He was sentenced to six years on the count for sexual assault and four years for kidnapping, the sentences to be served concurrently.

## II. Courts Below

### *Trial Court*

The trial judge directed the jury that with respect to the charge of kidnapping the Crown had to demonstrate that the appellant had intended to confine the complainant against her will. With regard to sexual assault, he told the jury that lack of consent on the part of the complainant had to be proven beyond a reasonable doubt. He did not specifically tell the jury that the accused had to appreciate that the complainant was not consenting in order to commit the offence, and he declined to charge the jury with respect to the defence of honest but mistaken belief in consent. He ruled that there was no "air of reality" to the defence of mistake of fact as was required by the decisions in *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, and *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570. He stated "[t]here must be evidence beyond the mere assertion of belief in consent by the accused. That evidence must appear from or be supported by sources other than the accused in order to give it an air of reality".

violée, ce à quoi elle a répondu par l'affirmative. Il l'a conduite au poste de police, où elle a demandé de se rendre aux toilettes pour y vomir. Comme elle continuait à être en proie à une violente crise de larmes, elle a été conduite à l'urgence de l'hôpital de Nanaimo.

L'examen médical a révélé que la plaignante avait un certain nombre de meurtrissures, d'écorchures et d'égratignures, y compris des contusions, de la tuméfaction et de la décoloration dans la région des organes génitaux. En général, les blessures décelées correspondaient davantage à une agression sexuelle qu'à des rapports sexuels consensuels.

Le jury a conclu que l'appellant était coupable à la fois d'agression sexuelle et d'enlèvement. Il a été condamné à six années d'emprisonnement pour agression sexuelle et à quatre années pour enlèvement, à purger concurremment.

## II. Les juridictions inférieures

### *La cour de première instance*

Le juge du procès a déclaré au jury que, dans une affaire d'enlèvement, la poursuite doit démontrer que l'appellant avait l'intention de séquestrer la plaignante contre son gré. Pour ce qui est de l'agression sexuelle, il a dit au jury qu'il fallait prouver hors de tout doute raisonnable l'absence de consentement de la part de la plaignante. Il n'a pas dit expressément au jury que l'accusé devait être conscient que la plaignante ne donnait pas son consentement pour que le crime ait lieu, et il a refusé de soumettre au jury le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée au consentement. Il a conclu que le moyen de défense d'erreur de fait n'avait aucune «vraisemblance» selon le critère établi dans les arrêts *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, et *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570. Il a déclaré qu'il [TRADUCTION] «faut d'autre preuve que la simple affirmation par l'accusé d'une croyance au consentement. Pour être vraisemblable, cette preuve doit ressortir de sources autres que l'accusé, ou s'y appuyer».



During the course of the trial the complainant's mental health records were admitted. They had been obtained in order to permit an expert to consider them on the issue of the complainant's competence to testify under oath. Counsel sought leave to cross-examine the complainant on those records, specifically on the following note in the records which is dated July 9, 1987:

The hearing into the sexual assault has been postponed until September. Linda now wishes that it had not been postponed. She is concerned that her attitude and behaviour may have influenced the man to some extent and is having second thoughts about the entire case.

The trial judge refused to permit counsel to cross examine on this note ruling that the records had been made available for the limited purpose of determining competence of the complainant to testify under oath. Further exploration by means of cross-examination would in his opinion be a violation of the complainant's right to privacy.

*The Court of Appeal* (1991), 7 B.C.A.C. 181, 15 W.A.C. 181, 10 C.R. (4th) 159

Southin J.A. writing for the court considered first whether the trial judge had erred in failing to charge the jury with respect to the *mens rea* required for the offences of sexual assault and kidnapping. On the basis of *R. v. Robertson*, [1987] 1 S.C.R. 918, and *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, she held with regard to sexual assault that the trial judge had erred in his appreciation of the air of reality requirement. She expressed the opinion that the testimony of the accused alone might give an air of reality to the defence of mistaken belief that the complainant was consenting.

However, she found that while the trial judge had erred on this issue, the error did not result in any misdirection to the jury, as there was nothing in the appellant's evidence which required the trial judge to charge the jury on the *mens rea* required to commit the offence of kidnapping. The appel-

Au cours du procès, les dossiers médicaux sur la santé mentale de la plaignante ont été admis. Ils devaient permettre à un expert autorisé à les examiner de déterminer si la plaignante était habile à témoigner sous serment. L'avocat a demandé l'autorisation de contre-interroger la plaignante au sujet de ces dossiers, notamment au sujet de la note suivante, datée du 9 juillet 1987, qui y figurait:

[TRADUCTION] L'audition relative à l'agression sexuelle a été reportée jusqu'en septembre. Linda souhaite maintenant qu'elle n'ait pas été reportée. Elle craint que son attitude et son comportement aient pu influencer l'homme jusqu'à un certain degré et elle commence à avoir des doutes quant à toute l'affaire.

Le juge du procès a refusé à l'avocat de la contre-interroger au sujet de cette note, en concluant que les dossiers avaient été communiqués dans le but exprès de déterminer l'habileté de la plaignante à témoigner sous serment. Selon lui, un examen plus approfondi au moyen d'un contre-interrogatoire constituerait une violation du droit à la vie privée de la plaignante.

*La Cour d'appel* (1991), 7 B.C.A.C. 181, 15 W.A.C. 181, 10 C.R. (4th) 159

Dans les motifs qu'elle a rédigés pour la Cour d'appel, le juge Southin s'est d'abord demandé si le juge du procès avait commis une erreur en omettant d'instruire le jury quant à la *mens rea* requise dans les infractions d'agression sexuelle et d'enlèvement. En se fondant sur les arrêts *R. c. Robertson*, [1987] 1 R.C.S. 918, et *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, elle a conclu en ce qui a trait à l'agression sexuelle que le juge du procès a commis une erreur dans son appréciation du critère de la vraisemblance. Elle a exprimé l'avis que le témoignage de l'accusé pouvait à lui seul donner une vraisemblance au moyen de défense de la croyance erronée au consentement de la plaignante.

Elle a toutefois conclu que l'erreur commise par le juge du procès sur ce point n'avait pas vicié les directives données au jury puisque aucun élément de la preuve de l'appelant n'obligeait le juge du procès à instruire le jury sur la question de la *mens rea* nécessaire à la perpétration de l'infraction

lant had never testified that he believed that the complainant was consenting to being taken to Parksville without any clothes, nor that it was not his intention to confine her against her will. In any event, she expressed the opinion that he would not have been believed, if he had testified in such a manner. In the absence of the commission of the offence of kidnapping by the appellant, she noted that it might have been preferable that the issue of *mens rea* had been left with the jury on the question of sexual assault. However she wrote (at p. 184 C.R.):

... an argument that a man who, knowingly or recklessly, forcibly confined a woman against her will can have an honest belief that, during her confinement, she was freely consenting to his sexual advances has no air of reality about it at all.

Thus it was held that the omission from the charge of any direction as to *mens rea* for sexual assault did not amount to a misdirection.

Southin J.A. then dealt with the appellant's alternative submission that the trial judge's decision not to refer to the defence of honest but mistaken belief in his charge to the jury constituted a violation of the appellant's rights to be presumed innocent until proven guilty and to a trial by jury as guaranteed by ss. 11(d) and 11(f) of the *Charter*. She rejected this contention holding that the *Charter* does not require the judge in his charge to draw to the attention of the jury all legally possible issues regardless of whether they arise on the evidence.

Lastly on the cross-examination question, it was held that the trial judge erred in basing his refusal to allow cross-examination on the complainant's mental health records on the grounds that it would violate her right to privacy. It was held that if the cross-examination on the records went to the credibility of the complainant then counsel for the appellant should have been permitted to cross-examine. However, since the trial record did not disclose what questions counsel proposed to ask, it

d'enlèvement. L'appelant n'a jamais déclaré avoir cru que la plaignante consentait à être conduite vers Parksville sans ses vêtements, ou ne pas avoir eu l'intention de la séquestrer contre son gré. De toute façon, elle a exprimé l'opinion que le jury ne l'aurait pas cru s'il avait fait une telle déposition. À défaut de la perpétration de l'infraction d'enlèvement par l'appelant, elle a noté qu'il aurait peut-être été préférable que la question de la *mens rea* eût été soumise au jury relativement à l'infraction d'agression sexuelle. Elle a toutefois écrit (à la p. 184 C.R.):

[TRADUCTION] ... l'argument selon lequel un homme qui, sciemment ou par insouciance, a séquestré une femme par la force et contre son gré peut croire sincèrement que, durant sa séquestration, elle consentait librement à ses avances sexuelles n'a absolument aucune vraisemblance.

La cour a donc conclu que le fait de ne pas donner de directive au jury quant à la *mens rea* nécessaire dans les cas d'agression sexuelle n'avait pas vicié l'exposé au jury.

Le juge Southin a ensuite examiné la prétention subsidiaire portant que la décision du juge du procès de ne pas mentionner le moyen de défense de la croyance sincère mais erronée dans son exposé au jury constituait une atteinte au droit de l'appelant à la présomption d'innocence tant qu'il n'est pas déclaré coupable, et à un procès avec jury, droits qui sont garantis par les al. 11(d) et 11(f) de la *Charte*. Elle a rejeté cette prétention en concluant que la *Charte* n'oblige pas le juge à attirer l'attention des jurés, dans son exposé, sur tous les aspects qui pourraient être soulevés en vertu de la loi, peu importe s'ils découlent de la preuve.

Enfin, sur la question du contre-interrogatoire, la cour a conclu que le juge du procès a commis une erreur en fondant son refus d'autoriser le contre-interrogatoire au sujet des dossiers psychiatriques de la plaignante sur le fait que ce serait porter atteinte à son droit à la vie privée. La cour a conclu que si le contre-interrogatoire portant sur les dossiers visait la crédibilité de la plaignante, l'avocat de l'appelant aurait dû être autorisé à y procéder. Toutefois, puisque le dossier du procès

was determined that this ground of appeal must also fail.

### III. Analysis

#### A. *The Trial Judge's Restriction of Cross-examination*

##### (1) Cross-examination as a Fundamental Aspect of a Fair Trial

There can be no question of the importance of cross-examination. It is of essential importance in determining whether a witness is credible. Even with the most honest witness cross-examination can provide the means to explore the frailties of the testimony. For example, it can demonstrate a witness's weakness of sight or hearing. It can establish that the existing weather conditions may have limited the ability of a witness to observe, or that medication taken by the witness would have distorted vision or hearing. Its importance cannot be denied. It is the ultimate means of demonstrating truth and of testing veracity. Cross-examination must be permitted so that an accused can make full answer and defence. The opportunity to cross-examine witnesses is fundamental to providing a fair trial to an accused. This is an old and well established principle that is closely linked to the presumption of innocence. See *R. v. Anderson* (1938), 70 C.C.C. 275 (Man. C.A.); *R. v. Rewniak* (1949), 93 C.C.C. 142 (Man. C.A.); *Abel v. The Queen* (1955), 115 C.C.C. 119 (Que. Q.B.); *R. v. Lindlau* (1978), 40 C.C.C. (2d) 47 (Ont. C.A.). The importance of the right to cross-examine was well expressed by the Court in the reasons of Ritchie J. in *Titus v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 259, at pp. 263-64. There he wrote:

I think it essential to stress the purpose for which the cross-examination is permitted, namely, in order that the defence may explore to the full all factors which might expose the frailty of the evidence called by the prosecution. That the accused as he stands in the prisoner's box on trial for murder is deemed to be innocent until

n'indique pas quelles questions l'avocat se proposait de demander, la cour a déterminé que ce moyen d'appel ne devait pas être accueilli non plus.

### III. Analyse

#### A. *La restriction apportée au contre-interrogatoire par le juge du procès*

##### (1) Le contre-interrogatoire comme élément fondamental d'un procès équitable

Le contre-interrogatoire a une importance incontestable. Il remplit un rôle essentiel dans le processus qui permet de déterminer si un témoin est digne de foi. Même lorsqu'il vise le témoin le plus honnête qui soit, il peut permettre de jauger la fragilité des témoignages. Il peut servir, par exemple, à montrer le handicap visuel ou auditif d'un témoin. Il peut permettre d'établir que les conditions météorologiques pertinentes ont pu limiter la capacité d'observation d'un témoin, ou que des médicaments pris par le témoin ont pu avoir un effet sur sa vision ou son ouïe. Son importance ne peut être mise en doute. C'est le moyen par excellence d'établir la vérité et de tester la véracité. Il faut autoriser le contre-interrogatoire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière. La possibilité de contre-interroger les témoins constitue un élément fondamental du procès équitable auquel l'accusé a droit. Il s'agit d'un principe ancien et bien établi qui est lié de près à la présomption d'innocence. Voir les arrêts *R. c. Anderson* (1938), 70 C.C.C. 275 (C.A. Man.); *R. c. Rewniak* (1949), 93 C.C.C. 142 (C.A. Man.); *Abel c. La Reine* (1955), 23 C.R. 163 (B.R. Qué.), et *R. c. Lindlau* (1978), 40 C.C.C. (2d) 47 (C.A. Ont.). L'importance du droit au contre-interrogatoire est bien soulignée par notre Cour dans les motifs rendus par le juge Ritchie dans l'arrêt *Titus c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 259, aux pp. 263 et 264. Il a alors écrit:

J'estime primordial de souligner le but pour lequel le contre-interrogatoire est permis: il faut que la défense puisse rechercher à fond les facteurs susceptibles de mettre à jour la fragilité de la preuve de la poursuite. L'accusé qui se trouve au banc des prisonniers dans un procès pour meurtre est présumé innocent jusqu'à ce

proven guilty beyond a reasonable doubt is one of the fundamental presumptions inherent in the common law and as such the accused is entitled to employ every legitimate means of testing the evidence called by the Crown to negative that presumption and in my opinion this includes the right to explore all circumstances capable of indicating that any of the prosecution witnesses had a motive for favouring the Crown.

In *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, it was once again emphasized that the right to cross-examine constitutes a principle of fundamental justice that is critical to the fairness of the accused's trial. In that case, the right to cross-examine was placed in the context of the right to make full answer and defence (at p. 608, *per* McLachlin J.):

The right of the innocent not to be convicted is dependent on the right to present full answer and defence. This, in turn, depends on being able to call the evidence necessary to establish a defence and to challenge the evidence called by the prosecution.

In short, the denial of the right to call and challenge evidence is tantamount to the denial of the right to rely on a defence to which the law says one is entitled. The defence which the law gives with one hand, may be taken away with the other. Procedural limitations make possible the conviction of persons who the criminal law says are innocent.

Cross-examination is all the more crucial to the accused's ability to make full answer and defence when credibility is the central issue in the trial. Such was the finding made by the Ontario Court of Appeal in *R. v. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143, at p. 144:

In a case where the guilt or innocence of the [accused] largely turned on credibility, it was a serious error to limit the [accused] of his substantial right to fully cross-examine the principal Crown witness. It would not be appropriate in the circumstances to invoke or apply the curative provisions of s. 613(1)(b)(iii).

que sa culpabilité soit prouvée hors de tout doute raisonnable; c'est là une des présomptions fondamentales inhérentes à la *common law*; c'est ce qui permet à l'accusé d'employer tous les moyens légitimes pour tester la preuve que présente la poursuite pour renverser cette présomption, et cela comprend, à mon avis, le droit d'examiner toutes les situations susceptibles d'indiquer qu'un des témoins de la poursuite a un motif de favoriser la poursuite.

Dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, la Cour a encore une fois souligné que le droit de contre-interroger constitue un principe de justice fondamentale qui est essentiel à l'obtention d'un procès équitable pour l'accusé. Dans cet arrêt, le droit de contre-interroger a été situé dans le contexte du droit de présenter une défense pleine et entière (à la p. 608, le juge McLachlin):

Le droit de l'innocent de ne pas être déclaré coupable est lié à son droit de présenter une défense pleine et entière. Il doit donc pouvoir présenter les éléments de preuve qui lui permettront d'établir sa défense ou de contester la preuve présentée par la poursuite.

Bref, la dénégation du droit de présenter ou de contester une preuve équivaut à la dénégation du droit d'invoquer un moyen de défense autorisé par la loi. La défense que la loi accorde d'une main, peut être retirée de l'autre main. Des contraintes de nature procédurale rendent possible la condamnation de personnes qui, selon les règles de droit pénal, sont innocentes.

Le contre-interrogatoire revêt un caractère encore plus important comme moyen de permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière lorsque la crédibilité est le point litigieux central du procès. C'est le sens de la conclusion tirée par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *R. c. Anandmalik* (1984), 6 O.A.C. 143, à la p. 144:

[TRADUCTION] Dans une affaire où la culpabilité ou l'innocence de l'accusé découlait en grande partie d'une question de crédibilité, ce fut une grave erreur que de priver l'accusé de son droit essentiel de contre-interroger complètement le principal témoin de la poursuite. Il ne serait pas approprié dans les circonstances d'invoquer ou d'appliquer les dispositions réparatrices du sous-al. 613(1)(b)(iii).

The same point was made by the Alberta Court of Appeal in *R. v. Giffin* (1986), 69 A.R. 158, at p. 159:

We agree . . . that the events about which counsel sought to cross-examine were relevant on the question of the credibility of the witness . . . . The accused in this case cannot be said to have had an opportunity for a fair answer and defence when he was not permitted to ask them.

To the same effect is *R. v. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310 (C.A.), where at p. 311 it was said:

Cross-examination is a most powerful weapon of the defence, particularly when the entire case turns on credibility of the witnesses. An accused in a criminal case has the right of cross-examination in the fullest and widest sense of the word as long as he does not abuse that right. Any improper interference with the right is an error which will result in the conviction being quashed.

Thus it can be seen that the right to cross-examine has always been held to be of fundamental importance in a criminal trial. That right is now protected by ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. As a result it should be interpreted in the "broad and generous manner befitting its constitutional status" (see *R. v. Potvin*, [1989] 1 S.C.R. 525, at p. 544).

## (2) Limitations on the Right to Cross-examine

Despite its importance the right to cross-examine has never been unlimited. It must conform to the basic principle that all evidence must be relevant in order to be admissible. In addition the probative value of evidence must be weighed against its prejudicial effect. See *Wigmore on Evidence*, vol. 1A (Tillers rev. 1983), at pp. 969 and 975. Lamer J. (as he then was) commented on the need for cross-examination to comply with these two principles in *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190, at p. 201:

Thayer's statement of the law which is still the law in Canada, was as follows:

Le même raisonnement a été adopté par la Cour d'appel de l'Alberta dans l'arrêt *R. c. Giffin* (1986), 69 A.R. 158, à la p. 159:

[TRADUCTION] Nous reconnaissons [. . .] que les événements à propos desquels l'avocat a demandé de contre-interroger étaient pertinents en ce qui a trait à la question de la crédibilité du témoin. . . . On ne peut dire en l'espèce que l'accusé a eu l'occasion de présenter une défense pleine et entière quand on ne lui a pas permis de poser ces questions.

L'arrêt *R. c. Wallick* (1990), 69 Man. R. (2d) 310 (C.A.), va dans le même sens; on y affirme, à la p. 311:

[TRADUCTION] Le contre-interrogatoire est un outil très puissant de la défense, particulièrement lorsque toute l'affaire repose sur la crédibilité des témoins. L'accusé dans un procès criminel a le droit de procéder à un contre-interrogatoire au sens le plus complet et le plus large du terme pourvu qu'il n'abuse pas de ce droit. Toute limitation induite de ce droit constitue une erreur susceptible d'entraîner l'annulation de la condamnation.

On peut donc constater que le droit au contre-interrogatoire a toujours été considéré comme un élément d'importance fondamentale dans un procès criminel. Ce droit est maintenant protégé par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte*. Par conséquent, il devrait être interprété «dans le sens large et généreux que lui mérite son statut constitutionnel» (voir *R. c. Potvin*, [1989] 1 R.C.S. 525, à la p. 544).

## (2) Restrictions au droit de contre-interroger

Malgré son importance, le droit de contre-interroger n'a jamais été illimité. Il doit respecter le principe fondamental selon lequel tout élément de preuve doit être pertinent pour être admissible. En outre, la valeur probante de la preuve doit être soupesée en regard de son effet préjudiciable. Voir *Wigmore on Evidence*, vol. 1A (Tillers rev. 1983), aux pp. 969 et 975. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a fait le commentaire suivant sur la nécessité de satisfaire à ces deux principes en matière de contre-interrogatoire, dans l'arrêt *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190, à la p. 201:

Le principe de droit qui s'applique encore au Canada a été ainsi formulé par Thayer:

(1) that nothing is to be received which is not logically probative of some matter requiring to be proved; and (2) that everything which is thus probative should come in, unless a clear ground of policy or law excludes it.

To this general statement should be added the discretionary power judges exercise to exclude logically relevant evidence

... as being of too slight a significance, or as having too conjectural and remote a connection; others, as being dangerous, in their effect on the jury, and likely to be misused or overestimated by that body; others, as being impolitic, or unsafe on public grounds; others, on the bare ground of precedent. It is this sort of thing . . . — the rejection on one or another practical ground, of what is really probative, — which is the characteristic thing in the law of evidence; stamping it as the child of the jury system. [Emphasis added.]

Relevance and probative value must be determined in the context of the purpose for which evidence is tendered. Evidence relevant and probative to one issue may not be relevant and probative to another. In the context of sexual assaults, this limitation on cross-examination has been recognized to prevent its use for improper purposes. For example, it cannot be used to elicit the prior sexual history of a complainant for the purpose of impugning her credibility. It has been recognized that the myth that for some reason the complainant's credibility would be affected by prior sexual experience is completely groundless. In *Seaboyer, supra*, s. 277 of the *Criminal Code*'s prohibition of cross-examination on prior sexual history for the purpose of impugning credibility of the complainant was upheld in the following terms (at pp. 612-13, *per* McLachlin J.):

Section 277 excludes evidence of sexual reputation for the purpose of challenging or supporting the credibility of the plaintiff. The idea that a complainant's credibility might be affected by whether she has had other sexual experience is today universally discredited. There is no logical or practical link between a woman's sexual reputation and whether she is a truthful witness.

[TRADUCTION] (1) que rien ne doit être admis qui ne constitue pas une preuve logique d'un fait qui doit être prouvé; et (2) que tout ce qui constitue une telle preuve doit être admis, à moins qu'un motif de principe ou de droit n'entraîne manifestement son exclusion.

À cette déclaration générale doit être ajouté le pouvoir discrétionnaire qu'ont les juges d'exclure certains éléments de preuve logiquement pertinents:

[TRADUCTION] . . . à cause de leur trop faible importance ou en raison de leur lien excessivement conjectural et indirect; d'autres, à cause de leur effet dangereux sur le jury qui est susceptible d'en faire un mauvais usage ou d'en surestimer la valeur; d'autres encore parce qu'ils sont impolitiques ou hasardeux pour des raisons d'intérêt public; d'autres simplement par l'application d'un précédent. [. . .] [C]'est ce genre de chose — le rejet, pour un motif quelconque d'ordre pratique, de ce qui a une véritable valeur probante — qui caractérise le droit de la preuve et qui en fait le fruit du système de jurys. [Je souligne.]

La pertinence et la valeur probante doivent être déterminées dans le contexte du but visé par la preuve produite. L'élément de preuve qui est pertinent et probant à l'égard d'une question peut ne pas l'être à l'égard d'une autre. Dans le contexte des agressions sexuelles, on a apporté cette restriction au contre-interrogatoire pour éviter qu'il ne serve à des fins indues. Il ne peut être utilisé, par exemple, pour évoquer l'activité sexuelle antérieure d'une plaignante dans le but d'attaquer sa crédibilité. On a reconnu l'absence de fondement du mythe selon lequel, pour une raison ou une autre, la crédibilité de la plaignante serait compromise par des expériences sexuelles antérieures. Dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, l'interdiction, formulée à l'art. 277 du *Code criminel*, de faire porter le contre-interrogatoire sur les expériences sexuelles antérieures de la plaignante dans le but d'attaquer sa crédibilité a été confirmée en ces termes par le juge McLachlin (aux pp. 612 et 613):

L'article 277 exclut la preuve de réputation sexuelle visant à attaquer ou à défendre la crédibilité de la plaignante. L'idée que la crédibilité de la plaignante puisse être touchée par le fait qu'elle a eu d'autres rapports sexuels est aujourd'hui universellement rejetée. Il n'existe aucun lien logique ou pratique entre la réputation sexuelle d'une femme et sa crédibilité en tant que

It follows that the evidence excluded by s. 277 can serve no legitimate purpose in the trial. Section 277, by limiting the exclusion to a purpose which is clearly illegitimate, does not touch evidence which may be tendered for valid purposes, and hence does not infringe the right to a fair trial.

In contrast, s. 276 of the *Criminal Code* was struck down since it provided a blanket prohibition on cross-examination on previous sexual history of the complainant in a sexual assault case regardless of the purpose for which that evidence was being adduced. The Court held that such evidence could not be said to be of such trifling weight that its prejudicial effect would always outweigh its probative value (*Seaboyer, supra*, at p. 613).

The issue of admissibility of evidence in a sexual assault case requires a careful balancing. On one hand there must be care and sensitivity exhibited to ensure that the complainant's cross-examination is relevant and pertinent and not needlessly extended for improper purposes. On the other hand the accused's right to a fair trial must always be protected. This principle was accepted in *Seaboyer, supra*, and is reflected in Parliament's enactment of new provisions to replace the former s. 276 (*An Act to amend the Criminal Code (sexual assault)*, S.C. 1992, c. 38, s. 2, which came into force on August 15, 1992). These provisions aim directly at preventing the use of cross examination and introduction of evidence for improper purposes. The new section provides:

**276.** (1) In proceedings in respect of an offence under section 151, 152, 153, 155 or 159, subsection 160(2) or (3) or section 170, 171, 172, 173, 271, 272 or 273, evidence that the complainant has engaged in sexual activity, whether with the accused or with any other person, is not admissible to support an inference that, by reason of the sexual nature of that activity, the complainant

- (a) is more likely to have consented to the sexual activity that forms the subject-matter of the charge; or
- (b) is less worthy of belief.

témoin. La preuve exclue en vertu de l'art. 277 ne peut donc avoir aucune fin légitime au procès. En limitant l'exclusion d'une preuve à une fin qui est clairement illégitime, l'art. 277 ne vise pas la preuve susceptible d'être présentée à des fins valides et ne viole donc pas le droit à un procès équitable.

Par contre, l'art. 276 du *Code criminel* a été déclaré inopérant parce qu'il permettait une interdiction générale de procéder au contre-interrogatoire du plaignant à l'égard de ses expériences sexuelles antérieures dans les cas d'agression sexuelle, peu importe l'objet visé par la production de la preuve. Notre Cour a conclu qu'on ne pouvait affirmer que cette preuve avait une valeur à ce point insignifiante que son effet préjudiciable doive toujours surpasser sa valeur probante (*Seaboyer, précité*, à la p. 613).

La question de l'admissibilité de la preuve dans des affaires d'agression sexuelle nécessite une pondération minutieuse. Il faut, d'une part, faire preuve d'attention et de délicatesse pour s'assurer que le contre-interrogatoire du plaignant porte directement sur des points pertinents et ne s'étend pas inutilement à des fins indues. Il faut toujours, d'autre part, protéger le droit de l'accusé à un procès équitable. Ce principe a été accepté dans l'arrêt *Seaboyer, précité*, et il se traduit dans les nouvelles dispositions adoptées par le législateur pour remplacer l'ancien art. 276 (*Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, ch. 38, art. 2, entrée en vigueur le 15 août 1992). Ces dispositions visent directement à empêcher le recours au contre-interrogatoire et l'introduction d'éléments de preuve à des fins abusives. Le nouvel article dispose:

**276.** (1) Dans les poursuites pour une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 155 ou 159, aux paragraphes 160(2) ou (3) ou aux articles 170, 171, 172, 173, 271, 272 ou 273, la preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle avec l'accusé ou un tiers est inadmissible pour permettre de déduire du caractère sexuel de cette activité qu'il est:

- a) soit plus susceptible d'avoir consenti à l'activité à l'origine de l'accusation;
- b) soit moins digne de foi.

(2) In proceedings in respect of an offence referred to in subsection (1), no evidence shall be adduced by or on behalf of the accused that the complainant has engaged in sexual activity other than the sexual activity that forms the subject-matter of the charge, whether with the accused or with any other person, unless the judge, provincial court judge or justice determines, in accordance with the procedures set out in sections 276.1 and 276.2, that the evidence

(a) is of specific instances of sexual activity;

(b) is relevant to an issue at trial; and

(c) has significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice.

(3) In determining whether evidence is admissible under subsection (2), the judge, provincial court judge or justice shall take into account

(a) the interests of justice, including the right of the accused to make a full answer and defence;

(b) society's interest in encouraging the reporting of sexual assault offences;

(c) whether there is a reasonable prospect that the evidence will assist in arriving at a just determination in the case;

(d) the need to remove from the fact-finding process any discriminatory belief or bias;

(e) the risk that the evidence may unduly arouse sentiments of prejudice, sympathy or hostility in the jury;

(f) the potential prejudice to the complainant's personal dignity and right of privacy;

(g) the right of the complainant and of every individual to personal security and to the full protection and benefit of the law; and

(h) any other factor that the judge, provincial court judge or justice considers relevant. [Emphasis added.]

Sections 276.1 to 276.3 deal with application for a hearing, exclusion of the jury and public and publication bans. Finally s. 276.4 provides:

**276.4** Where evidence is admitted at trial pursuant to a determination made under section 276.2, the judge shall instruct the jury as to the uses that the jury may and may not make of that evidence.

(2) Dans les poursuites visées au paragraphe (1), l'accusé ou son représentant ne peut présenter de preuve de ce que le plaignant a eu une activité sexuelle autre que celle à l'origine de l'accusation sauf si le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix décide, conformément aux articles 276.1 et 276.2, à la fois:

a) que cette preuve porte sur des cas particuliers d'activité sexuelle;

b) que cette preuve est en rapport avec un élément de la cause;

c) que le risque d'effet préjudiciable à la bonne administration de la justice de cette preuve ne l'emporte pas sensiblement sur sa valeur probante.

(3) Pour décider si la preuve est admissible au titre du paragraphe (2), le juge, le juge de la cour provinciale ou le juge de paix prend en considération:

a) l'intérêt de la justice, y compris le droit de l'accusé à une défense pleine et entière;

b) l'intérêt de la société à encourager la dénonciation des agressions sexuelles;

c) la possibilité, dans de bonnes conditions, de parvenir, grâce à elle, à une décision juste;

d) le besoin d'écarter de la procédure de recherche des faits toute opinion ou préjugé discriminatoire;

e) le risque de susciter abusivement, chez le jury, des préjugés, de la sympathie ou de l'hostilité;

f) le risque d'atteinte à la dignité du plaignant et à son droit à la vie privée;

g) le droit du plaignant et de chacun à la sécurité de leur personne, ainsi qu'à la plénitude de la protection et du bénéfice de la loi;

h) tout autre facteur qu'il estime applicable en l'espèce. [Je souligne.]

Les articles 276.1 à 276.3 portent sur la demande d'audition, l'exclusion du jury et du public, et l'interdiction de publication. Enfin, l'art. 276.4 porte:

**276.4** Au procès, le juge doit donner des instructions au jury quant à l'utilisation que celui-ci peut faire ou non de la preuve admise en application de l'article 276.2.



These statutory provisions mirror the concern for the appropriate protection of the interest of the complainants in sexual assault cases that were set forth in *Seaboyer*. Both the reasons of McLachlin J. and the new provisions of the *Code* suggest the factors which should be considered in limiting the scope of cross-examination of a complainant in a sexual assault trial. It cannot be forgotten that a sexual assault is very different from other assaults. It is true that it, like all the other forms of assault, is an act of violence. Yet it is something more than a simple act of violence. Sexual assault is in the vast majority of cases gender based. It is an assault upon human dignity and constitutes a denial of any concept of equality for women.

The reality of the situation can be seen from the statistics which demonstrate that 99 percent of the offenders in sexual assault cases are men and 90 percent of the victims are women. See *Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action* (April 1992), at p. 13. We have seen that the accused's rights to a fair trial and to cross-examine are protected by the common law and given constitutional sanctity by ss. 7 and 11(d). However in the context of sexual assault the rights of the complainant cannot be completely overlooked. The provisions of ss. 15 and 28 of the *Charter* guaranteeing equality to men and women, although not determinative should be taken into account in determining the reasonable limitations that should be placed upon the cross-examination of a complainant. It is only right that reasonable limitations be placed upon such cross-examination. A complainant should not be unduly harassed and pilloried to the extent of becoming a victim of an insensitive judicial system. Yet a fair balance must be achieved so that the limitations on the cross-examination of complainants in sexual assault cases do not interfere with the right of the accused to a fair trial.

Ces dispositions législatives reflètent le souci d'assurer une protection appropriée aux intérêts du plaignant victime d'agression sexuelle, qui ont été établis dans l'arrêt *Seaboyer*. Les motifs du juge McLachlin comme les nouvelles dispositions du *Code* mentionnent les facteurs qu'il faudrait prendre en considération pour limiter la portée du contre-interrogatoire d'un plaignant dans un procès pour agression sexuelle. Il ne faut pas oublier que l'agression sexuelle est une infraction très différente des autres types de voies de fait. Il est vrai que, comme toutes les autres formes de voies de fait, elle est un acte de violence. Elle est toutefois plus qu'un simple acte de violence. Dans la grande majorité des cas, l'agression sexuelle est fondée sur le sexe de la victime. C'est un affront à la dignité humaine et un déni de toute notion de l'égalité des femmes.

La réalité de cette situation ressort clairement des statistiques qui démontrent que 99 pour 100 des contrevenants dans les affaires d'agression sexuelle sont des hommes, et que 90 pour 100 des victimes sont des femmes. Voir *L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre* (avril 1992), à la p. 23. Nous avons vu que les droits de l'accusé à un procès équitable et au contre-interrogatoire sont protégés par la common law et garantis constitutionnellement par l'art. 7 et l'al. 11d). Toutefois, dans le contexte de l'agression sexuelle, les droits du plaignant ne peuvent être ignorés complètement. Même si elles ne sont pas déterminantes, les dispositions des art. 15 et 28 de la *Charte* qui garantissent l'égalité des hommes et des femmes devraient être prises en considération lorsqu'il s'agit d'établir les limites raisonnables à apporter au contre-interrogatoire d'un plaignant. Il va de soi qu'on applique des limites raisonnables à un tel contre-interrogatoire. Le plaignant ne devrait pas être indûment tourmenté et mis au pilori au point de le transformer en victime d'un système judiciaire insensible. Il faut toutefois maintenir un juste équilibre, de sorte que les limites imposées au contre-interrogatoire des plaignants dans des affaires d'agression sexuelle ne nuisent pas au droit de l'accusé à un procès équitable.

In *Seaboyer* it was stressed that the trial judge must be responsible for ensuring that only probative evidence is admitted and that the purpose for which that evidence is admitted is legitimate. At page 634 the following appears:

First, the judge must assess with a high degree of sensitivity whether the evidence proffered by the defence meets the test of demonstrating a degree of relevance which outweighs the damages and disadvantages presented by the admission of such evidence . . . The trial judge must ensure that evidence is tendered for a legitimate purpose, and that it logically supports a defence. The fishing expeditions which unfortunately did occur in the past should not be permitted. The trial judge's discretion must be exercised to ensure that neither the *in camera* procedure nor the trial become forums for demeaning and abusive conduct by defence counsel.

. . . It is hoped that a sensitive and responsive exercise of discretion by the judiciary will reduce and even eliminate the concerns which provoked legislation such as s. 276, while at the same time preserving the right of an accused to a fair trial.

The reasons in *Seaboyer* make it clear that eliciting evidence from a complainant for the purpose of encouraging inferences pertaining to consent or the credibility of rape victims which are based on groundless myths and fantasized stereotypes is improper. A number of rape myths have in the past improperly formed the background for considering evidentiary issues in sexual assault trials. These include the false concepts that: women cannot be raped against their will; only "bad girls" are raped; anyone not clearly of "good character" is more likely to have consented. (See C. A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (1989), at p. 175; L. L. Holmstrom and A. W. Burgess, *The Victim of Rape: Institutional Reactions* (1983); and *Gender Equality in the Canadian Justice System*, *supra*, at p. 18.) In *Seaboyer*, *supra*, McLachlin J. observed that these myths were now discredited at p. 604:

Dans l'arrêt *Seaboyer*, on a souligné que le juge du procès est tenu de s'assurer que seuls les éléments probants sont admis et que la fin pour laquelle la preuve est admise est légitime. L'extrait suivant figure à la p. 634:

Il doit d'abord évaluer, avec la plus grande sensibilité, si la preuve présentée par la défense satisfait au critère exigeant un degré de pertinence qui l'emporte sur les préjudices et les inconvénients qui résulteraient de l'admission de cette preuve. [...] Le juge du procès doit s'assurer que la preuve est présentée à une fin légitime et qu'elle appuie logiquement un moyen de défense. Les recherches à l'aveuglette qui ont malheureusement sévi dans le passé ne doivent plus être autorisées. Le juge doit exercer son pouvoir discrétionnaire pour garantir que ni les procédures à huis clos ni le procès ne deviennent le théâtre de conduite humiliante ou abusive de la part des avocats de la défense.

. . . Il faut espérer que les juges, par exercice responsable et sensible de leur pouvoir discrétionnaire, réduiront ou élimineront les préoccupations qui ont donné naissance à des dispositions comme l'art. 276, tout en préservant le droit de l'accusé à un procès équitable.

Les motifs de l'arrêt *Seaboyer* montrent clairement qu'il ne convient pas d'obtenir d'un plaignant des éléments de preuve en vue de susciter des inférences quant au consentement ou à la crédibilité des victimes de viol sur la base de mythes sans fondement et de stéréotypes fantaisistes. Nombre de mythes sur le viol ont dans le passé indûment servi de cadre à l'examen des questions de preuve dans des affaires d'agression sexuelle. Faisaient partie de ce nombre les fausses notions suivantes: on ne peut violer une femme contre son gré; seules les «femmes de mauvaise réputation» sont violées; la personne qui n'a pas clairement une «bonne moralité» est plus susceptible d'avoir donné son consentement. (Voir C. A. MacKinnon, *Toward a Feminist Theory of the State* (1989), à la p. 175; L. L. Holmstrom et A. W. Burgess, *The Victim of Rape: Institutional Reactions* (1983), et *L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada*, *op. cit.*, aux pp. 33 et 34.) Dans l'arrêt *Seaboyer*, précité, le juge McLachlin a souligné, à la p. 604, que ces mythes étaient maintenant disparus:

Evidence that the complainant had relations with the accused and others was routinely presented (and accepted by judges and juries) as tending to make it more likely that the complainant had consented to the alleged assault and as undermining her credibility generally. These inferences were based not on facts, but on the myths that unchaste women were more likely to consent to intercourse and in any event, were less worthy of belief. These twin myths are now discredited.

It might be helpful to summarize the principles that can be taken from *Seaboyer* with regard to the cross-examination of complainants. Generally, a complainant may be cross-examined for the purpose of eliciting evidence relating to consent and pertaining to credibility when the probative value of that evidence is not substantially outweighed by the danger of unfair prejudice which might flow from it. Cross-examination for the purposes of showing consent or impugning credibility which relies upon "rape myths" will always be more prejudicial than probative. Such evidence can fulfil no legitimate purpose and would therefore be inadmissible to go to consent or credibility. Cross-examination which has as its aim to elicit such evidence should not be permitted. It will be up to the trial judge to take into consideration all of the evidence presented at the *voir dire* and to then determine if there is a legitimate purpose for the proposed cross-examination.

In each case the trial judge must carefully balance the fundamentally important right of the accused to a fair trial against the need for reasonable protection of a complainant, particularly where the purpose of the cross-examination may be directed to "rape myths". In order to assure the fairness of the trial, where contentious issues arise as to the cross-examination of the complainant a *voir dire* should be held. In the *voir dire* it will be necessary to show either by way of submissions of counsel, affidavit or *viva voce* evidence that the proposed cross-examination is appropriate. If at the conclusion of the *voir dire* the cross-examination is permitted then the jury must be advised as

En effet, des preuves que la plaignante avait eu des relations sexuelles avec l'accusé et d'autres personnes étaient ordinairement présentées (et acceptées par les juges et les jurés) comme tendant à rendre plus probable le consentement de la plaignante et à diminuer généralement sa crédibilité. Ces inférences étaient fondées non pas sur des faits mais sur le mythe selon lequel il est plus probable qu'une femme de mœurs faciles consente à des rapports sexuels et qu'elle est, de toute façon, moins digne de foi. Ce mythe double est maintenant disparu.

Il pourrait être utile de résumer les principes qui ont été énoncés dans l'arrêt *Seaboyer* en ce qui a trait au contre-interrogatoire des plaignants. En général, un plaignant peut être contre-interrogé dans le but de faire ressortir des éléments de preuve portant sur le consentement et sur la crédibilité lorsque la valeur probante de cette preuve l'emporte sensiblement sur le risque qu'il en découle un préjudice inéquitable. Le contre-interrogatoire qui se fonde sur des «mythes sur le viol» afin de démontrer qu'il y a eu consentement ou d'attaquer la crédibilité aura toujours un effet préjudiciable qui dépassera sa valeur probante. Une telle preuve ne répond à aucun objectif légitime, et elle serait par conséquent inadmissible en ce qui a trait aux questions du consentement et de la crédibilité. Le contre-interrogatoire qui viserait à évoquer une telle preuve ne devrait pas être autorisé. Il appartient au juge du procès de prendre en considération toute la preuve présentée au *voir-dire* et de déterminer si le contre-interrogatoire proposé vise une fin légitime.

Dans chaque affaire, le juge du procès doit établir un équilibre délicat entre le droit fondamental de l'accusé à un procès équitable et la nécessité de protéger raisonnablement le plaignant, tout particulièrement lorsque la fin visée par le contre-interrogatoire est fondée sur des «mythes sur le viol». Pour faire en sorte que le procès soit équitable, il y a lieu de procéder à un *voir-dire* lorsque des questions litigieuses sont soulevées relativement au contre-interrogatoire du plaignant. Au cours du *voir-dire*, il faudra démontrer, au moyen d'arguments des avocats, d'affidavits ou de témoignages de vive voix, que le contre-interrogatoire demandé est approprié. Si, au terme du *voir-dire*, le contre-

to the proper use that can be made of the evidence derived from the cross-examination. As a general rule the trial of an accused on a charge of sexual assault need not and should not become an occasion for putting the complainant's lifestyle and reputation on trial. The exception to this rule will arise in those relatively rare cases where the complainant may be fraudulent, cruelly mischievous or maliciously mendacious.

### (3) Application to the Facts of this Case

Some 100 pages of medical records were placed before the court in order to determine the complainant's reliability to testify under oath. Counsel for the appellant sought to cross-examine the complainant on them, particularly on the notation made on July 9, 1987, referred to above in the summary of the reasons of the trial court.

Before this Court it was argued that cross-examination on this entry might have elicited evidence which would be relevant to the appellant's belief in the complainant's consent.

It will be remembered that the trial judge refused cross-examination on the ground that it would be a violation of the complainant's privacy to use the medical records for any purpose other than determining her ability to testify under oath. The Court of Appeal held that the trial judge had erred, but concluded that there was nothing in the medical records which would allow it to deduce what questions counsel at trial proposed to ask had he been permitted to make use of those records. Therefore the Court of Appeal found that it could not properly deal with the ruling on the cross-examination.

There has been no submission made that the medical records were improperly before the court. It was accepted by all parties that they were necessary to determine the issue as to the complainant's ability to testify under oath. Once the medical

interrogatoire est autorisé, le jury doit recevoir des directives sur la façon adéquate d'utiliser la preuve tirée du contre-interrogatoire. En règle générale, il n'est ni nécessaire ni souhaitable que le procès d'une personne inculpée d'agression sexuelle donne l'occasion de faire le procès du mode de vie et de la réputation du plaignant. La seule exception à cette règle s'applique dans les cas relativement rares où le plaignant fait preuve de manœuvre frauduleuse, de malveillance cruelle ou de mensonge visant à nuire.

### (3) Application aux faits de l'espèce

Une centaine de pages de dossiers médicaux ont été déposées devant la cour afin de permettre de déterminer si la plaignante pouvait témoigner sous serment. L'avocat de l'appelant a demandé l'autorisation de contre-interroger la plaignante à leur sujet, tout particulièrement au sujet de la note du 9 juillet 1987 dont il est fait mention dans le sommaire des motifs de la cour de première instance.

On a prétendu devant notre Cour qu'un contre-interrogatoire portant sur cet extrait aurait pu faire ressortir des éléments de preuve ayant un rapport avec la croyance de l'appelant au consentement de la plaignante.

Il faut se rappeler que le juge du procès a refusé d'autoriser le contre-interrogatoire parce qu'il estimait que l'utilisation des dossiers médicaux de la plaignante à quelque fin autre que celle de déterminer sa capacité de témoigner sous serment aurait constitué une violation de son droit à la vie privée. La Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait commis une erreur, mais qu'il n'y avait rien dans les dossiers médicaux qui lui permette de déduire les questions que l'avocat voulait poser au cours du procès s'il avait obtenu l'autorisation de les utiliser. La Cour d'appel a donc conclu qu'elle ne pouvait se prononcer de façon adéquate sur la décision relative au contre-interrogatoire.

Nul n'a fait valoir que les dossiers médicaux n'auraient pas dû être produits devant le tribunal. Toutes les parties ont convenu qu'ils étaient nécessaires pour que soit tranchée la question de la capacité de la plaignante à témoigner sous serment.

records were properly admitted, then it was open to the defence to cross-examine upon them in appropriate circumstances. This should not be taken to mean that medical or psychiatric records of complainants in sexual cases will automatically be admissible. There must be a sound basis in relevance for their admission. In most cases there should be a reasonably close temporal connection between the medical reports and the assault.

It is true that the privacy of the complainant is an interest that merits protection as does the need for a relationship of confidence between a patient and her psychiatrist. However, that right to privacy must be balanced against the need to provide a fair trial for the accused and to avoid a miscarriage of justice. Once the medical reports were properly admitted, then in order to ensure a fair trial, cross-examination upon them within the guidelines set out earlier, should have been permitted.

The purpose of the cross-examination must be a significant factor in determining if it is appropriate. Here the defence counsel in submissions to the trial judge indicated that the cross-examination would be directed towards "what kind of person the complainant is". This on its face appears to be the very sort of improper purpose for which evidence cannot be adduced and a jury would have to have been cautioned to that effect. Without anything further as to the object it would seem that the trial judge was correct in refusing to permit cross-examination for that purpose.

However, quite apart from the submissions of the defence counsel, it is the duty of the trial judge to ensure that the accused's rights with regard to cross-examination, which are so essential to the defence, are protected. The trial judge had before him all the medical records. It would have been appropriate to permit cross-examination with regard to the July 9 record, particularly to determine if it would throw any light either upon a possible motive of the complainant to allege that she was the victim of sexual assault or with regard to

Une fois les dossiers médicaux régulièrement admis, il était loisible à la défense de procéder au contre-interrogatoire dans les circonstances appropriées. Cela ne signifie pas que les dossiers médicaux ou psychiatriques des plaignants dans des affaires d'agression sexuelle seront automatiquement admissibles. Leur admission en preuve doit être solidement fondée sur leur pertinence. Dans la plupart des cas, il devrait y avoir un rapport temporel suffisamment étroit entre les rapports médicaux et l'agression.

Il est vrai que la vie privée de la plaignante est un intérêt qui mérite d'être protégé, au même titre que la relation de confiance entre un patient et son psychiatre. Toutefois, ce droit à la vie privée doit être évalué en regard de la nécessité d'assurer un procès équitable à l'accusé et d'éviter une erreur judiciaire. Une fois les rapports médicaux régulièrement admis, il aurait fallu, pour assurer un procès équitable, que le juge autorise à leur égard la tenue d'un contre-interrogatoire conforme aux lignes directrices déjà établies.

La fin visée par le contre-interrogatoire est un facteur déterminant de son opportunité. En l'espèce, l'avocat de la défense, dans les prétentions qu'il a présentées au juge du procès, a indiqué que le contre-interrogatoire porterait sur [TRADUCTION] «le genre de personne qu'est la plaignante». À première vue, cela semble constituer le type même de fin induue pour laquelle des éléments de preuve ne peuvent pas être produits, et le jury devrait en être averti. En l'absence d'autre précision sur l'objet visé, il semble que le juge du procès a eu raison de refuser d'autoriser la tenue d'un contre-interrogatoire à cette fin.

Toutefois, indépendamment des prétentions avancées par l'avocat de la défense, il incombe au juge du procès de s'assurer que les droits de l'accusé en matière de contre-interrogatoire, qui sont si essentiels à la défense, sont protégés. Le juge du procès avait tous les dossiers médicaux devant lui. Il aurait dû autoriser le contre-interrogatoire à l'égard du rapport du 9 juillet, particulièrement pour déterminer s'il pouvait jeter une lumière nouvelle soit sur un motif qu'aurait pu avoir la plaignante de prétendre avoir été victime d'une agres-

her conduct which might have led the appellant to believe that she was consenting to sexual advances.

There was then a sound basis for permitting cross-examination upon the medical reports, particularly the notation of July 9. In the absence of that cross-examination, it is impossible to know what evidence might have been adduced. When the opportunity to cross-examine was denied, the accused was deprived of his right to a fair trial. As Wilson J. stated in *Potvin, supra*, at p. 543:

... it is the opportunity to cross-examine and not the fact of cross-examination which is crucial if the accused is to be treated fairly.

I would repeat for purposes of emphasis that the cross-examination of a complainant can only be undertaken for proper purposes and its ambit may well be restricted. Although cross-examination on the medical records ought to have been permitted in this case, that does not mean that it will necessarily bring forth evidence helpful to the position of the appellant. For example what the complainant said to her counsellor on July 9, could well reflect a victim's unfortunate and unwarranted feelings of guilt and shame for actions and events that were in no way her fault. Feelings of guilt, shame and lowered self-esteem are often the result of the trauma of a sexual assault. If this is indeed the basis for her statement to the counsellor, then they could not in any way lend an air of reality to the accused's proposed defence of mistaken belief in the complainant's consent. However, in the absence of cross-examination it is impossible to know what the result might have been.

In summary then, the opportunity to cross-examine on the medical record was essential to ensure that the accused had the benefit of a fair trial. The denial of that opportunity, and the impossibility of ascertaining what might have been

sion sexuelle, soit sur un aspect de sa conduite qui aurait pu porter l'appelant à croire qu'elle consentait à ses avances sexuelles.

Il existait donc des motifs réels pour que soit autorisée la tenue d'un contre-interrogatoire sur les rapports médicaux, en particulier sur la note du 9 juillet. Faute de contre-interrogatoire, il est impossible de savoir quelle preuve aurait pu être obtenue. Lorsqu'il s'est vu refuser le contre-interrogatoire, l'accusé a été privé de son droit à un procès équitable. Comme l'a affirmé le juge Wilson dans l'arrêt *Potvin*, précité, à la p. 543:

... c'est l'occasion de contre-interroger, et non le contre-interrogatoire lui-même, qui est cruciale si on veut traiter l'accusé de façon équitable.

Je répéterais pour mieux le souligner que le contre-interrogatoire d'un plaignant ne peut avoir lieu que pour des fins appropriées et que l'on peut fort bien en restreindre la portée. En l'espèce, on aurait dû autoriser la tenue d'un contre-interrogatoire à l'égard des dossiers médicaux, mais cela ne signifie pas pour autant qu'un tel contre-interrogatoire dévoilera nécessairement des éléments de preuve utiles à la position de l'appelant. Par exemple, les propos tenus par la plaignante devant son conseiller le 9 juillet pourraient fort bien refléter les sentiments malheureux et non fondés de culpabilité et de honte pour des actes et des événements survenus sans qu'elle soit fautive. Les sentiments de culpabilité, de honte et de perte d'estime de soi sont souvent le résultat de l'expérience traumatisante de l'agression sexuelle. S'ils étaient effectivement le fondement de sa déclaration à son conseiller, ils ne pourraient aucunement donner une vraisemblance au moyen de défense de la croyance erronée au consentement de la plaignante qu'invoque l'appelant. Faute de contre-interrogatoire toutefois, il est impossible de savoir quel aurait pu en être le résultat.

En bref donc, il était essentiel de donner à l'accusé la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire au sujet du dossier médical pour faire en sorte qu'il bénéficie d'un procès équitable. En raison du refus de lui donner cette possibilité et de

the result of the cross-examination, make it necessary to order a new trial on those grounds.

However, the appellant also challenges the validity of s. 265(4) of the *Criminal Code* and that issue must be resolved.

**B. Section 265(4) of the Criminal Code: the Mistake of Fact and Defence**

Section 265(4) provides as follows:

**265. . . .**

(4) Where an accused alleges that he believed that the complainant consented to the conduct that is the subject-matter of the charge, a judge, if satisfied that there is sufficient evidence and that, if believed by the jury, the evidence would constitute a defence, shall instruct the jury, when reviewing all the evidence relating to the determination of the honesty of the accused's belief, to consider the presence or absence of reasonable grounds for that belief.

The appellant's first submission is that the courts below erred in their finding that the evidence was insufficient to justify putting the defence of mistaken belief in the complainant's consent to the jury. In the absence of any evidence which might be held to be admissible arising from a cross-examination on the medical records at a new trial, and considering only the evidence presented at the trial it would be difficult to find any error in that decision. Here the evidence of the complainant was emphatically to the effect there was no consent and that nothing she said or did would give rise to a belief that she was consenting to the actions of the appellant. On the other hand the appellant testified that the complainant was throughout an enthusiastic and willing if not a particularly active participant in all his actions. On that basis there would appear to be no basis for considering the defence of a mistaken belief in the consent of the complainant. However, as there must be a new trial to allow for a cross-examination upon the medical records within the guidelines outlined, it would be inappropriate to discuss

l'impossibilité de déterminer quel aurait pu en être le résultat, il est nécessaire d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Toutefois, l'appelant conteste aussi la validité du par. 265(4) du *Code criminel*, et il faut trancher cette question.

**B. Le paragraphe 265(4) du Code criminel: erreur de fait et défense**

Le paragraphe 265(4) porte:

**265. . . .**

(4) Lorsque l'accusé allègue qu'il croyait que le plaignant avait consenti aux actes sur lesquels l'accusation est fondée, le juge, s'il est convaincu qu'il y a une preuve suffisante et que cette preuve constituerait une défense si elle était acceptée par le jury, demande à ce dernier de prendre en considération, en évaluant l'ensemble de la preuve qui concerne la détermination de la sincérité de la croyance de l'accusé, la présence ou l'absence de motifs raisonnables pour celle-ci.

La première prétention de l'appelant est que les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur en concluant que la preuve était insuffisante pour que soit soumise au jury la défense de la croyance erronée au consentement de la plaignante. En l'absence de toute preuve qui pourrait être jugée admissible par suite d'un contre-interrogatoire portant sur les dossiers médicaux au cours d'un nouveau procès et eu égard à la seule preuve présentée au procès, il serait difficile de relever quelque erreur dans cette décision. En l'espèce, le témoignage de la plaignante affirmait catégoriquement qu'il n'y a eu aucun consentement et que rien de ce qu'elle a dit ou fait ne pouvait porter quelqu'un à croire qu'elle donnait son consentement aux actes de l'appelant. Celui-ci a déclaré pour sa part que la plaignante était en tout temps une participante enthousiaste et consentante, si ce n'est une participante particulièrement active, à tous ses actes. En pareil cas, rien ne semble justifier qu'on examine la défense de la croyance erronée au consentement de la plaignante. Toutefois, comme il doit y avoir un nouveau procès pour permettre un contre-interrogatoire à l'égard des dossiers médicaux, conformément aux lignes directrices déjà

this issue in light of the fresh evidence that may be forthcoming.

The second position put forward by the appellant is that s. 265(4) violates the rights of an accused under ss. 11(d) (the presumption of innocence) and 11(f) (the right to trial by jury).

(1) Interpretation of Section 265(4)

Section 265(4) of the *Criminal Code* is applicable to all assaults, not just sexual assaults. It appears to be no more than the codification of the common law defence of mistake of fact. See *Robertson, supra*, and *R. v. Jobidon*, [1991] 2 S.C.R. 714, at p. 730. In my view the section simply sets out the basic requirements which are applicable to all defences. Namely, that a defence should not be put to the jury if a reasonable jury properly instructed would have been unable to acquit on the basis of the evidence tendered in support of that defence. On the other hand, if a reasonable jury properly instructed could acquit on the basis of the evidence tendered with regard to that defence, then it must be put to the jury. It is for the trial judge to decide whether the evidence is sufficient to warrant putting a defence to a jury as this is a question of law alone. (See *Parnerkar v. The Queen*, [1974] S.C.R. 449, and *Pappajohn, supra*.) There is thus a two step procedure which must be followed. First, the trial judge must review all the evidence and decide if it is sufficient to warrant putting the defence to the jury. Second, if the evidence meets that threshold, the trial judge must put the defence to the jury, which in turn will weigh it and decide whether it raises a reasonable doubt. See *Wigmore on Evidence, supra*, at pp. 968-69; and *R. v. Faid*, [1983] 1 S.C.R. 265, at p. 276. I take this to be the meaning of the words "sufficient evidence" as they appear in s. 265(4).

énoncées, il ne serait pas indiqué d'examiner ici cette question étant donné la possibilité que surgissent de nouveaux éléments de preuve.

La seconde proposition avancée par l'appelant porte que le par. 265(4) viole les droits que garantissent à l'accusé les al. 11d) (la présomption d'innocence) et 11f) (le droit à un procès avec jury).

(1) L'interprétation du par. 265(4)

Le paragraphe 265(4) du *Code criminel* s'applique à toutes les voies de fait et ne se limite pas aux agressions sexuelles. Il semble ne constituer qu'une codification du moyen de défense de l'erreur de fait reconnu par la common law. Voir les arrêts *Robertson*, précité, et *R. c. Jobidon*, [1991] 2 R.C.S. 714, à la p. 730. À mon avis, cette disposition établit simplement les critères fondamentaux qui sont applicables à tous les moyens de défense, à savoir qu'il n'y a pas lieu de soumettre un moyen de défense au jury si un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées n'aurait pas été en mesure d'acquitter l'accusé à partir de la preuve présentée à l'appui de ce moyen de défense. En revanche, s'il est possible qu'un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées acquitte l'accusé à partir de la preuve présentée à l'appui de ce moyen de défense, il doit être soumis au jury. C'est au juge du procès qu'il appartient de décider si la preuve est suffisante pour que la défense soit soumise à un jury puisqu'il s'agit d'une question strictement de droit. (Voir *Parnerkar c. La Reine*, [1974] R.C.S. 449, et *Pappajohn*, précité.) Il faut donc suivre une procédure à deux étapes. En premier lieu, le juge du procès doit examiner toute la preuve et déterminer si elle est suffisante pour justifier que la défense soit soumise au jury. En second lieu, si la preuve satisfait à cette exigence préliminaire, le juge du procès doit soumettre le moyen de défense au jury, qui l'évaluera et déterminera s'il soulève un doute raisonnable. Voir *Wigmore on Evidence, op. cit.*, aux pp. 968 et 969, et *R. c. Faid*, [1983] 1 R.C.S. 265, à la p. 276. C'est, à mon avis, l'interprétation qui doit être donnée aux mots «preuve suffisante» qui figurent au par. 265(4).



It is trite law that a trial judge must instruct the jury only upon those defences for which there is a real factual basis. A defence for which there is no evidentiary foundation should not be put to the jury. This rule extends well beyond the defence of mistaken belief in consent and is of long standing. In *Kelsey v. The Queen*, [1953] 1 S.C.R. 220, at p. 226, Fauteux J., writing for the majority, held:

The allotment of any substance to an argument or of any value to a grievance resting on the omission of the trial Judge from mentioning such argument must be conditioned on the existence in the record of some evidence or matter apt to convey a sense of reality in the argument and in the grievance. [Emphasis added.]

In *Parnerkar, supra*, it was argued that the defence of provocation must be put to the jury if there was "any evidence" to support it. Fauteux C.J., writing for the majority, rejected this argument. At page 454 he wrote:

The function assigned to the jury with respect to the particular facts mentioned in s. 203(3) does not in any way differ from the function they have to decide all other questions of fact, whether these facts constitute elements of a crime or elements of an excuse or a justification for a crime charged. Indeed and in all of the cases, the valid exercise of the function of the jury is, according to the very words of the oath of office taken by them, to give a verdict according to evidence. They cannot go beyond the evidence and resort to speculation nor, of course, would it be proper for the trial judge to invite them to do so. 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), 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.

There is nothing, either expressed or necessarily implied, in the language of s. 203(3) to indicate an intention of Parliament to modify the principle according to which the sufficiency of evidence, which is an

Il est bien établi en droit que le juge du procès ne doit soumettre au jury que les moyens de défense qui disposent d'un fondement factuel. Un moyen de défense qui n'a pas de valeur probante ne doit pas être soumis au jury. Cette règle a une application qui ne se limite pas à la défense fondée sur la croyance erronée au consentement et elle existe depuis longtemps. Dans l'arrêt *Kelsey c. The Queen*, [1953] 1 R.C.S. 220, à la p. 226, le juge Fauteux, au nom de la majorité, a tiré la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Pour accorder quelque substance à un argument ou quelque valeur à un grief qui se fonde sur l'omission du juge du procès de mentionner cet argument, il faut qu'il y ait au dossier une preuve ou un point qui puisse rendre vraisemblable l'argument et le grief. [Je souligne.]

Dans l'arrêt *Parnerkar*, précité, on avait prétendu que la défense de provocation doit être présentée au jury s'il existe «quelque preuve» à son appui. Le juge en chef Fauteux, qui a écrit les motifs pour la majorité, a rejeté cet argument. Il a écrit, à la p. 454:

La tâche confiée au jury quant aux faits particuliers mentionnés au par. (3) de l'art. 203 ne diffère aucunement de la tâche qu'il a de déterminer toutes les autres questions de fait, que ces faits constituent des éléments d'un crime ou des éléments d'une excuse ou d'une justification à l'égard d'un crime imputé. En effet, et dans toutes causes, l'exercice valide de la fonction d'un jury consiste, selon les termes mêmes du serment d'office que les jurés doivent prêter, à rendre un verdict fondé sur la preuve. Les jurés ne peuvent aller au-delà de la preuve ni faire des conjectures et, évidemment, il ne serait pas de bon droit pour le juge de première instance de les inviter à le faire. 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, 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.

Il n'y a rien, soit d'exprès ou de nécessairement implicite, dans les termes de l'art. 203(3) qui manifeste une intention de la part du législateur de modifier le principe selon lequel la suffisance de la preuve, question

issue only where there is some evidence, is a question of fact for the jury and the absence of evidence is a question of law for the trial judge.

In *R. v. Squire*, [1977] 2 S.C.R. 13, the Court again dealt with the defence of provocation and the circumstances in which it should be put to a jury. Spence J. cited *Parmerkar*, *supra*, and concluded, 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)), 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.

Dickson J., as he then was, set out the two-pronged approach to defences in *Faid*, *supra*, at pp. 276-77:

Whether the accused was provoked to lose his self-control is a question of fact for the jury. Where an accused testifies that he killed impulsively in hot blood it must be left to the jury to decide whether he is to be believed or not. There is, however, the preliminary question to be decided by the judge as a question of law, namely, whether there was any evidence produced on which a jury could decide that the accused acted in the heat of passion. The question as to whether or not there is any evidence is for the court, but subject to that the following matters are both questions of fact for the jury, namely, (i) the sufficiency of the particular wrongful act or insult to cause an ordinary person to be deprived of self-control, and (ii) whether the accused was actually deprived of his self-control . . .

Dickson J. went on to state, at p. 278:

In the present case the question is whether there was any evidence potentially enabling a reasonable jury acting judicially to find that *Faid* was deprived of the power of self-control by the provocation that he alleged he received.

The question is not whether there is some evidence, but rather, whether there is some evidence capable of supporting the particular defence

qui se pose seulement lorsqu'il y a une preuve, est une question de fait laissée au jury et l'absence de preuve est une question de droit laissée au juge.

Dans l'arrêt *R. c. Squire*, [1977] 2 R.C.S. 13, notre Cour a de nouveau examiné la question de la défense de provocation et des circonstances dans lesquelles elle peut être soumise à un jury. Le juge Spence a cité l'arrêt *Parmerkar*, précité, et conclu, 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)). 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.

Le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a établi, dans l'arrêt *Faid*, précité, la démarche à deux volets applicable à l'examen des moyens de défense, aux pp. 276 et 277:

La question de savoir si l'accusé a perdu la maîtrise de lui-même par suite d'une provocation est une question de fait à soumettre au jury. Lorsqu'un accusé témoigne qu'il a tué impulsivement dans un accès de colère, c'est le jury qui doit décider de la crédibilité de ce témoignage. Il y a toutefois la question de droit préliminaire à trancher par le juge, savoir si on a produit des éléments de preuve sur lesquels un jury pourrait se fonder pour conclure que l'accusé a agi dans un accès de colère. C'est donc à la cour que revient la tâche de décider s'il existe des éléments de preuve, mais, sous cette réserve, sont des questions de fait à soumettre au jury le point de savoir (i) si l'action injuste ou l'insulte en question suffit à priver une personne ordinaire de la maîtrise de soi et (ii) si cette action ou insulte a effectivement privé l'accusé de la maîtrise de lui-même . . .

Le juge Dickson a ajouté, à la p. 278:

En la présente espèce, la question est donc de savoir s'il existe une preuve quelconque susceptible de permettre à un jury raisonnable agissant judiciairement de conclure que *Faid* a été privé du pouvoir de se maîtriser par la provocation qu'il allègue avoir reçue.

La question n'est pas de savoir s'il y a une preuve, mais plutôt de savoir s'il y a une preuve susceptible d'étayer la défense particulière invoquée par

alleged by the accused. This is made clear by the manner in which the Court examined the evidence in *Faid*, at p. 278:

There can be no doubt that a reasonable jury acting judicially could find a blow to the head or a knife attack to be a wrongful act or insult of the nature and effect set forth in s. 215(3). Provocation no doubt existed here but that is not the end of the inquiry. The critical question to be answered in this case was whether there was any evidence that Faid was provoked. Was there any evidence of passion or that he "acted upon" the provocation on the sudden and before there was time for his passion to cool? We have only his evidence on the point and nowhere in that evidence does one find any suggestion that as a result of the blows or other conduct of Wilson he was enraged, or that his passions were inflamed, or that he killed in heat of blood.

There was evidence before the jury of acts that could amount to provocation. Yet it was not sufficient to support the defence argued since there was no evidence that Faid was provoked by those acts. Thus, the trial judge should not have put that specific defence to the jury.

The same reasoning was applied to the defence of necessity in *Morgentaler v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 616. Laskin C.J. (dissenting on another point) stated (at p. 654):

The trial Judge in charging the jury on necessity could only have done so on the basis that there was evidence to go to the jury on which they could make a finding that the defence was made out.

Writing for the majority, at p. 659, Pigeon J. stated:

In *Parnerkar v. The Queen*, (at p. 454) Fauteux C.J., speaking for a majority, said:

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), it is then, as a matter of law, within the area exclusively reserved to the

l'accusé. C'est ce qui ressort clairement de la façon dont notre Cour a examiné la preuve dans l'arrêt *Faid*, précité, à la p. 278:

Il ne fait pas de doute qu'un jury raisonnable agissant judiciairement pouvait conclure qu'un coup à la tête ou une attaque au couteau constitue une action injuste ou une insulte de la nature et du caractère énoncés au par. 215(3). Il y a sans doute eu provocation en l'espèce, mais la réflexion ne s'arrête pas là. La question vitale à trancher ici est de savoir s'il existait une preuve indiquant que Faid a été provoqué. Existait-il des preuves d'un accès de colère ou de ce que Faid «a agi» sous l'impulsion du moment et avant d'avoir eu le temps de reprendre son sang-froid? Sur ce point nous n'avons que son témoignage et rien dans ce témoignage n'indique que les coups ou toute autre conduite de Wilson l'ont mis en rage ou l'ont rendu furieux ni qu'il a tué dans un accès de colère.

La preuve présentée devant le jury établissait l'existence d'actes qui constituaient de la provocation. Toutefois, cette preuve ne suffisait pas à étayer la défense invoquée puisqu'il n'avait pas été établi que Faid avait été provoqué par ces actes. Le juge du procès n'aurait donc pas dû soumettre cette défense spécifique au jury.

Le même raisonnement s'applique à la défense fondée sur la nécessité dans l'arrêt *Morgentaler c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 616. Le juge en chef Laskin (dissident sur un autre point) a déclaré (à la p. 654):

Le juge du procès, lorsqu'il a donné des directives au jury sur la nécessité, n'a pu le faire qu'en étant d'avis qu'il y avait des éléments de preuve sur lesquels le jury pouvait conclure que la défense avait été établie.

S'exprimant au nom de la majorité dans cet arrêt, le juge Pigeon a dit, à la p. 659:

Dans l'arrêt *Parnerkar c. la Reine*, (à la p. 454), M. le juge en chef Fauteux, parlant pour une majorité de la Cour, déclarait:

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, il entre donc, comme question de droit, dans le cadre des attributions exclusivement réservées au juge de première instance de le

trial judge to so decide and his duty to refrain from putting the defence of provocation to the jury.

This reasoning is clearly applicable to every defence, seeing that it rests on the fundamental definition of the respective roles of judge and jury.

The same rule has been applied in the context of self-defence. In *Brisson v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 227, the Court held that there must be an air of reality to the defence before it can be put to the jury. McIntyre J. for the majority on this issue stated (at p. 235):

A trial judge must put to the jury all defences which arise from the evidence. There must, however, be some evidence sufficient to give an air of reality to a defence before the obligation to put a defence can arise.

This Court again stated the requirement that there must be evidence sufficient to give an air of reality before a defence may be put to a jury in *R. v. Aalders*, [1993] 2 S.C.R. 482. Writing for the majority, I held that the alternative verdict of manslaughter should not have been put to the jury because in light of the evidence presented in that case "[t]here was no air of reality to the defence" (pp. 505-6).

All these cases recognize the wise concept that the jury should only be instructed on defences that arise from the evidence which has been tendered. A juror should not be required to listen to instructions on defences which simply cannot be applicable to the case that they have heard. The comments to this effect made by Doherty J.A. in *R. v. Haughton* (1992), 11 O.R. (3d) 621, at p. 625, are particularly appropriate.

In the realm of sexual assault cases the requirement of sufficient evidence has caused some confusion. Yet in my view these words require no more than the application of the principles that have been set out above. In *Pappajohn*, *supra*, it was held that the defence of mistaken belief in consent should only be put to the jury if there was

décider et celui-ci doit s'abstenir de soumettre au jury la défense de provocation.

Ce raisonnement s'applique clairement à toute défense, puisqu'il est basé sur la définition fondamentale des fonctions propres d'un juge et d'un jury.

La même règle a été appliquée dans le contexte de la légitime défense. Dans l'arrêt *Brisson c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 227, notre Cour a conclu que la défense doit être vraisemblable pour pouvoir être soumise au jury. Le juge McIntyre, qui s'exprimait au nom de la majorité sur ce point, a déclaré (à la p. 235):

Un juge du procès doit soumettre au jury tous les moyens de défense qui découlent de la preuve. Il faut cependant des éléments de preuve suffisants pour appuyer la vraisemblance d'un moyen de défense avant que l'obligation de le soumettre prenne naissance.

Notre Cour a réaffirmé, dans l'arrêt *R. c. Aalders*, [1993] 2 R.C.S. 482, la nécessité de conclure à l'existence d'une preuve suffisante pour donner une vraisemblance avant qu'un moyen de défense ne soit soumis au jury. Au nom de la majorité, j'ai conclu que le verdict subsidiaire d'homicide involontaire coupable n'aurait pas dû être soumis au jury puisque, eu égard à la preuve présentée dans cette affaire, le «moyen de défense [...] n'avait aucune vraisemblance» (p. 506).

Toutes ces décisions reconnaissent la notion judicieuse selon laquelle le jury ne devrait être saisi que des moyens de défense qui découlent de la preuve produite. Les jurés ne devraient pas recevoir de directives sur des moyens de défense qui ne s'appliquent tout simplement pas à l'affaire qu'ils ont entendue. Les commentaires du juge Doherty en ce sens dans l'arrêt *R. c. Haughton* (1992), 11 O.R. (3d) 621 (C.A.), à la p. 625, sont particulièrement pertinents.

Dans les affaires d'agression sexuelle, la question de la preuve suffisante a donné lieu à une certaine confusion. Pourtant, à mon avis, ces mots n'exigent rien d'autre que l'application des principes susmentionnés. Dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, notre Cour a conclu que le moyen de défense de la croyance erronée au consentement ne devait

an adequate and evidentiary foundation found for it. There McIntyre J. writing for the majority stated that in order for the defence to be put to the jury it must have "an air of reality". He explained that term in these words (at pp. 126-27):

Before any obligation arises to put defences, there must be in the evidence some basis upon which the defence can rest and it is only where such an evidentiary basis is present that a trial judge must put a defence.

He then went on to state (at p. 133):

It would seem to me that if it is considered necessary in this case to charge the jury on the defence of mistake of fact, it would be necessary to do so in all cases where the complainant denies consent and an accused asserts it.

In *Bulmer, supra*, McIntyre J. had a further opportunity to explore the defence of mistake and the air of reality requirement. He restated his earlier position (at pp. 789-90):

It is well settled law that in his charge the trial judge must put to the jury all defences that may arise upon the evidence, whether they have been raised by counsel for the defence or not. In doing so, he is obliged to explain the law respecting the defence and to refer the jury to the evidence which may be relevant on that issue. Before putting the defence, however, the trial judge must decide whether in the facts before him the defence arises on the evidence. It is only when he decides this question in favour of the defence that he must leave it to the jury, for a trial judge is not bound to put every defence suggested by counsel in the absence of some evidentiary base. Indeed, he should not do so, for to put a wholly unsupported defence would only cause confusion.

He then continued, at p. 791:

When the defence of mistake of fact — or for that matter any other defence — is raised, two distinct steps are involved. The first step for the trial judge is to decide if the defence should be put to the jury. It is on this question, as I have said, that the "air of reality" test is applied.

être soumis au jury que si la preuve a une valeur probante adéquate. Le juge McIntyre, au nom de la majorité, a déclaré que le moyen de défense doit avoir une «apparence de vraisemblance» avant d'être soumis au jury. Il a expliqué cette expression en ces termes, aux pp. 126 et 127:

Pour qu'une obligation naisse à cet égard, la preuve doit contenir des éléments qui puissent appuyer le moyen de défense et ce n'est que dans ce cas que le juge doit le soumettre.

Il a ensuite ajouté, à la p. 133:

Il me semble que si en l'espèce, on juge nécessaire de donner au jury des directives sur le moyen de défense d'erreur de fait, il faudra le faire dans tous les cas où la plaignante nie avoir consenti et où l'accusé affirme le contraire.

Dans l'arrêt *Bulmer*, précité, le juge McIntyre a eu de nouveau l'occasion d'examiner le moyen de défense d'erreur et le critère de la vraisemblance. Il a reformulé sa position antérieure en ces termes (aux pp. 789 et 790):

Il est bien établi en droit que dans son exposé au jury le juge du procès doit présenter tous les moyens de défense qui peuvent être soulevés d'après les éléments de preuve, qu'ils aient été plaidés par l'avocat de la défense ou non. Ainsi, il est obligé d'expliquer le droit concernant le moyen de défense et de signaler au jury l'élément de preuve qui peut être pertinent à cet égard. Toutefois, avant de présenter la défense, le juge du procès doit décider si, d'après les faits qui lui sont présentés, le moyen de défense découle des éléments de preuve. C'est seulement lorsqu'il rend une décision favorable sur cette question qu'il doit présenter la défense au jury, car le juge du procès n'est pas tenu de présenter tous les moyens de défense proposés par l'avocat en l'absence d'éléments de preuve à l'appui. En fait, il ne devrait pas le faire, car présenter un moyen de défense qui n'est absolument pas appuyé par un élément de preuve ne causerait que de la confusion.

Et le juge de poursuivre, à la p. 791:

Lorsque la défense d'erreur de fait, ou d'ailleurs tout autre moyen de défense, est soulevée, deux étapes distinctes doivent être franchies. La première étape exige que le juge du procès décide si le moyen de défense devrait être soumis au jury. C'est à l'égard de cette question, comme je l'ai déjà dit, que le critère de l'«apparence de vraisemblance» s'applique.

In a judgment released concurrently (*Robertson, supra*), Wilson J., writing for the Court, also discussed the air of reality threshold (at p. 933):

Although there has been some difference of view on the Court as to whether the accused's knowledge of lack of consent is to be described as an element of the offence or as a defence of mistake of fact, the Court has been unanimous in its agreement on one proposition — there must be evidence that gives an air of reality to the accused's argument that he believed the complainant was consenting before the issue goes to the jury.

And further at p. 938:

In my view, the inclusion of s. 244(4) [now s. 265(4)] in the *Code* makes it clear that the trial judge should not in every case instruct the jury to consider whether the accused had an honest, though mistaken, belief in consent. The trial judge should only give such an instruction when certain threshold requirements have been met. These requirements are totally consistent with the previous case law.

It can be seen that this Court has consistently held that the defence of mistake of fact in a sexual assault trial will be put to the jury so long as it meets the same threshold requirement as that demanded of all defences. The term "air of reality" simply means that the trial judge must determine if the evidence put forward is such that, if believed, a reasonable jury properly charged could have acquitted. If the evidence meets that test then the defence must be put to the jury. This is no more than an example of the basic division of tasks between judge and jury. It is the judge who must determine if evidence sought to be adduced is relevant and admissible. In the same way, it is the judge who determines if there is sufficient evidence adduced to give rise to the defence. If there has been sufficient evidence put forward, then the jury must be given the opportunity to consider that defence along with all the other evidence and other defences left with them in coming to their verdict.

Dans un arrêt rendu en même temps (*Robertson, précité*), le juge Wilson, qui a rédigé les motifs pour la Cour, a aussi examiné le critère de la vraisemblance (à la p. 933):

Bien qu'il y ait eu des divergences d'opinions au sein de cette Cour quant à savoir si la connaissance qu'a l'accusé de l'absence de consentement doit être décrite comme un élément de l'infraction ou plutôt comme un moyen de défense d'erreur de fait, la Cour a été unanime sur un point, savoir pour que la question soit soumise au jury, il doit exister des éléments de preuve qui rendent vraisemblable l'argument de l'accusé selon lequel il croyait que la plaignante donnait son consentement.

Elle a ajouté, à la p. 938:

À mon avis, l'insertion du par. 244(4) [maintenant le par. 265(4)] dans le *Code* indique clairement que le juge du procès n'est pas obligé dans chaque cas de demander au jury d'examiner si l'accusé croyait sincèrement, mais à tort, qu'il y avait eu consentement. Le juge du procès ne doit donner une telle directive que dans la mesure où l'on a satisfait à certaines exigences préliminaires. Ces exigences concordent parfaitement avec la jurisprudence.

On peut voir que notre Cour a maintenu de façon constante que le moyen de défense d'erreur de fait dans un procès pour agression sexuelle ne sera soumis au jury que s'il satisfait à la même exigence préliminaire que celle qui s'applique à tous les moyens de défense. L'expression «vraisemblance» signifie simplement que le juge du procès doit déterminer si la preuve produite est susceptible, si elle était acceptée, de permettre à un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées de prononcer l'acquittement. Si la preuve satisfait à ce critère, la défense doit être soumise au jury. Il ne s'agit en fait que d'un exemple de la division fondamentale des tâches respectives du juge et du jury. C'est le juge qui doit d'abord déterminer si la preuve qu'on cherche à présenter est pertinente et admissible. De même, c'est le juge qui détermine si l'on a produit une preuve suffisante pour appuyer le moyen de défense. Si la preuve est suffisante, le jury doit avoir l'occasion d'examiner cette défense avec les autres éléments de preuve et les autres moyens de défense qui lui ont été pré-

See *Morgentaler*, *supra*, at p. 659, *per* Pigeon J.; and *Wigmore on Evidence*, *supra*, at p. 976.

The jury system has in general functioned exceptionally well. Its importance has been recognized in s. 11(f) of the *Charter*. One of the reasons it has functioned so very well is that trial judges have been able to direct the minds of jurors to the essential elements of the offence and to those defences which are applicable. That process should be maintained. The charge to the jury must be directed to the essential elements of the crime with which the accused is charged and defences to it. Speculative defences that are unfounded should not be presented to the jury. To do so would be wrong, confusing, and unnecessarily lengthen jury trials.

In coming to a conclusion as to the sufficiency of the evidence pertaining to a defence, the trial judge must consider all the evidence and all the circumstances. It is only when the totality of the evidence tendered at the trial has been taken into account and considered in the light of all the relevant circumstances that the trial judge will be in a position to make a ruling. See *Bulmer*, *supra*, at pp. 790-91, and *Squire*, *supra*, at p. 21.

In what circumstances will it be appropriate to consider a defence of mistaken belief in consent? It is the position of the intervener, the Attorney General for Ontario, that the defence cannot arise in situations where the evidence of the complainant and the accused are diametrically opposed. For example, if the accused states that there was willing consent and the complainant denies any consent then the defence simply cannot arise. In such circumstances for a jury to accept the defence of mistaken belief in consent it would have to reject all the evidence given at the trial including that tendered by both the complainant (no consent) and that of the accused (willing consent). Indeed in order to give effect to the defence a jury would have to speculate upon and give effect to a third version of events which was not in evidence. See,

sentés, avant de rendre son verdict. Voir l'arrêt *Morgentaler*, précité, à la p. 659, les motifs du juge Pigeon, et *Wigmore on Evidence*, *op. cit.*, à la p. 976.

En général, le système de jury fonctionne exceptionnellement bien. Son importance est confirmée par l'al. 11f) de la *Charte*. L'une des raisons qui expliquent pourquoi il fonctionne si bien a trait au fait que les juges du procès peuvent diriger l'attention des jurés sur les éléments essentiels de l'infraction et sur les moyens de défense applicables. Ce processus devrait être maintenu. L'exposé au jury doit porter sur les éléments essentiels du crime reproché à l'accusé et sur les moyens de défense qui peuvent être soulevés. Quant aux moyens de défense théoriques qui ne sont pas étayés, ils ne devraient pas être soumis au jury, car cela ne serait pas approprié et risquerait de créer de la confusion et de prolonger indûment les procès avec jury.

Pour arriver à une décision sur la question du caractère suffisant de la preuve relative à un moyen de défense, le juge du procès doit examiner toute la preuve et toutes les circonstances. Ce n'est que lorsque la totalité de la preuve produite au procès a été prise en considération et examinée à la lumière de toutes les circonstances pertinentes que le juge du procès est en mesure de trancher. Voir les arrêts *Bulmer*, précité, aux pp. 790 et 791, et *Squire*, précité, à la p. 21.

Dans quelles circonstances faudrait-il examiner un moyen de défense fondé sur la croyance erronée au consentement? Selon le procureur général de l'Ontario, intervenant au présent pourvoi, cette défense ne peut être invoquée dans les situations où le témoignage de la plaignante et celui de l'appelant sont diamétralement opposés. Si, par exemple, l'accusé déclare qu'il y avait consentement expressé et que la plaignante nie qu'il y ait eu quelque consentement, le moyen de défense ne peut tout simplement pas être soulevé. Pour que le jury accepte la défense de la croyance erronée au consentement en de telles circonstances, il lui faudrait rejeter toute la preuve produite au cours du procès, y compris celle qui a été présentée à la fois par la plaignante (aucun consentement) et par l'accusé (consentement expressé). En fait, pour

for example, *R. v. Guthrie* (1985), 20 C.C.C. (3d) 73 (Ont. C.A.), at pp. 83-84.

McIntyre J. adverted to this issue when he stated in *Pappajohn, supra*, at pp. 133-34:

Where the complainant says rape and the accused says consent, and where on the whole of the evidence, including that of the complainant, the accused, and the surrounding circumstances, there is a clear issue on this point, and where as here the accused makes no assertion of a belief in consent as opposed to an actual consent, it is unrealistic in the absence of some other circumstance or circumstances . . . to consider the judge bound to put the mistake of fact defence.

This point was also made in the House of Lords decision in *Director of Public Prosecutions v. Morgan*, [1976] A.C. 182. Lord Cross explained at p. 204:

So, as the judge made clear at the outset of his summing up, the only real issue in the case was whether what took place in the Morgan's house that night was a multiple rape or a sexual orgy. The jury obviously considered that the appellants' evidence as to the part played by Mrs. Morgan was a pack of lies and one must assume that any other jury would take the same view as to the relative credibility of the parties. That any jury which thought that the grounds for a belief in consent put forward by the defendants, which if truly held would have been eminently reasonable, were in fact never entertained by them at all, should in the same breath hold that they may have had an honest belief in consent based on different and unreasonable grounds is inconceivable.

Lord Hailsham stated the issue as follows, at p. 207:

The choice before the jury was thus between two stories each wholly incompatible with the other, and in my opinion it would have been quite sufficient for the judge, after suitable warnings about the burden of proof, corroboration, separate verdicts and the admissibility of the statements only against the makers, to tell the jury

accueillir ce moyen de défense, le jury devrait conjecturer sur une troisième version des faits qui n'a pas été établie par la preuve et l'entériner. Voir, par exemple, l'arrêt *R. c. Guthrie* (1985), 20 C.C.C. (3d) 73 (C.A. Ont.), aux pp. 83 et 84.

Le juge McIntyre a fait allusion à ce point lorsqu'il a déclaré, aux pp. 133 et 134 de l'arrêt *Pappajohn*, précité:

Lorsque la plaignante prétend avoir été violée, et que l'accusé prétend qu'elle consentait, et lorsque l'ensemble de la preuve, y compris le témoignage de la plaignante, celui de l'accusé et les circonstances de l'affaire, soulève une question claire sur ce point, et lorsque comme en l'espèce, l'accusé ne fait aucune affirmation de croyance au consentement par opposition à un consentement véritable, il est irréaliste, en l'absence d'autres circonstances [. . .] de considérer que le juge a l'obligation de soumettre au jury le moyen de défense d'erreur de fait.

Cette question a aussi été examinée dans l'arrêt de la Chambre des lords *Director of Public Prosecutions c. Morgan*, [1976] A.C. 182. Lord Cross y explique, à la p. 204:

[TRADUCTION] Ainsi, comme le juge l'a précisé au début de son résumé, la seule question litigieuse dans ce cas était de savoir si ce qui s'est passé dans la maison de Morgan ce soir-là est un viol collectif ou une orgie. Le jury a manifestement estimé que le témoignage des appelants quant au rôle joué par M<sup>me</sup> Morgan était un tissu de mensonges et on peut supposer que n'importe quel autre jury adopterait la même opinion quant à la crédibilité relative des parties. On ne peut concevoir que le jury qui a estimé que les défendeurs n'ont jamais eu à l'esprit les motifs qu'ils invoquent pour établir l'existence d'une croyance au consentement, lesquels, s'ils avaient été sincères, auraient été très raisonnables, puisse du même souffle conclure que les intéressés peuvent avoir eu une croyance sincère au consentement fondée sur des motifs différents et déraisonnables.

Lord Hailsham a énoncé ce point de la façon suivante, à la p. 207:

[TRADUCTION] Le jury devait donc choisir entre deux versions totalement incompatibles et, à mon avis, il aurait amplement suffi que le juge, après avoir exposé adéquatement la question de la charge de la preuve, de la corroboration, des verdicts distincts et de l'admissibilité des dépositions contre leurs auteurs seulement, dise



that they must really choose between the two versions, the one of a violent and unmistakable rape of a singularly unpleasant kind, and the other of active co-operation in a sexual orgy, always remembering that if in reasonable doubt as to which was true they must give the defendants the benefit of it. In spite of the valiant attempts of counsel to suggest some way in which the stories could be taken apart in sections and give rise in some way to a situation which might conceivably have been acceptable to a reasonable jury in which, while the victim was found not to have consented, the appellants, or any of them could conceivably either reasonably or unreasonably have thought she did consent, I am utterly unable to see any conceivable half-way house. The very material which could have introduced doubt into matter of consent goes equally to belief and vice versa.

See also: *Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386 (H.L.).

I agree with this position. The defence of mistake may arise when the accused and the complainant tell essentially the same story and then argue that they interpreted it differently. Realistically it can only arise when the facts described by the complainant and the accused generally correspond but the interpretation of those facts leads to a different state of mind for each of the parties. In a situation where the evidence given is directly opposed as to whether there was consent, the defence of mistake as to consent simply cannot exist. However, even in the absence of that defence, the jury will nonetheless be bound to acquit if it has a reasonable doubt as to whether there was consent in light of the conflicting evidence on the issue. Lack of consent is an integral element of the offence. In cases where there is conflicting evidence on the issue the trial judge will always direct the jury that they must be satisfied beyond a reasonable doubt that consent was lacking.

It should be emphasized once again that the defence of mistaken belief in consent will be invoked rarely. In the vast majority of cases a sexual assault does not occur as a result of accident or mistake. It is simply not a crime that lends itself to

aux membres du jury qu'ils doivent en réalité choisir entre les deux versions, dont l'une faisait état d'un viol caractérisé et violent de nature particulièrement odieuse, et l'autre d'une participation active à une orgie, en se rappelant toujours qu'en cas de doute raisonnable sur la vraie version, ils doivent toujours en accorder le bénéfice aux défendeurs. Malgré les vaillantes tentatives de l'avocat pour établir une façon permettant de fragmenter les versions et de décrire une situation qui pourrait paraître acceptable à un jury raisonnable et dans laquelle, même si l'on a jugé que la victime n'avait pas consenti, les appelants, ensemble ou individuellement, pouvaient théoriquement, de façon raisonnable ou déraisonnable, avoir cru qu'elle consentait, je ne puis absolument pas concevoir de moyen terme. Les éléments qui pouvaient avoir soulevé le doute quant au consentement portent également sur la croyance, et vice versa.

Voir aussi l'arrêt *Bratty c. Attorney-General for Northern Ireland*, [1963] A.C. 386 (H.L.).

Je suis d'accord avec cette position. La défense d'erreur peut être invoquée lorsque l'accusé et le plaignant racontent essentiellement la même version tout en prétendant l'avoir interprétée différemment. De façon réaliste, elle ne peut être soulevée que lorsque les faits décrits par le plaignant correspondent de façon générale à ceux qui sont décrit par l'accusé, et que leur interprétation laisse entrevoir un état d'esprit différent, propre à chaque partie. Dans une situation où les témoignages sur l'existence d'un consentement sont directement contraires, la défense d'erreur quant au consentement n'existe tout simplement pas. Toutefois, même en l'absence de cette défense, le jury doit prononcer un acquittement si, à la lumière de la preuve contradictoire sur ce point, il a un doute raisonnable quant à la question de savoir s'il y a eu consentement. L'absence de consentement est un élément essentiel de l'infraction. Dans les cas où il y a preuve contradictoire sur cette question, le juge du procès expose toujours aux jurés qu'ils doivent être convaincus hors de tout doute raisonnable de l'absence de consentement.

Il y a lieu de souligner encore une fois que la défense de la croyance erronée au consentement n'est que rarement soulevée. Dans la grande majorité des cas, l'agression sexuelle ne survient ni par accident ni par erreur. Ce n'est tout simplement

commission by mistake or by accident. As Dickson J. dissenting in *Pappajohn, supra*, stated, at p. 155, it is not a crime that is committed *per incuriam*. Indeed it may well be appropriate for a trial judge to charge a jury that in the usual course of events this is not a crime that can be committed accidentally.

(2) Evidentiary Burden of Section 265(4)

The next question that must be addressed is what evidence must be adduced before the trial judge should put the defence of mistake to the jury. This issue has caused some confusion. In *Pappajohn, supra*, at p. 133, McIntyre J. stated:

To require the putting of the alternative defence of mistaken belief in consent, there must be, in my opinion, some evidence beyond the mere assertion of belief in consent by counsel for the appellant. This evidence must appear from or be supported by sources other than the appellant in order to give it any air of reality. [Emphasis added.]

McIntyre J. clarified his position in *Bulmer, supra*, at p. 790:

There will not be an air of reality about a mere statement that "I thought she was consenting" not supported to some degree by other evidence or circumstances arising in the case. If that mere assertion were sufficient to require a trial judge to put the "mistake of fact" defence, it would be a simple matter in any rape case to make such an assertion and, regardless of all other circumstances, require the defence to be put. [Emphasis added.]

The question that arises is whether this means that in order for the defence to be put to the jury there must be some evidence of mistaken belief in consent emanating from a source other than the accused. In my view, this proposition cannot be correct. There is no requirement that there be evidence independent of the accused in order to have the defence put to the jury. However, the mere assertion by the accused that "I believed she was consenting" will not be sufficient. What is required is that the defence of mistaken belief be supported

pas un crime qui se produit par erreur ou par accident. Comme l'a dit le juge Dickson, dissident, dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, à la p. 155, ce n'est pas un crime qui est commis par incurie. En fait, il peut même être loisible au juge du procès de dire au jury qu'en temps normal il ne s'agit pas d'un crime qui peut être commis par accident.

(2) La charge de présentation en vertu du par. 265(4)

Il faut maintenant examiner la question de savoir quelle preuve doit être produite pour que le juge du procès soumette la défense d'erreur au jury. Cette question a entraîné une certaine confusion. Dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, à la p. 133, le juge McIntyre a dit:

Pour exiger que soit soumis le moyen de défense subsidiaire de croyance erronée au consentement, il faut, à mon avis, d'autres preuves que la simple affirmation par l'appelant d'une croyance au consentement. Cette preuve doit ressortir d'autres sources que l'appelant, ou s'y appuyer, pour lui donner une apparence de vraisemblance. [Je souligne.]

Le juge McIntyre a clarifié sa position dans l'arrêt *Bulmer*, précité, à la p. 790:

Il n'y aura pas d'apparence de vraisemblance à la simple affirmation «je croyais qu'elle consentait» sans que ce ne soit appuyé dans une certaine mesure par d'autres éléments de preuve ou circonstances de l'affaire. Si cette simple affirmation était suffisante pour obliger le juge du procès à présenter le moyen de défense «d'erreur de fait», il suffirait dans toute affaire de viol de faire une telle déclaration et, peu importe les autres circonstances, exiger que le moyen de défense soit soumis au jury. [Je souligne.]

Il s'agit maintenant de savoir si cela signifie que, pour que le moyen de défense soit présenté au jury, il doit y avoir une preuve de la croyance erronée au consentement qui provienne d'une autre source que de l'accusé. À mon avis, cette proposition n'est pas correcte. Il n'est pas nécessaire qu'il y ait une preuve indépendante de l'accusé pour que ce moyen de défense soit soumis au jury. Toutefois, il ne suffit pas que l'accusé affirme simplement «je croyais qu'elle consentait». Il faut que la défense de la croyance erronée soit étayée par une

by evidence beyond the mere assertion of a mistaken belief. In the words of the Lord Morris of Borth-y-Gest, there must be more than a “facile mouthing of some easy phrase of excuse” (*Bratty, supra*, at p. 417).

In order to have the defence put to the jury the same requirement must be satisfied as for all other defences. Just as a defence of provocation will not be put to the jury on the basis of the bare assertion of the accused that “I was provoked”, see *Faid, supra*, at p. 278, so too the bare assertion of the accused that “I thought she was consenting” will not warrant putting the defence of mistaken belief in consent to the jury. The requisite evidence may come from the detailed testimony of the accused alone, on this issue or from the testimony of the accused coupled with evidence from other sources. For example, the complainant’s testimony may supply the requisite evidence.

In the case at bar, the Court of Appeal correctly held that the trial judge erred in finding that the defence of mistake was unavailable on the basis of the accused’s evidence alone. However, it erred in finding that there could be no air of reality to the defence on the basis that the complainant had been kidnapped by the appellant. The basic premise that Southin J.A. elaborated is correct. That is to say the belief by a convicted kidnapper that his victim consented to a sexual assault on the occasion of the kidnapping has no air of reality. However, in this case there had not been a previous or separate conviction on the kidnapping charge. Indeed, the *mens rea* for the kidnapping charge and that for the sexual assault were so closely connected as to be inseparable. The kidnapping could not therefore be used as the grounds for rejecting the defence of mistake.

### (3) Constitutionality of Section 265(4)

#### (i) *The Presumption of Innocence: Section 11(d)*

The fundamental principle protected by s. 11(d) is the guarantee of a right to be presumed innocent,

preuve qui va plus loin que la seule affirmation en ce sens. Dans les mots de lord Morris of Borth-y-Gest, il doit y avoir plus que [TRADUCTION] «l’expression creuse d’une formule d’excuse facile» (*Bratty, précité*, à la p. 417).

Pour que le moyen de défense soit soumis au jury, il faut satisfaire au même critère que celui qui s’applique à tous les autres moyens de défense. Tout comme une défense de provocation ne sera pas présentée au jury uniquement parce que l’accusé a prononcé les mots «j’ai été provoqué» (voir l’arrêt *Faid, précité*, à la p. 278), le seul fait que l’accusé affirme «je pensais qu’elle consentait» ne justifiera pas de soumettre au jury la défense de la croyance erronée au consentement. La preuve nécessaire peut provenir du seul témoignage détaillé de l’accusé sur cette question ou de son témoignage corroboré par celui d’autres sources. Par exemple, le témoignage du plaignant peut fournir les éléments de preuve nécessaires.

En l’espèce, la Cour d’appel a conclu à bon droit que le juge du procès avait commis une erreur en statuant que la défense d’erreur ne pouvait être soulevée sur le seul fondement du témoignage de l’accusé. Elle a par contre commis une erreur en concluant que ce moyen de défense ne pouvait avoir aucune vraisemblance parce que la plaignante avait été enlevée par l’appelant. La prémisse de base élaborée par le juge Southin de la Cour d’appel est juste, à savoir que la croyance de l’auteur de l’enlèvement que sa victime consentait à une agression sexuelle à l’occasion de l’enlèvement n’a aucune vraisemblance. Toutefois, en l’espèce, il n’y a pas eu de déclaration antérieure ou distincte de culpabilité sous le chef de l’enlèvement. En fait, la *mens rea* de l’infraction d’enlèvement et celle de l’agression sexuelle étaient tellement liées qu’elles étaient inséparables. L’enlèvement ne pouvait donc servir de motif pour rejeter la défense d’erreur.

### (3) La constitutionnalité du par. 265(4)

#### (i) *La présomption d’innocence: l’al. 11d)*

Le principe fondamental qui est protégé par l’al. 11d) est la garantie du droit d’être présumé inno-

that is, that an accused is not to be convicted when there exists a reasonable doubt as to his guilt. Any law which places a persuasive burden on the accused to prove either the existence or non-existence of a fact essential to guilt will infringe upon the right guaranteed by s. 11(d). As I have indicated, all criminal defences must meet a threshold requirement of sufficient evidence, or in other words, an air of reality, before the trial judge should leave them with a jury. In my view this does not violate the presumption of innocence.

This Court has earlier had occasion to consider whether such a requirement places an unacceptable reverse onus of proof on the accused. For example, in *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, Dickson J. discussed this issue in relation to the defence of necessity (at pp. 257-58):

Although necessity is spoken of as a defence, in the sense that it is raised by the accused, the Crown always bears the burden of proving a voluntary act. The prosecution must prove every element of the crime charged. One such element is the voluntariness of the act. Normally, voluntariness can be presumed, but if the accused places before the Court, through his own witnesses or through cross-examination of Crown witnesses, evidence sufficient to raise an issue that the situation created by external forces was so emergent that failure to act could endanger life or health and upon any reasonable view of the facts, compliance with the law was impossible, then the Crown must be prepared to meet that issue. There is no onus of proof on the accused.

In conclusion he stated at p. 259:

... where the accused places before the Court sufficient evidence to raise the issue, the onus is on the Crown to meet it beyond a reasonable doubt.

The distinction between a burden of proof with regard to an offence or an element of the offence, and an evidentiary burden is critical. It must be remembered that the accused only bears the evidentiary burden of raising the issue of mistake, and

cent, c'est-à-dire qu'un accusé ne doit pas être déclaré coupable lorsqu'il existe un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Toute loi qui impose à l'accusé une charge de persuasion en vertu de laquelle il serait tenu de prouver l'existence ou l'inexistence d'un fait essentiel à sa culpabilité porte atteinte au droit garanti par l'al. 11d). Comme je l'ai déjà mentionné, tous les moyens de défense contre des accusations pénales doivent satisfaire à l'exigence préliminaire de la preuve suffisante ou, en d'autres termes, au critère de vraisemblance, pour que le juge du procès les soumette au jury. J'estime que cela ne viole pas la présomption d'innocence.

Notre Cour a déjà eu l'occasion d'examiner la question de savoir si une telle exigence impose à l'accusé une inversion de la charge de la preuve qui serait inacceptable. Dans l'arrêt *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, par exemple, le juge Dickson a examiné ce point dans le contexte de la défense de nécessité (aux pp. 257 et 258):

Bien que la nécessité soit désignée comme un moyen de défense en ce sens que c'est l'accusé qui l'invoque, il incombe toujours à la poursuite de faire la preuve d'un acte volontaire. La poursuite doit prouver chacun des éléments du crime imputé. Un de ces éléments est le caractère volontaire de l'acte. Normalement, le caractère volontaire peut se présumer, mais si l'accusé soumet à la cour, au moyen de ses propres témoins ou d'un contre-interrogatoire des témoins de la poursuite, des éléments de preuve suffisants pour soulever un doute que la situation engendrée par des forces extérieures était à ce point urgente que l'omission d'agir pouvait mettre en danger la vie ou la santé de quelqu'un et que, suivant une analyse raisonnable des faits, il était impossible d'observer la loi, alors la poursuite se doit d'écarter ce doute. Le fardeau de la preuve ne repose pas sur l'accusé.

Il a conclu, à la p. 259:

... si l'accusé fournit à la cour suffisamment d'éléments de preuve pour soulever la question, il incombe à la poursuite de contredire cette preuve hors de tout doute raisonnable.

La distinction entre la charge de la preuve à l'égard d'un infraction ou d'un élément de l'infraction et la charge de présentation est critique. Il faut se rappeler que l'accusé n'est tenu de s'acquitter que de la charge de présentation en soulevant la

in fact, only bears that burden if sufficient evidence has not already been raised by the prosecution's case. The reasons of Wilson J. in *Robertson, supra*, at p. 933, deal with this issue:

In addition, I believe that previous case law establishes the proposition that, where there is sufficient evidence for the issue to go to the jury, the Crown bears the burden of persuading the jury beyond a reasonable doubt that the accused knew the complainant was not consenting or was reckless as to whether she was consenting or not. Using the language of Glanville Williams in *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), at pp. 871-910, there are two separate burdens in relation to the issue of honest but mistaken belief — the evidentiary burden and the burden of persuasion. Evidence must be introduced that satisfies the judge that the issue should be put to the jury. This evidence may be introduced by the Crown or by the defence. The accused bears the evidentiary burden only in the limited sense that, if there is nothing in the Crown's case to indicate that the accused honestly believed in the complainant's consent, then the accused will have to introduce evidence if he wishes the issue to reach the jury. Once the issue is put to the jury the Crown bears the risk of not being able to persuade the jury of the accused's guilt.

McIntyre J. also made this fundamental distinction in *Pappajohn, supra*, at p. 127:

What is the standard which the judge must apply in considering this question? Ordinarily, when there is any evidence of a matter of fact, the proof of which may be relevant to the guilt or innocence of an accused, the trial judge must leave that evidence to the jury so that they may reach their own conclusion upon it. Where, however, the trial judge is asked to put a specific defence to the jury, he is not concerned only with the existence or non-existence of evidence of fact. He must consider, assuming that the evidence relied upon by the accused to support a defence is true, whether that evidence is sufficient to justify the putting of the defence.

Section 265(4) does not create a statutory presumption. The accused seeking to raise the defence of mistaken belief only bears a tactical evidentiary

question de l'erreur, et qu'en fait, il n'a cette charge que si la poursuite n'a pas fourni suffisamment d'éléments à cet égard dans la présentation de sa preuve. Les motifs du juge Wilson dans l'arrêt *Robertson*, précité, à la p. 933, portent sur cette question:

De plus, je crois que la jurisprudence établit que, lorsqu'il y a une preuve suffisante pour que la question soit soumise au jury, il incombe au ministère public de le persuader hors de tout doute raisonnable que l'accusé savait que la plaignante ne consentait pas ou qu'il ne se souciait pas de savoir si elle consentait ou non. Pour reprendre les termes employés par Glanville Williams dans *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), aux pp. 871 à 910, la question de la croyance sincère mais erronée comporte une charge de la preuve en deux parties distinctes: la charge de présentation et la charge de persuasion. Il faut produire des éléments de preuve qui convainquent le juge qu'il y a lieu de soumettre la question au jury. Cette preuve peut être présentée par le ministère public ou par la défense. La charge de présentation n'incombe à l'accusé qu'en ce sens restreint que, si rien dans la preuve produite par le ministère public n'indique que l'accusé croyait sincèrement au consentement de la plaignante, il appartiendra alors à ce dernier de produire la preuve requise s'il veut que le jury soit saisi de la question. Une fois celle-ci soumise au jury, le ministère public court le risque de ne pas être en mesure de convaincre le jury de la culpabilité de l'accusé.

Le juge McIntyre a lui aussi fait cette distinction fondamentale dans l'arrêt *Pappajohn*, précité, à la p. 127:

Quel critère le juge doit-il utiliser pour trancher cette question? Habituellement, lorsqu'on établit un élément de fait dont la preuve peut être pertinente à la culpabilité ou à l'innocence d'un accusé, le juge doit laisser au jury le soin de tirer sa propre conclusion à cet égard. Cependant, lorsqu'on demande au juge de soumettre au jury un moyen de défense spécifique, il n'a pas à rechercher seulement s'il existe ou non une preuve de fait. Présument que la preuve sur laquelle l'accusé fonde son moyen de défense est vraie, il doit examiner si elle est suffisante pour justifier l'exposé du moyen au jury.

Le paragraphe 265(4) ne crée pas une présomption d'origine législative. L'accusé qui désire invoquer le moyen de défense de croyance erronée ne

burden. This point was made by Wilson J. in *Robertson, supra*, at pp. 936:

There is an evidentiary burden on the accused but (and this, in my opinion, is the important point) if there is sufficient evidence to put the issue before the jury, then the Crown has the burden of proving beyond a reasonable doubt that the accused did not have an honest belief as to consent. The defence of mistake, as Dickson J. pointed out in *Pappajohn*, is simply a denial of *mens rea* which does not involve the accused in a burden of proof.

This position is supported by Professor Hogg:

... the presumption of innocence would not be infringed by a provision that imposed on the accused the burden of adducing sufficient evidence to raise a reasonable doubt as to the presence or absence of some fact that is an element of the offence, a collateral factor, an excuse or a defence. An evidentiary burden of this kind does not infringe s. 11(d), because a conviction could be avoided simply by the accused *raising a reasonable doubt* in the mind of the trier of fact. [Emphasis in original.]

(*Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), vol. 2, at p. 48-15.)

Section 265(4) leaves the burden on the Crown in regard to all the essential elements of the offence. The prosecution must prove both the *mens rea* and the *actus reus* beyond a reasonable doubt: that the accused engaged in sexual intercourse with a woman who was not consenting, and that he intended to engage in sexual intercourse without the consent of the woman. It is always open to the jury even without the defence of mistake of fact as to consent to find that there was a reasonable doubt as to the accused's *mens rea* and acquit. The mere fact of the air of reality requirement does not displace the presumption of innocence.

In conclusion, then, the air of reality threshold set forth in s. 265(4) does not violate s. 11(d). While it creates an evidentiary burden on the accused in the sense that he must raise sufficient evidence to give the defence an air of reality to justify its presentation to the jury, the burden of prov-

doit s'acquitter que d'une charge de présentation tactique. Ce point a été souligné par le juge Wilson dans l'arrêt *Robertson*, précité, à la p. 936:

Il y a une charge de présentation qui incombe à l'accusé mais, (et c'est là, à mon avis, le point fondamental) si la preuve est suffisante pour que la question soit soumise au jury, il incombe alors au ministère public de prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé ne croyait pas sincèrement au consentement. Le moyen de défense d'erreur, comme le juge Dickson l'a souligné dans l'arrêt *Pappajohn*, est une simple négation de la *mens rea* qui ne fait peser sur l'accusé aucune charge de la preuve.

Le professeur Hogg abonde dans le même sens:

[TRADUCTION] ... la présomption d'innocence ne serait pas violée par une disposition qui imposerait à l'accusé la charge de présenter une preuve suffisante pour soulever un doute raisonnable quant à la présence ou à l'absence de certains faits qui constituent un élément de l'infraction, un facteur connexe, une excuse ou une défense. Une telle charge de présentation n'enfreint pas l'al. 11d) puisque l'accusé peut éviter d'être condamné simplement *en soulevant un doute raisonnable* dans l'esprit du juge des faits. [En italique dans l'original.]

(*Constitutional Law of Canada* (3<sup>e</sup> éd. 1992), vol. 2, à la p. 48-15.)

Le paragraphe 265(4) laisse à la poursuite la charge de prouver tous les éléments essentiels de l'infraction. La poursuite doit prouver à la fois la *mens rea* et l'*actus reus* hors de tout doute raisonnable: c'est-à-dire que l'accusé a eu des rapports sexuels avec une femme qui n'y consentait pas, et qu'il avait l'intention d'avoir de tels rapports sans le consentement de la femme. Il est toujours loisible au jury, même en l'absence d'une défense d'erreur de fait quant au consentement, de conclure à l'existence d'un doute raisonnable à l'égard de la *mens rea* de l'accusé et d'acquitter ce dernier. La simple obligation d'établir une vraisemblance ne modifie pas la présomption d'innocence.

En conclusion donc, le critère préliminaire de la vraisemblance établi au par. 265(4) ne viole pas l'al. 11d). Même s'il crée une charge de présentation qui incombe à l'accusé, en ce sens que celui-ci doit soulever une preuve suffisante pour donner au moyen de défense une vraisemblance justifiant

ing all of the elements of the offence beyond a reasonable doubt rests squarely with the Crown.

(ii) *Right to a Trial by Jury: Section 11(f)*

Section 11(f) confers on a person charged with an offence the right to be tried by a jury where the maximum punishment for the offence is imprisonment for five years or more.

It is a basic tenet of the jury system that the jury decides issues of fact while the judge determines questions of law. Whether there is sufficient evidence to determine if an issue has been properly raised is a question of law, and therefore is properly in the domain of the judge (*Bulmer, supra*, at pp. 790-91 and 796).

The requirement that there be an air of reality to the defence of mistaken belief in consent set out in s. 265(4) is reasonable and entirely valid. It is no more than a reaffirmation of an integral part of the judge's role in supervising a jury trial. The trial judge must determine questions of law such as the relevance and admissibility of evidence and the competence and compellability of witnesses. In doing so the trial judge cannot be accused of usurping the role of the jury or violating the accused's rights. Similarly it is appropriate that the judge determine if there is sufficient evidence to raise the defence of mistaken belief in consent. In considering the evidence giving rise to the air of reality, it must be remembered that the trial judge is not weighing the evidence, but is simply examining it to determine what defences are available. See *Guthrie, supra*, at p. 84.

The appellant was provided with a trial by jury. The only elements of the trial that were decided by the trial judge were those things properly within his realm, namely those issues pertaining to trial process and questions of law. There is consequently no violation of the appellant's right to a trial by jury.

qu'il soit soumis au jury, il n'en demeure pas moins que la charge de prouver tous les éléments de l'infraction hors de tout doute raisonnable repose clairement sur la poursuite.

(ii) *Le droit à un procès avec jury: l'al. 11f)*

L'alinéa 11f) confère à tout inculpé le droit de bénéficier d'un procès avec jury lorsque la peine maximale pour l'infraction est un emprisonnement de cinq ans ou plus.

En vertu d'un précepte fondamental du système de jury, le jury décide des questions de fait tandis que le juge tranche les questions de droit. La question de savoir s'il y a une preuve suffisante pour déterminer si un point en litige a été soulevé adéquatement est une question de droit, qui relève donc de la compétence du juge (*Bulmer, précité*, aux pp. 790, 791 et 796).

L'obligation de prouver que la défense de croyance erronée au consentement est vraisemblable, prévue au par. 265(4), est raisonnable et complètement valide. Elle ne constitue que la réaffirmation d'une partie intégrante du rôle du juge en matière de contrôle du procès avec jury. Le juge du procès doit trancher les questions de droit comme la pertinence et l'admissibilité de la preuve, et l'habilité et la contraignabilité des témoins. Dans ces domaines, on ne peut accuser le juge du procès d'usurper le rôle du jury ni de violer les droits de l'accusé. De même, il revient au juge de déterminer s'il y a une preuve suffisante pour que soit soulevé la défense de croyance erronée au consentement. Il y lieu de se rappeler que lorsqu'il est appelé à examiner la preuve visant à donner une vraisemblance, le juge du procès n'évalue pas la preuve, mais se contente de l'examiner afin de déterminer quels moyens de défense peuvent être soulevés. Voir l'arrêt *Guthrie, précité*, à la p. 84.

L'appellant a bénéficié d'un procès avec jury. Les seuls éléments du procès que le juge du procès a tranchés étaient des éléments qui appartenaient à son champ de compétence, à savoir les questions relatives au processus judiciaire et les questions de droit. Il n'y a donc eu aucune violation du droit de l'appellant à un procès avec jury.

(iii) *Section 1*

As I have concluded that the air of reality threshold contained in s. 265(4) violates neither s. 11(d) or s. 11(f) there is no need to consider s. 1 of the *Charter*.

IV. Disposition

The appeal should be allowed and a new trial ordered on the ground that the trial judge erred in failing to allow the cross-examination of the complainant on her medical records. That cross-examination should be allowed to the extent that it would comply with these reasons.

The constitutional questions should be answered as follows:

1. If s. 265(4) of the *Criminal Code* imposes an "air of reality test" as a threshold to be met before the issue of mistaken belief is left to the jury, does the subsection limit the right to be presumed innocent as guaranteed by s. 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* or the right to a trial by jury as guaranteed by s. 11(f) of the *Charter*?

No.

2. If s. 265(4) limits the rights guaranteed by ss. 11(d) and/or 11(f) of the *Charter*, are such limits prescribed by law and demonstrably justified in a free and democratic society?

It is not necessary to answer the second question.

The following are the reasons delivered by

IACOBUCCI J. — I agree with Cory J. subject to the reservation expressed by Sopinka J. that, in agreeing with the reasons of Cory J., I do not wish to comment on s. 276 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46 (as amended by *An Act to amend the Criminal Code (sexual assault)*, S.C. 1992, c. 38, s. 2).

(iii) *L'article premier*

Puisque j'ai conclu que le critère préliminaire de la vraisemblance énoncé au par. 265(4) ne viole ni l'al. 11d) ni l'al. 11f), il n'est pas nécessaire d'examiner l'article premier de la *Charte*.

IV. Dispositif

Il y a lieu d'accueillir le présent pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès parce que le juge du procès a commis une erreur en ne permettant pas le contre-interrogatoire de la plaignante au sujet de ses dossiers médicaux. Ce contre-interrogatoire devrait se dérouler dans le respect des présents motifs.

Les questions constitutionnelles devraient recevoir les réponses suivantes:

1. Si le paragraphe 265(4) du *Code criminel* impose un «critère de la vraisemblance» comme condition préliminaire à remplir avant de soumettre la question de la croyance erronée au jury, ce paragraphe limite-t-il le droit d'être présumé innocent garanti par l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* ou le droit à un procès avec jury garanti par l'al. 11f) de la *Charte*?

Non.

2. Si le paragraphe 265(4) limite les droits garantis par les al. 11d) et 11f) de la *Charte*, ou l'un ou l'autre de ces droits, s'agit-il d'une limite prescrite par une règle de droit, dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique?

Il n'est pas nécessaire de répondre à la seconde question.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE IACOBUCCI — Je souscris aux motifs du juge Cory avec la même réserve que celle exprimée par le juge Sopinka, c'est-à-dire que tout en étant d'accord avec le juge Cory, je ne souhaite pas faire de commentaires au sujet de l'art. 276 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46 (modifié par la *Loi modifiant le Code criminel (agression sexuelle)*, L.C. 1992, ch. 38, art. 2).



*Appeal allowed and new trial ordered, LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: McAlpine & Horod, Vancouver.*

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

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Ministry of the Attorney General, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Ste-Foy.*

*Pourvoi accueilli et nouveau procès ordonné, les juges LA FOREST, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER et MCLACHLIN sont dissidents.*

*Procureurs de l'appelant: McAlpine & Horod, Vancouver.*

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

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: John C. Tait, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Ste-Foy.*



*If undelivered, return COVER ONLY to:*  
Canada Communication Group — Publishing  
Ottawa, Canada K1A 0S9

*En case de non-livraison,*  
*retourner cette COUVERTURE SEULEMENT à :*  
Groupe Communication Canada — Édition  
Ottawa, Canada K1A 0S9



**Canada  
Supreme Court  
Reports**

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

---

**Part 5, 1993 Vol. 4**

and Tables

Cited as [1993] 4 S.C.R. { i-xxxviii  
695-848

**5<sup>e</sup> cahier, 1993 Vol. 4**

et Tables

Renvoi [1993] 4 R.C.S. { i-xxxviii  
695-848

---

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 of Publications  
ODILE CALDER

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

Revisors  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Manager, Editorial Services  
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

*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, 1994.

## CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges.....	ii
Motions.....	v
Table of Judgments.....	ix
Table of Cases Cited.....	xiii
Statutes and Regulations Cited.....	xxv
Authors Cited.....	xxix
Index.....	837

**R. v. Rowbotham; R. v. Roblin..... 834**

Criminal law — Conspiracy — Conspiracy to traffic in narcotics — Evidence, if accepted, establishing that alleged trafficking offences have a real and substantial connection to Canada — Trial judge erring in directing verdict of acquittal — Crimi-

*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 des publications  
ODILE CALDER

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

Réviseurs  
RICHARD BERBERI  
LILIANE BARIBEAU

Gestionnaire, Service de l'édition  
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires  
SUZANNE GIGUÈRE  
LYNE RENAUD

*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, 1994.

## SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Requêtes.....	v
Table des jugements.....	xi
Table de la jurisprudence.....	xiii
Lois et règlements cités.....	xxvii
Doctrine citée.....	xxix
Index.....	843

**R. c. Rowbotham; R. c. Roblin..... 834**

Droit criminel — Complot — Complot en vue de faire le trafic de stupéfiants — Preuve qui, si elle est acceptée, établit l'existence d'un lien réel et important entre les infractions reprochées et le Canada — Erreur commise par le juge du procès en

*Suite à la page suivante*

## CONTENTS (Concluded)

nal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 465(3) — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 2.

### **Symes v. Canada..... 695**

Income tax — Deductions — Child care expenses — Partner in law firm deducting wages paid to nanny in her income tax returns — Whether child care expenses deductible as business expenses — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 9(1), 18(1)(a), (h), 63.

Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Income tax — Child care expenses — Partner in law firm deducting wages paid to nanny in her income tax returns — Whether child care expenses deductible as business expenses — If not, whether equality rights violated — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).

## SOMMAIRE (Fin)

imposant un verdict d'acquiescement — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 465(3) — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 2.

### **Symes c. Canada..... 695**

Impôt sur le revenu — Déductions — Frais de garde d'enfants — Une associée dans un cabinet d'avocats a déduit dans sa déclaration d'impôt sur le revenu le salaire versé à une gardienne d'enfants — Les frais de garde d'enfants sont-ils déductibles à titre de dépense d'entreprise? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 9(1), 18(1)a), h), 63.

Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Impôt sur le revenu — Frais de garde d'enfants — Une associée dans un cabinet d'avocats a déduit dans sa déclaration d'impôt sur le revenu le salaire versé à une gardienne d'enfants — Les frais de garde d'enfants sont-ils déductibles à titre de dépense d'entreprise? — Dans la négative, y a-t-il violation des droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).



## 1993 Volume 4

### **Canada Supreme Court Reports**

*Published pursuant to Statute by*

ANNE ROLAND  
*Registrar of the Court*

*Deputy Registrar*  
LOUISE MEAGHER, LL.B.

*Director of Publications*  
Odile Calder

*Law Editors*  
Archibald McDonald, M.A., LL.B.  
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.  
Sally Griffin, LL.B.

*Revisors*  
Richard Berberi  
Liliane Baribeau

*Manager, Editorial Services*  
Gisèle Boulay

*Technical Revisors*  
Mado Mainville-Côté  
Barbara Long  
Suzanne Audet  
Peter O'Doherty

*Secretaries*  
Suzanne Giguère  
Lyne Renaud

### **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 des publications*  
Odile Calder

*Arrêtistes*  
Archibald McDonald, M.A., LL.B.  
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.  
Sally Griffin, LL.B.

*Réviseurs*  
Richard Berberi  
Liliane Baribeau

*Gestionnaire, Service de l'édition*  
Gisèle Boulay

*Réviseurs techniques*  
Mado Mainville-Côté  
Barbara Long  
Suzanne Audet  
Peter O'Doherty

*Secrétaires*  
Suzanne Giguère  
Lyne Renaud

**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





## **MOTIONS—REQUÊTES**

**(November 1 to December 31, 1993 — 1<sup>er</sup> novembre au 31 décembre 1993)**

- Adams c. La Reine* (Qué.), 23615, leave to appeal granted, 9.12.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Anderson v. Regan* (B.C.), 23524, leave to appeal granted, 18.11.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Association canadienne de télévision par câble v. Copyright Board* (F.C.A.)(Ont.), 23457, leave to appeal refused with costs, 23.12.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Badger v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23603, leave to appeal granted, 9.12.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Beauport (ville de) c. Caisse populaire de Charlesbourg* (Qué.), 23753, leave to appeal granted, 9.12.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Belcourt Construction Cò. c. Cooperberg* (Qué.), 23683, leave to appeal refused with costs, 4.11.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bertrand c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23647, leave to appeal refused, 4.11.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Black v. Ernst & Young Inc.* (N.S.), 23686, leave to appeal refused with costs, 2.12.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Breen v. Registrar of Motor Vehicles* (Crim.)(Ont.), 23626, leave to appeal refused with costs, 4.11.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Bruneau v. Bruneau* (Alta.), 23791, leave to appeal refused, 16.12.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Canadian Cable Television Association v. Copyright Board* (F.C.A.)(Ont.), 23457, leave to appeal refused with costs, 23.12.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Centre communautaire juridique de la Mauricie Bois-Francs c. Syndicat des avocats de l'Aide juridique de la Mauricie Bois-Francs* (Qué.), 23616, leave to appeal refused with costs, 18.11.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Clover v. Hurley* (B.C.), 23692, leave to appeal refused, 2.12.93, autorisation de pourvoi refusée.
- College of Physicians and Surgeons of Ontario v. Boodoosingh* (Ont.), 23641, leave to appeal refused with costs, 9.12.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Corporation Eagle Lumber Ltée c. Bock & Tétreau Inc.* (Qué.), 23704, leave to appeal refused with costs, 9.12.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cross v. Correctional Services Canada* (Crim.)(B.C.), 23607, leave to appeal refused, 18.11.93, autorisation de pourvoi refusée.
- D.W.S. v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23822, leave to appeal refused, 16.12.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Desfossés c. Warden of Parthenais Prevention Center* (Crim.)(Qué.), 23526, leave to appeal refused, 4.11.93, autorisation de pourvoi refusée.
- El-Zein c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23691, leave to appeal refused, 9.12.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Entreprises Forestières J. R. Inc. c. Réunion européenne* (Qué.), 23546, leave to appeal refused with costs, 9.12.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- F.D. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23325, notice of discontinuance filed, 30.11.93, avis de désistement produit.
- French v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23595, leave to appeal refused, 9.12.93, autorisation de pourvoi refusée.

- Gagnon c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23597, leave to appeal granted, 16.12.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Ghostkeeper v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23741, leave to appeal refused, 2.12.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Goyet c. Beaulieu* (Qué.), 23629, leave to appeal granted, 9.12.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Hebert v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23669, leave to appeal refused, 25.11.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Howard v. The Queen in right of Canada* (Crim.)(Ont.), 23703, leave to appeal refused, 16.12.93, autorisation de pourvoi refusée.
- J. S. R. v. Lennox and Addington Family and Children's Services* (Ont.), 23661, leave to appeal refused with costs, 4.11.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Johnson (Garland Allan William Gabriel) v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 23583, notice of discontinuance filed, 29.11.93, avis de désistement produit.
- Johnson (Philip Donovan) v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23679, leave to appeal refused, 25.11.93, autorisation de pourvoi refusée.
- K.G.H. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23666, leave to appeal refused, 25.11.93, autorisation de pourvoi refusée.
- KSH Construction Inc. c. Cabinet Ogilvy Renault* (Qué.), 23816, notice of discontinuance filed, 2.12.93, avis de désistement produit.
- Kerton v. Kerton* (Ont.), 23671, leave to appeal refused with costs, 25.11.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kiyawasew v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23603, leave to appeal granted, 9.12.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Leblanc c. Leblond Buzzetti & Associés Ltée* (Qué.), 23676, leave to appeal refused with costs, 4.11.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- M.B.B. c. J.H.V.* (Qué.), 23393, leave to appeal refused with costs, 9.12.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Marciano v. Millo* (Man.), 23719, leave to appeal refused with costs, 2.12.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- McGovern v. The Queen* (Crim.)(Man.), 23733, leave to appeal refused, 18.11.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Metalore Resources Ltd. v. Ontex Resources Ltd.* (Ont.), 23727, leave to appeal refused, 23.12.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Ministry of Municipal Affairs v. Moonshot Developments Ltd.* (Ont.), 23705, leave to appeal refused with costs, 16.12.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Mulholland v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 23657, leave to appeal refused, 9.12.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Municipalité de Saint-Jean-des-Piles c. Commission Municipale du Québec* (Qué.), 23660, leave to appeal refused with costs, 4.11.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Newfoundland Processing Ltd. v. United Association of Journeymen and Apprentices of the plumbing and pipefitting industry of the United States and Canada, Local 740* (Nfld.), 23742, leave to appeal refused with costs, 16.12.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Nisbett v. Manitoba Human Rights Commission* (Man.), 23594, leave to appeal refused, 9.12.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Ominayak v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 23603, leave to appeal granted, 9.12.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Ontex Resources Ltd. v. Metalore Resources Ltd.* (Ont.), 23727, leave to appeal refused, 23.12.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Osei-Twum v. Williams* (Ont.), 23419, notice of discontinuance filed, 17.12.93, avis de désistement produit.
- Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.* (F.C.A.)(Ont.), 23455, leave to appeal refused with costs, 23.12.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Performing Rights Organization of Canada Ltd. v. CTV Television Network Ltd.* (F.C.A.)(Ont.), 23456, leave to appeal refused with costs, 23.12.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Pierlot v. The Queen* (P.E.I.), 23646, leave to appeal refused, 25.11.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Pilot c. Conseil de Bande des Montagnais de Sept-Îles* (Qué.), 23628, leave to appeal refused with costs, 4.11.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Primeau v. The Queen* (Crim.)(Sask.), 23613, leave to appeal granted, 9.12.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Procureur général du Québec c. Syndicat des professeurs du CÉGEP Sainte-Foy* (Qué.), 23766, leave to appeal refused with costs, 16.12.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- R. v. Brown* (Crim.)(Man.), 23479, leave to appeal granted, 6.12.93, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Godin* (Crim.)(N.B.), 23675, leave to appeal granted, 9.12.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Rankel v. Psychologists Association of Alberta* (F.C.A.)(Alta.), 23688, leave to appeal refused with costs, 2.12.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Regan v. Anderson* (B.C.), 23553, leave to appeal granted, 18.11.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Rémy c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23648, leave to appeal refused, 9.12.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Richard v. United Steelworkers of America* (N.S.), 23621, leave to appeal granted, 9.12.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Sandhu v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 23450, leave to appeal refused, 18.11.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Shymanski v. The Queen* (Sask.), 23480, notice of discontinuance filed, 9.12.93, avis de désistement produit.
- Singh v. Board of Governors of Laurentian University* (Ont.), 23602, leave to appeal refused, 16.12.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Stantcheva c. Minister of Employment and Immigration* (C.A.F.)(Qué.), 23780, leave to appeal refused, 16.12.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Steen Contractors Ltd. v. International Association of Heat & Frost Insulators and Asbestos Workers, Local 116* (N.S.), 23638, leave to appeal refused with costs, 4.11.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Thomson v. Thomson* (Man.), 23794, leave to appeal granted, 29.11.93, autorisation de pourvoi accordée.
- Turgeon c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 23695, leave to appeal refused, 4.11.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Unger v. The Queen* (Crim.)(Man.), 23697, leave to appeal refused, 2.12.93, autorisation de pourvoi refusée.
- United Steelworkers of America, Local 9332 v. Richard* (N.S.), 23621, leave to appeal refused, 9.12.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Volante v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 23839, notice of discontinuance filed, 15.12.93, avis de désistement produit.
- Walsh c. Gaitan & Cusack* (Qué.), 23846, leave to appeal refused with costs, 23.12.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Williams v. The Queen* (B.C.), 23694, leave to appeal refused, 2.12.93, autorisation de pourvoi refusée.
- Zohiri v. Bentaleb* (Alta.), 23701, leave to appeal refused with costs, 16.12.93, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.



## TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the “Indexed as” entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		Friedberg v. Minister of National Revenue .....	285
Allard Contractors Ltd. v. Coquitlam (District) Attorney General see also “Canada” or the name of province	371	<b>G</b>	
		Granville Savings and Mortgage Corp. v. Slevin	279
<b>B</b>		<b>H</b>	
Brassard, R. v. ....	287	Hunt v. T&N, plc .....	289
<b>C</b>		<b>I</b>	
Canada, Friedberg v. ....	285	I. (L.R.) and T. (E.), R. v. ....	504
Canada, Symes v. ....	695	<b>J</b>	
Commission see also “Canada” or the name of province		Jackson, R. v. ....	573
Coquitlam (District), Allard Contractors Ltd. v.	371	<b>L</b>	
<b>D</b>		<b>M</b>	
Davy, R. v. ....	573	L. (D.O.), R. v. ....	419
Downs, Doyer v. ....	497	Levogiannis, R. v. ....	475
Doyer, United States of America v. ....	497	Litchfield, R. v. ....	333
Doyer v. Downs .....	497		
Droit de la famille — 1150 .....	141		
<b>F</b>		Marquard, R. v. ....	223
Felawka, R. v. ....	199	McAnespie, R. v. ....	501
Friedberg v. Canada .....	285	Mills, R. v. ....	277
		Minister of National Revenue, Friedberg v. ....	285

	PAGE		PAGE
Minister see also "Canada" or the name of province		R. v. McAnespie.....	501
Moran, R. v. ....	499	R. v. Mills.....	277
		R. v. Moran .....	499
		R. v. Nuosci.....	283
		R. v. Osolin .....	595
<b>N</b>		R. v. Roblin.....	834
Nuosci, R. v. ....	283	R. v. Rowbotham .....	834
		R. v. Symes .....	695
		R. v. Tapaquon .....	535
		Roblin, R. v. ....	834
		Rowbotham, R. v. ....	834
Office see also "Canada" or the name of province		<b>S</b>	
Osolin, R. v. ....	595	S. (C.), P. (D.) v.....	141
		Slevin, Granville Savings and Mortgage Corp. v.	279
		Symes, Canada v. ....	695
<b>P</b>			
P. (D.) v. S. (C.).....	141		
		<b>T</b>	
		T&N, plc, Hunt v. ....	289
		Tapaquon, R. v. ....	535
		The Queen see also "R."	
		<b>U</b>	
		Union see also under abbreviated name	
<b>Q</b>		United States of America v. Doyer.....	497
Queen see also "R."			
		<b>Y</b>	
<b>R</b>		Young v. Young.....	3
R. v. Brassard.....	287		
R. v. Davy .....	573		
R. v. Felawka .....	199		
R. v. Jackson .....	573		
R. v. L. (D.O.).....	419		
R. v. I. (L.R.) and T. (E.).....	504		
R. v. Levogiannis .....	475		
R. v. Litchfield .....	333		
R. v. Marquard .....	223		

## TABLE DES JUGEMENTS

Les intitulés utilisés dans cette table sont les intitulés normalisés de la rubrique  
«Répertoire» dans chaque arrêt et les renvois nécessaires.

	PAGE		PAGE
<b>A</b>		<b>F</b>	
Allard Contractors Ltd. c. Coquitlam (District)...	371	Felawka, R. c.....	199
		Friedberg c. Canada .....	285
		Friedberg c. Ministre du Revenu national .....	285
<b>B</b>		<b>G</b>	
Brassard, R. c. ....	287	Granville Savings and Mortgage Corp. c. Slevin	279
<b>C</b>		<b>H</b>	
Canada, Friedberg c. ....	285	Hunt c. T&N, plc .....	289
Canada, Symes c. ....	695		
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province			
Coquitlam (District), Allard Contractors Ltd. c.	371	<b>I</b>	
		I. (L.R.) et T. (E.), R. c. ....	504
<b>D</b>		<b>J</b>	
Davy, R. c.....	573	Jackson, R. c.....	573
Downs, Doyer c.....	497		
Doyer c. Downs.....	497	<b>L</b>	
Doyer, États-Unis d'Amérique c. ....	497	La Reine voir aussi «R.»	
Droit de la famille — 1150.....	141	L. (D.O.), R. c.....	419
		Levogiannis, R. c. ....	475
<b>E</b>		Litchfield, R. c. ....	333
États-Unis d'Amérique c. Doyer .....	497		



	PAGE		PAGE
<b>M</b>		R. c. L. (D.O.).....	419
		R. c. I. (L.R.) et T. (E.).....	504
Marquard, R. c. ....	223	R. c. Levogiannis .....	475
McAnespie, R. c. ....	501	R. c. Litchfield .....	333
Mills, R. c. ....	277	R. c. Marquard .....	223
Ministre du Revenu national, Friedberg c. ....	285	R. c. McAnespie.....	501
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Mills.....	277
Moran R. c. ....	499	R. c. Moran.....	499
		R. c. Nuosci.....	283
		R. c. Osolin.....	595
<b>N</b>		R. c. Roblin .....	834
		R. c. Rowbotham.....	834
Nuosci, R. c. ....	283	R. c. Symes.....	695
		R. c. Tapaquon.....	535
		Roblin, R. c. ....	834
		Rowbotham, R. c. ....	834
<b>O</b>			
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province		<b>S</b>	
Osolin, R. c. ....	595	S. (C.), P. (D.) c. ....	141
		Slevin, Granville Savings and Mortgage Corp. c.	279
<b>P</b>		Symes, Canada c. ....	695
		Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province		<b>T</b>	
P. (D.) c. S. (C.).....	141	T&N, plc, Hunt c. ....	289
		Tapaquon, R. c. ....	535
<b>R</b>			
Reine voir aussi «R.»		<b>Y</b>	
R. c. Brassard .....	287	Young c. Young .....	3
R. c. Davy.....	573		
R. c. Felawka.....	199		
R. c. Jackson.....	573		

## TABLE OF CASES CITED

### TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
<b>A</b>		
2632-7602 Québec Inc. v. Pizza Pizza Canada Inc.....	[1991] R.J.Q. 2951 .....	305
Abel v. The Queen.....	(1955), 115 C.C.C. 119.....	663
Adams v. McLeod.....	[1978] 2 S.C.R. 621.....	101, 152
Aetna Financial Services Ltd. v. Feigelman.....	[1985] 1 S.C.R. 2.....	323
AFPC c. Canada.....	[1987] 1 R.C.S. 424.....	753, 784
Agar-Ellis, In re.....	[1883] Ch. D. 317.....	35, 115
Air Canada v. British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 1161.....	395
Andrews v. Andrews.....	Unreported/Inédit, B.C.S.C., June 9, 1983 ...	29
Andrews v. Law Society of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 143.....	714, 782
Anson v. Anson.....	(1987), 10 B.C.L.R. (2d) 357.....	28
Ares v. Venner.....	[1970] S.C.R. 608.....	455
Argentina v. Mellino.....	[1987] 1 S.C.R. 536.....	319
Asbestos Corp. v. Eagle-Picher Industries Inc. ....	[1984] C.A. 151 .....	300
Associated Investors of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue .....	[1967] 2 Ex. C.R. 96.....	725
Attorney-General for British Columbia v. Canadian Pacific Railway Co. ....	[1927] A.C. 934 .....	395
Attorney-General for British Columbia v. Esquimalt and Nanaimo Railway Co.....	[1950] A.C. 87.....	396
Attorney General for Ontario v. Scott .....	[1956] S.C.R. 137.....	319
Attorney General of Canada v. Canard.....	[1976] 1 S.C.R. 170.....	307
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307.....	311
Attorney-General of Canada v. Pattison .....	(1981), 59 C.C.C. (2d) 138 .....	216
<b>B</b>		
B.C. (A.G.) v. Mount Currie Indian Band.....	(1991), 54 B.C.L.R. (2d) 129.....	348
B.C. Motor Vehicle Act, Re .....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	205
B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général) .....	[1988] 2 R.C.S. 214.....	91
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 214.....	91
Baker v. Baker.....	(1979), 8 R.F.L. (2d) 236.....	38

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Bank of Montreal v. Bail Ltée .....	[1992] 2 S.C.R. 554.....	189, 467
Bank of Montreal v. Hall.....	[1990] 1 S.C.R. 121.....	215
Bank of Montreal v. Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd. ....	[1975] 2 S.C.R. 546.....	317
Bank of Toronto v. Lambe .....	(1887), 12 A.C. 575.....	394
Banque de Montréal c. Bail Ltée .....	[1992] 2 R.C.S. 554.....	189, 467
Banque de Montréal c. Hall.....	[1990] 1 R.C.S. 121.....	215
Baron v. Canada .....	[1993] 1 S.C.R. 416.....	72, 179, 461, 492
Beaudoin-Daigneault v. Richard.....	[1984] 1 S.C.R. 2.....	189
Benesh, Friedlander, Coplan & Aronoff v. Nesmith.....	[1983] C.S. 790.....	305
Benisty v. Delouya.....	[1969] Que. Q.B. 720.....	168
Bennett Infants, Re.....	[1952] O.W.N. 621.....	92
Benoit v. Benoit .....	(1972), 6 R.F.L. 180.....	39
Beson v. Director of Child Welfare (Nfld.).....	[1982] 2 S.C.R. 716.....	65
Bigman v. Belzberg.....	[1952] Que. Q.B. 391.....	168
Black v. Law Society of Alberta.....	[1989] 1 S.C.R. 591.....	324
Blanchette v. Collin.....	[1972] C.A. 352.....	169
Bleau v. Petit.....	(1902), 6 Que. P.R. 353.....	167
Bockler v. Bockler .....	[1974] C.A. 41.....	158
Boily v. Vallée.....	[1966] Que. Q.B. 1001.....	175
Boran v. Wenger .....	[1942] O.W.N. 185.....	644
Boudreau v. The King .....	[1949] S.C.R. 262.....	526
Bowers v. Harding .....	(1891), 3 Tax Cas. 22.....	712
Boxer v. Reesor.....	(1983), 43 B.C.L.R. 352.....	329
Bratty v. Attorney-General for Northern Ireland .....	[1963] A.C. 386.....	649, 685
Brisson v. The Queen .....	[1982] 2 S.C.R. 227.....	680
Bronfman v. Moore.....	[1965] Que. Q.B. 181.....	185
Brooks v. Canada Safeway Ltd. ....	[1989] 1 S.C.R. 1219.....	740, 740, 804
Brouillard v. The Queen .....	[1985] 1 S.C.R. 39.....	470, 644
Brown v. Brown.....	(1983), 39 R.F.L. (2d) 396.....	29
Buck v. Attorney-General.....	[1965] 1 All E.R. 882.....	308
Bullard v. The Queen.....	[1957] A.C. 635.....	593

## C

C.(G.) v. V.-F. (T.).....	[1987] 2 S.C.R. 244.....	39, 163
Canada (Attorney General) v. Mossop.....	[1993] 1 S.C.R. 554.....	92, 793
Canada (Commission des droits de la personne) c. Taylor.....	[1990] 3 R.C.S. 892.....	73, 348
Canada (Human Rights Commission) v. Taylor.....	[1990] 3 S.C.R. 892.....	73, 348
Canada (Procureur général) c. Mossop .....	[1993] 1 R.C.S. 554.....	92, 793
Canada (Procureur général) v. Bélair.....	(1991), 10 C.R. (4th) 209.....	549
Canadian General Electric Co. v. Minister of National Revenue....	[1962] S.C.R. 3.....	725
Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission).....	[1987] 1 S.C.R. 1114.....	794
Canadian Pacific Air Lines Ltd. v. British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 1133.....	410

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Canadian Pacific Railway Co. v. Attorney General for Saskatchewan .....	[1952] 2 S.C.R. 231.....	395
Cansulex Ltd. v. Reed Stenhouse Ltd.....	(1986), 70 B.C.L.R. 189.....	251
Charlton v. Charlton.....	(1980), 15 R.F.L. (2d) 220.....	39
Cie Financière et Commerciale du Pacifique v. Peruvian Guano Co. ....	(1882), 11 Q.B.D. 55.....	329
Clarke v. Clarke .....	(1987), 7 R.F.L. (3d) 176.....	40
Colpitts Ranches v. Attorney-General of Alberta.....	[1954] 3 D.L.R. 121 .....	396
Comité pour la République du Canada c. Canada .....	[1991] 1 R.C.S. 139.....	73, 180
Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.....	[1985] 2 R.C.S. 536.....	755
Commission scolaire Pierre-Neveu v. Poulin .....	J.E. 93-234 .....	164
Committee for the Commonwealth of Canada v. Canada .....	[1991] 1 S.C.R. 139.....	73, 180
Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne) .....	[1987] 1 R.C.S. 1114.....	794
Cooper v. Cooper .....	(1888), 13 App. Cas. 88.....	318
Coquitlam v. LaFarge Concrete Ltd.....	[1973] 1 W.W.R. 681 .....	379
Coy v. Iowa .....	487 U.S. 1012 (1988).....	451
Cuddy Chicks Ltd. v. Ontario (Labour Relations Board).....	[1991] 2 S.C.R. 5.....	311
Cunningham v. Canada.....	[1993] 2 S.C.R. 143.....	486

## D

D.K.H. v. The Queen .....	[1991] 1 S.C.R. viii .....	543, 558
Daley v. Minister of National Revenue .....	[1950] Ex. C.R. 516 .....	722, 788
DeLaurier v. Jackson.....	[1934] S.C.R. 149 .....	29
Delvenne v. Nabbie.....	(1977), 4 R.F.L. (2d) 21.....	92
Descôteaux v. Descôteaux .....	[1972] C.A. 279 .....	165
Deyong v. Weeks .....	(1983), 43 A.R. 342.....	363
Dipper v. Dipper .....	[1980] 2 All E.R. 722.....	45
Director of Public Prosecutions v. Morgan .....	[1976] A.C. 182 .....	636, 684
Dorval v. Bouvier.....	[1968] S.C.R. 288 .....	189
Douglas/Kwantlen Faculty Assn. v. Douglas College.....	[1990] 3 S.C.R. 570.....	311
Droit de la famille — 52.....	[1983] C.A. 388 .....	170
Droit de la famille — 110.....	[1984] C.S. 99.....	170
Droit de la famille — 157.....	[1984] C.A. 497 .....	186
Droit de la famille — 274.....	[1986] R.J.Q. 945 .....	160
Droit de la famille — 316.....	[1986] R.D.F. 651 .....	49
Droit de la famille — 353.....	[1987] R.J.Q. 545 .....	94, 186
Droit de la famille — 368.....	C.A.P. 87C-147.....	186
Droit de la famille — 411.....	[1987] R.J.Q. 2584 .....	172
Droit de la famille — 425.....	[1988] R.J.Q. 159 .....	172
Droit de la famille — 955.....	[1991] R.J.Q. 599 .....	94
Droit de la famille — 1472.....	J.E. 91-1639 .....	186
Droit de la famille — 1717.....	[1993] R.J.Q. 166 .....	173
Dugal v. Lefebvre .....	[1934] S.C.R. 501 .....	174
Dussault v. Ladouceur.....	(1987), 14 R.F.L. (3d) 185.....	39

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>E</b>		
Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	98, 124, 483, 793
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General).....	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	98, 124, 483, 793
États-Unis d'Amérique c. Shephard.....	[1977] 2 R.C.S. 1067.....	361, 545
<b>F</b>		
Falardeau and Town of Hinton, Re.....	(1985), 21 D.L.R. (4th) 477.....	404
Favreau v. Éthier.....	[1976] C.S. 48.....	169
Fougere v. Fougere.....	(1987), 77 N.B.R. (2d) 381.....	42
Frame v. Smith.....	[1987] 2 S.C.R. 99.....	58
Fraser c. Commission des relations de travail dans la Fonction publique.....	[1985] 2 R.C.S. 455.....	98
Fraser v. Public Service Staff Relations Board.....	[1985] 2 S.C.R. 455.....	98
Friedland v. The Queen.....	89 D.T.C. 5341.....	796
<b>G</b>		
Goodman v. The King.....	[1939] S.C.R. 446.....	137
Gubody v. Gubody.....	[1955] O.W.N. 548.....	58
Gunn v. Gunn.....	(1975), 24 R.F.L. 182.....	39
<b>H</b>		
Harris v. Webster.....	[1975] C.A. 702.....	185
Harvey v. Lapointe.....	(1988), 13 R.F.L. (3d) 134.....	92
Hébert v. R. ....	(1986), 51 C.R. (3d) 264.....	584
Hewer v. Bryant.....	[1970] 1 Q.B. 357.....	39
Hills c. Canada (Procureur général).....	[1988] 1 R.C.S. 513.....	92, 205, 717, 794
Hills v. Canada (Attorney General).....	[1988] 1 S.C.R. 513.....	92, 205, 717, 794
Hobbins v. The Queen.....	[1982] 1 S.C.R. 553.....	526
Hockey v. Hockey.....	(1989), 21 R.F.L. (3d) 105.....	28
Holland v. Prince Edward Island School Board Regional Administrative Unit #4.....	(1986), 59 Nfld. & P.E.I.R. 6.....	251
Horvath v. The Queen.....	[1979] 2 S.C.R. 376.....	526
Hudson's Bay Co. v. Minister of National Revenue.....	[1947] C.T.C. 86.....	730
Hunt v. Carey Canada Inc. ....	[1990] 2 S.C.R. 959.....	297
Hunt v. T&N, plc.....	Unreported/Inédit, B.C.S.C., Vancouver Reg. No. C885383, June 30, 1989.....	297
Hunter v. Southam Inc. ....	[1984] 2 S.C.R. 145.....	614
<b>I</b>		
Impenco Ltd. v. Minister of National Revenue.....	88 D.T.C. 1242.....	748, 795, 729
Indyka v. Indyka.....	[1969] 1 A.C. 33.....	325

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Irmert v. Irmert.....	(1984), 64 A.R. 342.....	92
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général).....	[1989] 1 R.C.S. 927.....	73, 123, 180
Irwin Toy Ltd. v. Quebec (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 927.....	73, 123, 180
<b>J</b>		
J. v. C. ....	[1970] A.C. 668.....	116
Janzen v. Platy Enterprises Ltd. ....	[1989] 1 S.C.R. 1252.....	769
John Morrow Screw and Nut Co. v. Hankin.....	(1918), 58 S.C.R. 74.....	317
Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 46.....	811
Jones v. National Coal Board.....	[1957] 2 All E.R. 155.....	644
Joseph Brant Memorial Hospital v. Koziol.....	[1978] 1 S.C.R. 491.....	189
<b>K</b>		
K. (minors), Re .....	[1977] 1 All E.R. 647.....	116
Kades v. Kades.....	(1961), 35 A.L.J.R. 251.....	115
Keller v. Kredl.....	[1956] Que. Q.B. 810.....	175
Kellogg Co. of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue.....	[1942] C.T.C. 51.....	730, 795
Kelsey v. The Queen.....	[1953] 1 S.C.R. 220.....	677
Keyes v. Gordon .....	(1985), 45 R.F.L. (2d) 177.....	49
King v. Low .....	[1985] 1 S.C.R. 87.....	64, 119, 159
Kirkpatrick v. Maple Ridge (Corporation of the District).....	[1986] 2 S.C.R. 124.....	379
Kruger v. Kruger .....	(1979), 25 O.R. (2d) 673.....	38
<b>L</b>		
Lapointe v. Hôpital Le Gardeur .....	[1992] 1 S.C.R. 351.....	189, 467
Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville).....	[1989] 1 R.C.S. 705.....	189
Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City).....	[1989] 1 S.C.R. 705.....	189
Lawson v. Interior Tree Fruit and Vegetable Committee of Direction.....	[1931] S.C.R. 357.....	398
Lee Chun-Chuen v. The Queen.....	[1963] 1 All E.R. 73.....	655
Lees v. West Vancouver.....	(1979), 15 B.C.L.R. 233.....	388
Legault v. Figueroa .....	[1978] C.A. 82.....	169
Lensen v. Lensen.....	[1987] 2 S.C.R. 672.....	189, 467
Libman v. The Queen .....	[1985] 2 S.C.R. 178.....	834
Logan v. Lee .....	(1907), 39 S.C.R. 311.....	318
<b>M</b>		
M. (B.P.) v. M. (B.L.D.E.).....	(1992), 97 D.L.R. (4th) 437.....	70
M. (M.E.) v. L. (P.) .....	[1992] 1 S.C.R. 183.....	189, 467
M. v. D. ....	[1966] C.S. 224.....	175
Majcencic v. Natale .....	[1968] 1 O.R. 189.....	644
Manuel v. Attorney General.....	[1982] 3 All E.R. 786.....	309
Maryland v. Craig .....	110 S.Ct. 3157 (1990).....	451, 483

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu).....	[1988] 2 R.C.S. 175.....	733, 788
Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue).....	[1988] 2 S.C.R. 175.....	733, 788
McCahill v. Robertson .....	(1974), 17 R.F.L. 23.....	42
McGrath (Infants), In re .....	[1893] 1 Ch. 143 .....	64
McInerney v. MacDonald.....	[1992] 2 S.C.R. 138.....	615
McKibbon v. The Queen .....	[1984] 1 S.C.R. 131.....	548, 563
McKinney c. Université de Guelph.....	[1990] 3 R.C.S. 229.....	755
McKinney v. University of Guelph.....	[1990] 3 S.C.R. 229.....	755
McQuillan v. McQuillan .....	(1975), 21 R.F.L. 324.....	92
McVey, Re .....	[1992] 3 S.C.R. 475.....	497
Métivier v. Cadorette .....	[1977] 1 S.C.R. 371.....	189
Mills v. The Queen .....	[1986] 1 S.C.R. 863.....	347
Minister of National Revenue v. Dominion Natural Gas Co. ....	[1941] S.C.R. 19.....	730
Moge v. Moge .....	[1992] 3 S.C.R. 813.....	52
Montréal (City of) v. Arcade Amusements Inc. ....	[1985] 1 S.C.R. 368.....	391
Moore and Feldstein, Re .....	[1973] 3 O.R. 921.....	38
Moquin v. Turgeon.....	(1912), 42 C.S. 232 .....	167
Moran v. Pyle National (Canada) Ltd.....	[1975] 1 S.C.R. 393.....	315
Morgentaler v. The Queen.....	[1976] 1 S.C.R. 616.....	679
Morguard Investments Ltd. v. De Savoye.....	[1990] 3 S.C.R. 1077.....	301
Morris v. The Queen.....	[1983] 2 S.C.R. 190.....	626, 665
Multiple Access Ltd. v. McCutcheon.....	[1982] 2 S.C.R. 161.....	216
Murdoch v. Murdoch .....	[1975] 1 S.C.R. 423.....	793
Myran v. The Queen.....	[1976] 2 S.C.R. 137.....	216

## N

Nault v. Nault.....	(1911), 13 Que. P.R. 221 .....	168
Nelson v. City of Dartmouth.....	(1964), 45 D.L.R. (2d) 183 .....	403
Neonex International Ltd. v. The Queen .....	[1978] C.T.C. 485.....	723
Newswander v. Giegerich.....	(1907), 39 S.C.R. 354.....	137
Norberg v. Wynrib.....	[1992] 2 S.C.R. 226.....	345, 615
Northern Telecom Canada Ltd. v. Communication Workers of Canada.....	[1983] 1 S.C.R. 733.....	311
Novic v. Novic .....	[1983] 1 S.C.R. 696.....	101

## O

Olympia Floor & Wall Tile (Quebec) Ltd. c. Ministre du Revenu National .....	[1970] R.C. de l'É. 274.....	744, 795
Olympia Floor & Wall Tile (Quebec) Ltd. v. Minister of National Revenue.....	[1970] Ex. C.R. 274 .....	744, 795
Ontario (Attorney General) v. Pembina Exploration Canada Ltd. ....	[1989] 1 S.C.R. 206.....	311
Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd. ....	[1985] 2 S.C.R. 536.....	755
Ontario (Procureur Général) c. Pembina Exploration Canada Ltd. ....	[1989] 1 R.C.S. 206.....	311

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Ontario Public Service Employees Union v. National Citizens Coalition Inc. ....	(1987), 60 O.R. (2d) 26.....	718, 824
Orr, Re .....	[1933] O.R. 212.....	36
Osborne c. Canada (Conseil du Trésor).....	[1991] 2 R.C.S. 69.....	73, 180
Osborne v. Canada (Treasury Board).....	[1991] 2 S.C.R. 69.....	73, 180
<b>P</b>		
P. (D.) v. S. (C.).....	[1993] 4 S.C.R. 141.....	467
Palmer v. The Queen .....	[1980] 1 S.C.R. 759.....	502
Pappajohn v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 120.....	636, 660
Parnerkar v. The Queen.....	[1974] S.C.R. 449.....	676
Perka v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 232.....	688
Perreault v. Demers.....	[1974] C.S. 530.....	169
Pettkus v. Becker.....	[1980] 2 S.C.R. 834.....	318
Pierce v. Pierce.....	[1977] 5 W.W.R. 572.....	58
Premium Iron Ores Ltd. v. Minister of National Revenue.....	[1966] S.C.R. 685.....	731, 789
PSAC v. Canada.....	[1987] 1 S.C.R. 424.....	753, 784
<b>Q</b>		
Québec (Procureur général) v. Lac d'Amiante du Québec Ltée .....	(1989), 24 Q.A.C. 235.....	298
<b>R</b>		
R. v. A. ....	(1975), 23 C.C.C. (2d) 537.....	524
R. v. Aalders.....	[1993] 2 S.C.R. 482.....	680
R. v. Abbey .....	[1982] 2 S.C.R. 24.....	265
R. v. Accused (T 4/88) .....	[1989] 1 N.Z.L.R. 660.....	490
R. v. Anandmalik .....	(1984), 6 O.A.C. 143.....	664
R. v. Anderson .....	(1914), 22 C.C.C. 455 .....	251, 273
R. v. Anderson .....	(1938), 70 C.C.C. 275 .....	663
R. v. Argue .....	Unreported/Inédit, Ont. Ct. (Gen. Div.), October 2, 1991 .....	460
R. v. Auld.....	(1957), 26 C.R. 266.....	353
R. v. B. (G.) .....	[1990] 2 S.C.R. 3.....	248, 248
R. v. B. (G.) .....	[1990] 2 S.C.R. 30.....	256, 453, 484
R. v. B. (K.G.).....	[1993] 1 S.C.R. 740.....	252, 453, 484
R. v. Bannerman.....	(1966), 48 C.R. 110.....	238
R. v. Barbeau.....	[1992] 2 S.C.R. 845.....	351, 559
R. v. Beare.....	[1988] 2 S.C.R. 387.....	72, 179
R. v. Béland.....	[1987] 2 S.C.R. 398.....	243, 265
R. v. Beliveau.....	(1986), 30 C.C.C. (3d) 193 .....	267
R. v. Big M Drug Mart Ltd.....	[1985] 1 S.C.R. 295.....	31, 109, 121, 753
R. v. Brackenbury and Pratt .....	(1981), 61 C.C.C. (2d) 6.....	366
R. v. Bulmer.....	[1987] 1 S.C.R. 782.....	649, 661



NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Butler .....	[1992] 1 S.C.R. 452.....	73, 180
R. v. C. (M.H.).....	[1991] 1 S.C.R. 763.....	360
R. v. Chabot .....	[1980] 2 S.C.R. 985.....	351, 365, 548
R. v. Chase .....	[1987] 2 S.C.R. 293.....	344
R. v. Chiasson .....	(1982), 135 D.L.R. (3d) 499.....	216
R. v. Christie .....	[1914] A.C. 545.....	359
R. v. Collins .....	[1987] 1 S.C.R. 265.....	521
R. v. Compagnie Immobilière BCN Ltée .....	[1979] 1 S.C.R. 865.....	550, 571
R. v. Corbett.....	[1988] 1 S.C.R. 670.....	179, 461, 494
R. v. Coughlan .....	(1974), 17 C.C.C. (2d) 430.....	213
R. v. Creighton.....	[1993] 3 S.C.R. 3.....	583
R. v. D.J.X.....	(1989), 91 Cr. App. R. 36.....	489
R. v. D.M. and J.P. ....	(1980), 58 C.C.C. (2d) 373.....	524
R. v. De Manneville.....	(1804), 5 East. 221, 102 E.R. 1054.....	335, 115
R. v. Deol, Gill and Randev.....	(1979), 20 A.R. 595.....	351, 367
R. v. Dersch.....	[1993] 3 S.C.R. 768.....	615
R. v. DeSousa.....	[1992] 2 S.C.R. 944.....	583
R. v. Duguay .....	[1989] 1 S.C.R. 93.....	467
R. v. Dymont .....	[1988] 2 S.C.R. 417.....	613
R. v. Emkeit .....	(1971), 3 C.C.C. (2d) 309.....	584
R. v. Faid.....	(1981), 61 C.C.C. (2d) 28.....	493
R. v. Faid.....	[1983] 1 S.C.R. 265.....	676
R. v. Formosa.....	(1993), 79 C.C.C. (3d) 95.....	212
R. v. Gardiner.....	[1982] 2 S.C.R. 368.....	319
R. v. Garofoli .....	[1990] 2 S.C.R. 1421.....	348
R. v. Giffin .....	(1986), 69 A.R. 158.....	665
R. v. Grant.....	[1993] 3 S.C.R. 223.....	531
R. v. Greenbaum .....	[1993] 1 S.C.R. 674.....	413
R. v. Guthrie.....	(1985), 20 C.C.C. (3d) 73.....	684
R. v. Hamm .....	[1984] 5 W.W.R. 696.....	554
R. v. Hampton .....	(1990), 69 Man. R. (2d) 293.....	542, 558
R. v. Hanabury .....	(1970), 1 C.C.C. (2d) 438.....	213
R. v. Haughton .....	(1992), 11 O.R. (3d) 621.....	680
R. v. Hawke.....	(1975), 22 C.C.C. (2d) 19.....	610
R. v. Hill.....	(1987), 57 Sask. R. 234.....	542, 557
R. v. Ignat.....	(1965), 53 W.W.R. 248.....	644
R. v. J. (F.E.).....	(1990), 74 C.R. (3d) 269.....	267
R. v. Jobidon .....	[1991] 2 S.C.R. 714.....	676
R. v. K. (V.).....	(1991), 4 C.R. (4th) 338.....	239
R. v. Keegstra.....	[1990] 3 S.C.R. 697.....	73, 123, 180
R. v. Kent .....	(1986), 27 C.C.C. (3d) 405.....	584
R. v. Kestenberg and McPherson.....	(1959), 126 C.C.C. 387.....	354
R. v. Khan .....	[1990] 2 S.C.R. 531.....	86, 256, 455, 487
R. v. Kirkness.....	[1990] 3 S.C.R. 74.....	577, 582
R. v. L. (D.O.).....	[1993] 4 S.C.R. 419.....	478
R. v. Lavallee .....	[1990] 1 S.C.R. 852.....	265

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. LeBeau.....	(1988), 41 C.C.C. (3d) 163.....	75
R. v. Lemire .....	(1980), 57 C.C.C. (2d) 561.....	209
R. v. Lindlau.....	(1978), 40 C.C.C. (2d) 47.....	663
R. v. Logan.....	[1990] 2 S.C.R. 731.....	587
R. v. Lyons .....	[1987] 2 S.C.R. 309.....	454, 492
R. v. M. (P.).....	(1990), 1 O.R. (3d) 341.....	492
R. v. Marquard .....	[1993] 4 S.C.R. 223.....	455, 487
R. v. Martel .....	(1986), 63 Nfld. & P.E.I.R. 39 .....	351
R. v. Meddoui.....	[1991] 2 W.W.R. 289.....	446
R. v. Meltzer.....	[1989] 1 S.C.R. 1764.....	348
R. v. Millar .....	(1989), 49 C.C.C. (3d) 193.....	244
R. v. Miller .....	[1970] 3 C.C.C. 89.....	547
R. v. Monteleone.....	[1987] 2 S.C.R. 154.....	361
R. v. Morales.....	[1992] 3 S.C.R. 711.....	72, 180
R. v. Morgentaler .....	[1988] 1 S.C.R. 30.....	73, 180
R. v. Morin.....	[1992] 1 S.C.R. 771.....	288, 283
R. v. Myers.....	(1991), 65 C.C.C. (3d) 135.....	542
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society .....	[1992] 2 S.C.R. 606.....	73, 180, 205
R. v. O'Connor.....	(1992), 18 C.R. (4th) 98.....	629
R. v. Oakes .....	[1986] 1 S.C.R. 103.....	772
R. v. Pastro .....	(1988), 42 C.C.C. (3d) 485.....	348
R. v. Pohoretsky .....	[1987] 1 S.C.R. 945.....	613
R. v. Potvin.....	[1989] 1 S.C.R. 525.....	459, 665
R. v. Rewniak.....	(1949), 93 C.C.C. 142.....	663
R. v. Robertson.....	[1987] 1 S.C.R. 918.....	661
R. v. Ross .....	(1993), 121 N.S.R. (2d) 242.....	629
R. v. Salituro .....	[1991] 3 S.C.R. 654.....	729
R. v. Seaboyer .....	[1991] 2 S.C.R. 577.....	256, 438, 483, 624, 641, 664, 826
R. v. Sharma.....	[1993] 1 S.C.R. 650.....	413
R. v. Smellie.....	(1919), 14 Cr. App. R. 128.....	488
R. v. Smith .....	[1991] 1 S.C.R. 714.....	519
R. v. Smith .....	[1992] 2 S.C.R. 915.....	456, 487
R. v. Squire.....	[1977] 2 S.C.R. 13.....	678
R. v. Stinchcombe .....	[1991] 3 S.C.R. 326.....	502
R. v. Strachan.....	[1988] 2 S.C.R. 980.....	530
R. v. Sturmer and Town of Beaverton.....	(1912), 25 O.L.R. 566.....	136
R. v. Sussex Justices; Ex parte McCarthy .....	[1924] 1 K.B. 256.....	644
R. v. Swain.....	[1991] 1 S.C.R. 933.....	72, 216, 757
R. v. Taylor.....	(1986), 18 O.A.C. 219.....	267
R. v. Therens .....	[1985] 1 S.C.R. 613.....	529
R. v. Thomas Fuller Construction Co. (1958) Ltd. ....	[1980] 1 S.C.R. 695.....	312
R. v. Tomkins .....	[1985] 2 N.Z.L.R. 253.....	585
R. v. Toten.....	(1993), 83 C.C.C. (3d) 5.....	446
R. v. Trinneer .....	[1970] S.C.R. 638.....	586
R. v. Turlon .....	(1989), 49 C.C.C. (3d) 186.....	644

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Turpin .....	[1989] 1 S.C.R. 1296.....	756, 826
R. v. Turpin .....	[1989] 1 S.C.R. 1296.....	826
R. v. Vaillancourt .....	[1987] 2 S.C.R. 636.....	205
R. v. Valley.....	(1986), 26 C.C.C. (3d) 207 .....	644
R. v. Vetrovec.....	(1980), 58 C.C.C. (2d) 537 .....	495
R. v. W. (D.) .....	[1991] 1 S.C.R. 742.....	470
R. v. W. (R.).....	[1992] 2 S.C.R. 122.....	239, 256, 453, 484
R. v. Wallick.....	(1990), 69 Man. R. (2d) 310.....	665
R. v. Watson .....	(1979), 12 C.R. (3d) 259.....	353
R. v. Wong.....	(1978), 41 C.C.C. (2d) 196 .....	584
R. v. Yensen .....	(1961), 130 C.C.C. 353 .....	524
Racine v. Woods .....	[1983] 2 S.C.R. 173.....	59
Rathwell v. Rathwell.....	[1978] 2 S.C.R. 436.....	793
Reference re Agricultural Products Marketing Act.....	[1978] 2 S.C.R. 1198.....	398
Reference re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	205
Reference re Exported Natural Gas Tax .....	[1982] 1 S.C.R. 1004.....	398
Reference re Farm Products Marketing Act .....	[1957] S.C.R. 198.....	400
Reference re ss. 193 and 195.1(1)(c) of the Criminal Code (Man.)	[1990] 1 S.C.R. 1123.....	73, 123, 180
Reference re Upper Churchill Water Rights Reversion Act .....	[1984] 1 S.C.R. 297.....	301
Renault v. Bell Asbestos Mines Ltd. ....	[1980] C.A. 370 .....	304
Renvoi relatif à l'art. 193 et à l'al. 195.1(1)(c) du Code criminel (Man.).....	[1990] 1 R.C.S. 1123.....	73, 123, 180
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	205
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général) .....	[1993] 3 R.C.S. 519.....	486
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General) .....	[1993] 3 S.C.R. 519.....	486
Royal Trust Co. v. Minister of National Revenue .....	57 D.T.C. 1055 .....	721, 796
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd. ....	[1986] 2 S.C.R. 573.....	90, 123, 181

## S

Sansregret v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 570.....	660
Schachter v. Canada.....	[1992] 2 S.C.R. 679.....	772
Schachtschneider c. Minister of National Revenue.....	(1993), 154 N.R. 321.....	769
Schachtschneider v. Minister of National Revenue.....	(1993), 154 N.R. 321.....	769
Schreiber Brothers Ltd. v. Currie Products Ltd.....	[1980] 2 S.C.R. 78.....	189
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd. ....	[1986] 2 R.C.S. 573.....	90, 123, 181
Shannon v. Lower Mainland Dairy Products Board .....	[1938] A.C. 708 .....	399
Slaight Communications Inc. v. Davidson.....	[1989] 1 S.C.R. 1038.....	91, 107, 181, 205, 717, 794
Smith v. Copping .....	(1922), 34 Que. K.B. 412.....	168
St. Jean v. The Queen.....	(1978), 7 C.R. (3d) 14.....	548
Struncova v. Guay.....	(1984), 39 R.F.L. (2d) 298.....	93
Stubart Investments Ltd. v. The Queen .....	[1984] 1 S.C.R. 536.....	806
Sudeyko v. Sudeyko.....	(1974), 18 R.F.L. 273.....	58
Sullivan v. Fox .....	(1984), 38 R.F.L. (2d) 293.....	93

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
<b>T</b>		
Taillon v. Donaldson .....	[1953] 2 S.C.R. 257.....	168
Talsky v. Talsky .....	[1976] 2 S.C.R. 292.....	37, 115
Taylor, In re.....	(1876), 4 Ch. D. 157 .....	115
Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration) .....	[1991] 2 R.C.S. 22.....	755
Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Com- mission) .....	[1991] 2 S.C.R. 22.....	755
The Queen v. MerBan Capital Corp. ....	89 D.T.C. 5404 .....	722
Thorson v. Attorney General of Canada.....	[1975] 1 S.C.R. 138.....	312
Titus v. The Queen.....	[1983] 1 S.C.R. 259.....	663
Tocco v. Tocco .....	(1977), 4 R.F.L. (2d) 174.....	59
Toohy v. Metropolitan Police Commissioner.....	[1965] 1 All E.R. 506.....	610
Tremblay v. Daigle.....	[1989] 2 S.C.R. 530.....	91, 181
<b>U</b>		
United States of America v. Shepard.....	[1977] 2 S.C.R. 1067.....	361, 545
<b>V</b>		
Valade v. Corbeil.....	(1889), 33 L.C.J. 207 .....	185
Valin v. Langlois .....	(1879), 3 S.C.R. 1.....	312
Vetrovec v. The Queen .....	[1982] 1 S.C.R. 811.....	238, 256
<b>W</b>		
Wilson v. The Queen .....	[1983] 2 S.C.R. 594.....	348, 365
Wilson v. Thompson .....	[1959] Que. Q.B. 522.....	175
Woollven v. Aird.....	(1912), 14 Que. P.R. 165 .....	168
<b>Y</b>		
Young v. Young.....	[1993] 4 S.C.R. 3.....	148, 190, 191, 192
Yuill v. Yuill .....	[1945] 1 All E.R. 183.....	644
<b>Z</b>		
Zummo v. Zummo .....	574 A.2d 1130 (1990).....	95



## STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
<b>B</b>			
Business Concerns Records Act, R.S.Q., c. D-12	289	s. 276.....	595
<b>C</b>			
Canadian Charter of Rights and Freedoms		s. 465(3).....	834
s. 1.....	141	s. 486(2.1).....	475
s. 2(a).....	141	s. 548(1)(a).....	535
s. 2(b).....	141	s. 548(1)(b).....	535
s. 2(d).....	141	s. 548(2).....	535
s. 7.....	141, 419, 475	s. 566(1).....	535
s. 10(b).....	504	s. 566(2).....	535
s. 11(d).....	419, 475, 595	s. 566(3).....	535
s. 11(f).....	595	s. 568.....	535
s. 15.....	695	s. 574(1)(a).....	535
s. 15(1).....	141	s. 574(1)(b).....	535
s. 24(2).....	504	s. 576(1).....	535
s. 32.....	141	s. 577(a).....	535
Civil Code of Lower Canada		s. 577(b).....	535
art. 30.....	141	s. 577(c).....	535
Civil Code of Quebec		s. 577(d).....	535
art. 653.....	141	s. 590(3).....	333
art. 654.....	141	s. 591(3)(a).....	333
Constitution Act, 1867		s. 591(4).....	333
s. 92(9).....	371	s. 645(5).....	333
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46		s. 676(1)(a).....	333
s. 2 "weapon".....	199	s. 686(1)(b)(iii).....	573
s. 21.....	573	s. 686(4)(a).....	333
s. 84(1) "firearm".....	199	s. 686(4)(b)(i).....	333
s. 89.....	199	s. 693(1).....	333
s. 265(1)(a).....	333	s. 693(1)(b).....	333
s. 265(2).....	333	s. 715.1.....	419
s. 265(3)(c).....	333	<b>D</b>	
s. 265(4).....	595	District of Coquitlam Soil Removal Regulation	
s. 267(1)(b).....	535	Bylaw No. 1841, 1988.....	371
<b>I</b>			
Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148		s. 9(1).....	695
		s. 18(1).....	695
		s. 63.....	695

	PAGE		PAGE
<b>M</b>		<b>S</b>	
Maple Ridge Soil Removal By-law No. 3957-1987 .....	371	Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26	
		s. 45.....	289
Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290			
s. 930.....	371	<b>Y</b>	
<b>N</b>		Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1	
Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1		s. 3(e).....	504
s. 2 "traffic" .....	834	s. 3(2).....	504
		s. 16.....	504
<b>R</b>		s. 56(1).....	504
Rules of Court [British Columbia]		s. 56(2)(a) .....	504
r. 2(5).....	289	s. 56(2)(b)(i) .....	504
r. 26.....	289	s. 56(2)(b)(ii) .....	504

## LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
<b>C</b>			
Charte canadienne des droits et libertés			
art. 1.....	141	art. 566(3).....	535
art. 2a).....	141	art. 568.....	535
art. 2b).....	141	art. 574(1)a).....	535
art. 2d).....	141	art. 574(1)b).....	535
art. 7.....	141, 419, 475	art. 576(1).....	535
art. 10b).....	504	art. 577a).....	535
art. 11d).....	419, 475, 595	art. 577b).....	535
art. 11f).....	595	art. 577c).....	535
art. 15.....	695	art. 577d).....	535
art. 15(1).....	141	art. 590(3).....	333
art. 24(2).....	504	art. 591(3)a).....	333
art. 32.....	141	art. 591(4).....	333
Code civil du Bas-Canada		art. 645(5).....	333
art. 30.....	141	art. 676(1)a).....	333
Code civil du Québec		art. 686(1)b)(iii).....	573
art. 653.....	141	art. 686(4)a).....	333
art. 654.....	141	art. 686(4)b)(i).....	333
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46		art. 693(1).....	333
art. 2 «arme».....	199	art. 693(1)b).....	333
art. 21.....	573	art. 715.1.....	419
art. 84(1) «arme à feu».....	199		
art. 89.....	199	<b>D</b>	
art. 265(1)a).....	333	District of Coquitlam Soil Removal Regulation	
art. 265(2).....	333	Bylaw No. 1841, 1988.....	371
art. 265(3)c).....	333		
art. 265(4).....	595	<b>L</b>	
art. 267(1)b).....	535	Loi constitutionnelle de 1867	
art. 276.....	595	art. 92(9).....	371
art. 465(3).....	834	Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148	
art. 486(2.1).....	475	art. 9(1).....	695
art. 548(1)a).....	535	art. 18(1).....	695
art. 548(1)b).....	535	art. 63.....	695
art. 548(2).....	535	Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26	
art. 566(1).....	535	art. 45.....	289
art. 566(2).....	535	Loi sur les dossiers d'entreprises, L.R.Q., ch.	
		D-12.....	289



	PAGE		PAGE
Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1		Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290	
art. 3e).....	504	art. 930.....	371
art. 3(2).....	504		
art. 16.....	504	<b>R</b>	
art. 56(1).....	504	Rules of Court [Colombie-Britannique]	
art. 56(2)a).....	504	art. 2(5).....	289
art. 56(2)b)(i).....	504	art. 26.....	289
art. 56(2)b)(ii).....	504		
Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1			
art. 2 «faire le trafic».....	834		

### M

Maple Ridge Soil Removal By-law No. 3957- 1987 .....	371
---	-----

## AUTHORS CITED

---

## DOCTRINE CITÉE

	PAGE
Abella, Rosalie Silberman. "Family Law in Ontario: Changing Assumptions" (1981), 13 <i>Ottawa L. Rev.</i> 1	36
Abella, Rosalie Silberman. <i>Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984 .....	764
Abella, Rosalie Silberman. <i>Report of the Commission on Equality in Employment</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984 .....	764
American Psychological Association. "Brief for Amicus Curiae American Psychological Association in Support of Neither Party", filed with the Supreme Court of the United States in <i>Maryland v. Craig</i> , March 2, 1990 .....	483
Arnold, Brian J. "The Deduction for Child Care Expenses in the United States and Canada: A Comparative Analysis" (1973), 12 <i>West. Ont. L. Rev.</i> 1.....	725
Arnold, Brian J., and Timothy W. Edgar, eds. <i>Materials on Canadian Income Tax</i> , 9th ed. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1990 .....	723
Association du Barreau canadien. Groupe de travail sur l'égalité des sexes dans la profession juridique. <i>Les assises de la réforme: Égalité, diversité et responsabilité</i> . Ottawa: L'Association, 1993 .....	800
Bala, Nicholas. "Assessing the Assessor: Legal Issues" (1990), 6 <i>C.F.L.Q.</i> 179 .....	86
Bala, Nicholas. «Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System». Dans W. S. Tarnopolsky, J. Whitman et M. Ouellette, dir., <i>La discrimination dans le droit et l'administration de la justice</i> . Montréal: Thémis, 1993, 231, 232.....	257, 443, 486
Bala, Nicholas. "Double Victims: Child Sexual Abuse and the Canadian Criminal Justice System". In W. S. Tarnopolsky, J. Whitman and M. Ouellette, eds., <i>Discrimination in the Law and the Administration of Justice</i> . Montréal: Thémis, 1993, 231, 232.....	257, 443, 486
Bala, Nicholas, and Martha Bailey. "Canada: Recognizing the Interests of Children" (1992-93), 31 <i>J. Fam. L.</i> 283 .....	439
Belcourt, Monica, Ronald J. Burke and Hélène Lee-Gosselin. <i>The Glass Box: Women Business Owners in Canada</i> . Ottawa: Canadian Advisory Council on the Status of Women, 1991 .....	762, 829
Belcourt, Monica, Ronald J. Burke et Hélène Lee-Gosselin. <i>Une cage de verre: les entrepreneures au Canada</i> . Ottawa: Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1991 .....	763, 829
Benians, Robin. "Preserving Parental Contact: a Factor in Promoting Healthy Growth and Development in Children". In Jo Tunnard, ed., <i>Fostering Parental Contact: Arguments in Favour of Preserving Contact Between Children in Care and Their Families</i> . London: Family Rights Group, 1982 .....	118
Benson, E. J., Minister of Finance. <i>Proposals for Tax Reform</i> . Ottawa: Queen's Printer, 1969 .....	749, 813

Benson, E. J., Ministre des Finances. <i>Propositions de réforme fiscale</i> . Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969 .....	750, 813
Bessner, Ronda. "Khan: Important Strides Made by the Supreme Court Respecting Children's Evidence" (1990), 79 C.R. (3d) 15 .....	440
Black, Vaughan. "The Other Side of <i>Morguard</i> : New Limits on Judicial Jurisdiction" (1993), 22 <i>Can. Bus. L.J.</i> 4 .....	325
Black, Vaughan, and John Swan. "New Rules for the Enforcement of Foreign Judgments: <i>Morguard Investments Ltd. v. De Savoye</i> " (1991), 12 <i>Advocates' Q.</i> 489 .....	317
Blondin, Marie-Josée, et autres. "Évolution jurisprudentielle (1950-1983) du critère de la conduite des conjoints dans l'attribution de la garde des enfants" (1986), 46 <i>R. du B.</i> 105 .....	159
Blumberg, Grace. "Sexism in the Code: A Comparative Study of Income Taxation of Working Wives and Mothers" (1971-1972), 21 <i>Buff. L. Rev.</i> 49 .....	800
Boisclair, Claude. <i>Les droits et les besoins de l'enfant en matière de garde: réalité ou apparence?</i> Sherbrooke: Faculté de droit, Université de Sherbrooke, 1978 .....	170
Boyd, Susan B. "Child Custody Law and the Invisibility of Women's Work" (1989), 96 <i>Queen's Q.</i> 831 .....	49
Boyd, Susan B. "Potentialities and Perils of the Primary Caregiver Presumption" (1991), 7 <i>C.F.L.Q.</i> 1 .....	68
Boyd, Susan B. "Women, Men and Relationships with Children: Is Equality Possible?". In Karen Busby, Lisa Fainstein and Holly Penner, eds., <i>Equality Issues in Family Law: Considerations for Test Case Litigation</i> . Winnipeg: Legal Research Institute of the University of Manitoba, 1990 .....	43
Brennan, Mark. "The Battle for Credibility" (1993), 143 <i>New Law Journal</i> 623 .....	444
Brockman, Joan. "Social Authority, Legal Discourse, and Women's Voices" (1992), 21 <i>Man. L.J.</i> 213 .....	807
Brooks, Neil. "The Principles Underlying the Deduction of Business Expenses". In Brian G. Hansen, Vern Krishna and James A. Rendall, eds., <i>Essays on Canadian Taxation</i> . Toronto: Richard De Boo, 1978, 249 .....	724, 797
Bryant, Alan W. "The Issue of Consent in the Crime of Sexual Assault" (1989), 68 <i>Can. Bar Rev.</i> 94 .....	652
Burrett, Jill F. <i>Child Access and Modern Family Law</i> . Melbourne: Law Book Co., 1988 .....	83
<i>Calgary Herald</i> , July 16, 1993, p. A12, "Assault Cases: Women's groups seek tighter rein on defence questioning" .....	629
Canada. Chambre des communes. Comité législatif sur le projet de loi C-15. <i>Procès-verbaux et témoignages</i> , fascicule n° 1, le 27 novembre 1986, p. 1:18 .....	473
Canada. Chambre des communes. Comité permanent de la justice et du Solliciteur général. <i>Examen de quatre ans des dispositions du Code criminel et de la Loi sur la preuve au Canada sur l'exploitation sexuelle des enfants (anciennement projet de loi C-15)</i> . Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1993 .....	445
Canada. Chambre des communes. Comité permanent des finances, du commerce et des questions économiques. <i>Procès-verbaux et témoignages</i> , n° 70, 23 juin 1970, p. 70:145 .....	814
Canada. Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes. <i>Infractions sexuelles à l'égard des enfants: Rapport du Comité sur les infractions sexuelles à l'égard des enfants et des jeunes</i> . (le «rapport Badgley»), vol. 2. Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1984 .....	257, 439
Canada. Commission de réforme du droit. <i>La garde, l'administration et l'éducation des enfants de parents qui divorcent</i> . Par Richard Gosse. Ottawa: La Commission, 1973 .....	41
Canada. Commission de réforme du droit. Rapport. <i>Le droit de la famille</i> . Ottawa: La Commission, 1976 .....	37
Canada. Commission royale d'enquête sur la fiscalité. <i>Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité</i> , t. 2 et 3. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966 .....	813

Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. <i>Sexual Offences Against Children: Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths</i> (the "Badgley Report"), vol. 2. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.....	257, 439
Canada. Condition féminine Canada. <i>Rapport du Groupe d'étude sur la garde des enfants</i> . Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1986.....	740
Canada. Department of Justice. <i>Custody and Access: Public Discussion Paper</i> . Ottawa: The Dept., 1993	68
Canada. Department of Justice, Research Section. <i>Sexual Assault Legislation in Canada: An Evaluation</i> (Report No. 5). Ottawa: Department of Justice Canada, 1990.....	439
Canada. Department of Justice. <i>Evaluation of the Divorce Act, 1985 -- Phase I: Collection of Baseline Data</i> . Ottawa: The Dept., 1987.....	61
Canada. Department of Justice. <i>Evaluation of the Divorce Act -- Phase II: Monitoring and Evaluation</i> . Ottawa: The Dept., 1990.....	49
Canada. Health and Welfare. Report of the Special Advisor to the Minister of National Health and Welfare on Child Sexual Abuse in Canada. <i>Reaching for Solutions</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1990.....	440
Canada. House of Commons. Legislative Committee on Bill C-15. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , Issue No. 1, November 27, 1986, p. 1:18.....	473
Canada. House of Commons. Standing Committee on Finance, Trade and Economic Affairs. <i>Minutes of Proceedings and Evidence</i> , Issue No. 70, June 23, 1970, p. 70:145.....	814
Canada. House of Commons. Standing Committee on Justice and the Solicitor General. <i>Four-Year Review of the Child Sexual Abuse Provisions of the Criminal Code and the Canada Evidence Act (formerly Bill C-15)</i> . Ottawa: Supply and Services Canada, 1993.....	445
Canada. Law Reform Commission. Report. <i>Family Law</i> . Ottawa: The Commission, 1976.....	37
Canada. Law Reform Commission. <i>The Custody, Care and Upbringing of Children of Divorcing Spouses</i> . By Richard Gosse. Ottawa: The Commission, 1973.....	41
Canada. Ministère de la Justice. <i>Document de travail public sur la garde d'enfants et le droit d'accès</i> . Ottawa: Le ministère, 1993.....	68
Canada. Ministère de la Justice. <i>Évaluation de la Loi de 1985 sur le divorce -- Phase I: Cueillette des données de base</i> . Ottawa: Le ministère, 1987.....	61
Canada. Ministère de la Justice. <i>Évaluation de la Loi sur le divorce -- Étape II: Contrôle et évaluation</i> . Ottawa: Le ministère, 1990.....	50
Canada. Ministère de la Justice, Section de la recherche. <i>La Loi sur les agressions sexuelles au Canada: Une évaluation</i> (Rapport n° 5). Ottawa: Ministère de la Justice du Canada, 1990.....	439
Canada. Rapport du groupe d'étude établi conjointement par le ministère des Communications et le ministère de la Justice. <i>L'ordinateur et la vie privée</i> . Ottawa: Information Canada, 1972.....	614
Canada. Report of a Task Force established jointly by the Department of Communications\Department of Justice. <i>Privacy and Computers</i> . Ottawa: Information Canada, 1972.....	614
Canada. Royal Commission on Taxation. <i>Report of the Royal Commission on Taxation</i> , vols. 2 and 3. Ottawa: Queen's Printer, 1966.....	813
Canada. Santé et Bien-être social. Rapport du conseiller spécial du ministre de la Santé nationale et du Bien-être social en matière d'agressions sexuelles contre les enfants au Canada. <i>À la recherche de solutions</i> . Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1990.....	440
Canada. Sénat. Comité sénatorial permanent des affaires juridiques et constitutionnelles. <i>Délibérations</i> , fascicule n° 2, le 20 novembre 1986, p. 2:23.....	445

Canada. Senate. Standing Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs. <i>Proceedings</i> , Issue No. 2, November 20, 1986, p. 2:23.....	445
Canada. Solicitor General. <i>Canadian Urban Victimization Survey</i> , Bulletin No. 2, <i>Reported and Unreported Crimes</i> . Ottawa: Solicitor General, 1984.....	442
Canada. Solliciteur général. <i>Sondage canadien sur la victimisation en milieu urbain</i> , bulletin n° 2, <i>Crimes signalés et non signalés</i> . Ottawa: Solliciteur général, 1984.....	442
Canada. Statistique Canada. «Qui s'occupe des enfants lorsque la mère travaille à l'extérieur?», par Susan Crompton. Dans <i>L'Emploi et le revenu en perspective</i> , vol. 3, n° 2. Ottawa, été 1991, 72.....	762, 828
Canada. Statistics Canada. "Who's Looking After the Kids? Child Care Arrangements of Working Mothers", by Susan Crompton. In <i>Perspectives on Labour and Income</i> , vol. 3, No. 2. Ottawa, Summer 1991, 68.....	762, 828
Canada. Status of Women Canada. <i>Report of the Task Force on Child Care</i> . Ottawa: Supply and Services Canada, 1986.....	740
Canadian Bar Association. Task Force on Gender Equality in the Legal Profession. <i>Touchstones for Change: Equality, Diversity and Accountability</i> . Ottawa: Canadian Bar Association, 1993.....	800
Caplan, Paula J., and Jeffery Wilson. "Assessing the Child Custody Assessors" (1990), 27 R.F.L. (3d) 121	87
Chambers, David L. "Rethinking the Substantive Rules for Custody Disputes in Divorce" (1984), 83 <i>Mich. L. Rev.</i> 477.....	43, 117
Child Witness Project. London Family Court Clinic. <i>Reducing the System-induced Trauma for Child Sexual Abuse Victims Through Court Preparation, Assessment and Follow-up</i> . London, Ont.: London Family Court Clinic, January 1991.....	484
Clark, Lorene M. G. "Boys Will Be Boys: Beyond the Badgley Report" (1986), 2 <i>C.J.W.L.</i> 135.....	440
Cornu, Gérard. <i>Droit civil: la famille</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Paris: Montchrestien, 1993.....	173
Côté, Pierre-André. <i>Interprétation des lois</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.....	793
Côté, Pierre-André. <i>The Interpretation of Legislation in Canada</i> , 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991	793
Cross, Sir Rupert. <i>Cross on Evidence</i> , 7th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.....	527
D.-Castelli, Mireille. <i>Précis du droit de la famille</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Québec: Presses de l'Université Laval, 1990...	173
Deech, Ruth. "The Unmarried Father and Human Rights" (1992), 4 <i>J. Child L.</i> 3.....	59
Deleury, Édith, Michèle Rivet et Jean-Marc Neault. "De la puissance paternelle à l'autorité parentale: Une institution en voie de trouver sa vraie finalité" (1974), 15 <i>C. de D.</i> 779.....	175
Delisle, R. J. "D. (L.E.): Obscuring Similar Fact Evidence" (1989), 71 <i>C.R.</i> (3d) 22.....	257
Delorey, Anne Marie. "Joint Legal Custody: A Reversion to Patriarchal Power" (1989), 3 <i>C.J.W.L.</i> 33 ...	62
Dickens, Bernard M. "The Modern Function and Limits of Parental Rights" (1981), 97 <i>L.Q. Rev.</i> 462.....	41
Drakich, Janice. "In Search of the Better Parent: The Social Construction of Ideologies of Fatherhood" (1989), 3 <i>C.J.W.L.</i> 69.....	50
Drakich, Janice. "In Whose Best Interests? The Politics of Joint Custody". In Bonnie Fox, ed., <i>Family Bonds and Gender Divisions: Readings in the Sociology of the Family</i> . Toronto: Canadian Scholars' Press, 1988.....	43
Driedger, Elmer A. <i>Construction of Statutes</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.....	744, 793
Dussault, René and Louis Borgeat. <i>Administrative Law: A Treatise</i> , vol. 1, 2nd ed. Translated by Murray Rankin. Toronto: Carswell, 1985.....	218
Dussault, René et Louis Borgeat. <i>Traité de droit administratif</i> , t. 1, 2 <sup>e</sup> éd., Québec: Presses de l'Université Laval, 1984.....	218

Dziech, Billie Wright, and Charles B. Schudson. <i>On Trial: America's Courts and Their Treatment of Sexually Abused Children</i> , 2nd ed. Boston: Beacon Press, 1991 .....	440
Ehrcke, Ann. "Limiting Judicial Discretion in Custody Proceedings on Divorce" (1987), 6 <i>Can. J. Fam. L.</i> 211 .....	68
Eichler, Margrit. <i>Nonsexist Research Methods: A Practical Guide</i> . Boston: Allen & Unwin, 1988 .....	818
Ellison, Edythe S. "Issues Concerning Parental Harmony and Children's Psychosocial Adjustment" (1983), 53 <i>Amer. J. Orthopsychiat.</i> 73.....	82
Elster, Jon. "Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child" (1987), 54 <i>U. Chi. L. Rev.</i> 1	116
Emery, Robert E. "Interparental Conflict and the Children of Discord and Divorce" (1982), 92 <i>Psych. Bull.</i> 310 .....	83
Federal/Provincial/Territorial Working Group of Attorneys General Officials on Gender Equality in the Canadian Justice System. <i>Gender Equality in the Canadian Justice System: Summary Document and Proposals for Action</i> . Ottawa: Department of Justice Canada, 1992 .....	669
Ferguson, Gerry A., and John C. Bouck. <i>Canadian Criminal Jury Instructions</i> , vol. 1, 2nd ed. Vancouver: The Continuing Legal Education, Society of British Columbia, 1989 (loose-leaf).....	655
Fineman, Martha Albertson. "Dominant Discourse, Professional Language and Legal Change in Child Custody Decisionmaking" (1988), 101 <i>Harv. L. Rev.</i> 727 .....	50
Fineman, Martha Albertson. <i>The Illusion of Equality: The Rhetoric and Reality of Divorce Reform</i> . Chicago: University of Chicago Press, 1991.....	43
Finkle, Peter, and Claude Labrecque. "Low-Cost Legal Remedies and Market Efficiency: Looking Beyond Morguard" (1993), 22 <i>Can. Bus. L.J.</i> 58.....	326
Finnbogason, Eve, and Monica Townson. <i>The Benefits and Cost-effectiveness of a Central Registry of Maintenance and Custody Orders</i> . Ottawa: Status of Women, 1985.....	62
Flin, Rhona H., and John R. Spencer. "Do Children Forget Faster?", [1991] <i>Crim. L.R.</i> 189.....	468
Folberg, Jay. "Joint Custody". In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., <i>Family Law: Dimensions of Justice</i> . Toronto: Butterworths, 1983 .....	48
Furstenberg, Frank F., Jr., and Andrew J. Cherlin. <i>Divided Families: What Happens to Children When Parents Part</i> . Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1991.....	50
Gélinas, Louis, et Bartha Maria Knoppers. "Le rôle des experts en droit québécois en matière de garde, d'accès et de protection" (1993), 53 <i>R. du B.</i> 3.....	87
<i>Globe and Mail (The)</i> , July 15, 1993, p. A7, "B.C. psychiatrist refusing to hand over file: Fears releasing confidential therapy data would hurt patient who alleges sex abuse".....	629
<i>Globe and Mail (The)</i> , May 15, 1993, p. D3, "Confidentiality: Balancing justice and medical ethics" .....	629
Goldman, Calvin S. "The Use of Learned Treatises in Canadian and United States Litigation" (1974), 24 <i>U.T.L.J.</i> 423 .....	274
Goldstein, Joseph. "In Whose Best Interest?". In Rosalie S. Abella and Claire L'Heureux-Dubé, eds., <i>Family Law: Dimensions of Justice</i> . Toronto: Butterworths, 1983 .....	41
Goldstein, Joseph, Anna Freud and Albert J. Solnit. <i>Beyond the Best Interests of the Child</i> . New York: The Free Press, 1979 .....	41
Goodison, Don. "Nanny Means Business", <i>CGA Magazine</i> , September 1989, p. 15.....	815
Goodman, Gail S., and Vicki S. Helgeson. "Child Sexual Assault: Children's Memory and the Law" (1985), 40 <i>U. Miami L. Rev.</i> 181 .....	473
Goodman, Gail S., et al. <i>Testifying in Criminal Court: Emotional Effects on Child Sexual Assault Victims</i> : Chicago. University of Chicago Press, 1992.....	447

Grant, Isabel, and Lynn Smith. "Gender Representation in the Canadian Judiciary". In <i>Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practice</i> . Toronto: Ontario Law Reform Commission, 1991, 57 .....	802
Grassby, Miriam. "Women in Their Forties: The Extent of Their Rights to Alimentary Support" (1991), 30 R.F.L. (3d) 369.....	51
Groffier-Atala, Ethel. "De la puissance paternelle à l'autorité parentale" (1977), 8 R.G.D. 223 .....	159
Groffier, Ethel. <i>Précis de droit international privé québécois</i> , 4 <sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.....	306
Groupe de travail fédéral-provincial-territorial des procureurs généraux sur l'égalité des sexes dans le système de justice canadien. <i>L'égalité des sexes dans le système de justice au Canada: Document récapitulatif et propositions de mesures à prendre</i> . Ottawa: Ministère de la Justice Canada, 1992 .....	669
Gunderson, Morley, Leon Muszynski and Jennifer Keck. <i>Women and Labour Market Poverty</i> . Ottawa: Canadian Advisory Council on the Status of Women, 1990 .....	829
Gunderson, Morley, Leon Muszynski et Jennifer Keck. <i>Vivre ou survivre? Les femmes, le travail et la pauvreté</i> . Ottawa: Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1990.....	829
Harris, Edwin C. <i>Canadian Income Taxation</i> , 4th ed. Toronto: Butterworths, 1986 .....	733
Hershfield, J. E. "Recent Trends in the Deduction of Expenses in Computing Income". In <i>Report of Proceedings of the Forty-First Tax Conference Convened by the Canadian Tax Foundation</i> . Toronto: Canadian Tax Foundation, 1990.....	725
Hetherington, E. Mavis, Martha Cox and Roger Cox. "Effects of Divorce on Parents and Children". In Michael E. Lamb, ed., <i>Nontraditional Families: Parenting and Child Development</i> . Hillsdale, N.J.: Lawrence Erlbaum & Associates, 1982.....	82
Hill, Paula E., and Samuel M. Hill. "Videotaping Children's Testimony: An Empirical View" (1987), 85 <i>Mich. L. Rev.</i> 809.....	448
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , vol. 2, 3rd ed. (Supplemented). Scarborough: Carswell, 1992 (loose-leaf).....	324, 690
Holmes, Oliver Wendell. <i>The Common Law</i> . Boston: Little, Brown, 1881 .....	806
Holmes, Sheila M. "Imposed Joint Legal Custody: Children's Interests or Parental Rights?" (1987), 45 <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 300.....	49
Holmstrom, Lynda Lytle, and Ann Wolbert Burgess. <i>The Victim of Rape: Institutional Reactions</i> . New Brunswick, U.S.A.: Transaction Books, 1983 .....	442, 670
Ish, Daniel, James A. Rendall and Catherine A. Brown. "Deductions". In B. J. Arnold and T. W. Edgar, eds., <i>Materials on Canadian Income Tax</i> , 9th ed. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1990, 385.....	724
Johnston, Janet R., Marsha Kline and Jeanne M. Tschann, "Ongoing Postdivorce Conflict: Effects on Children of Joint Custody and Frequent Access" (1989), 59 <i>Amer. J. Orthopsychiat.</i> 576.....	83
Krasa, Eva M. "The Deductibility of Fines, Penalties, Damages, and Contract Termination Payments" (1990), 38 <i>Can. Tax J.</i> 1399.....	796
Krishna, Vern. "Perspectives on Tax Policy". In Brian G. Hansen, Vern Krishna and James A. Rendall, eds., <i>Essays on Canadian Taxation</i> . Toronto: Richard De Boo, 1978, 1.....	724
Krishna, Vern. <i>The Fundamentals of Canadian Income Tax</i> , 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992 .....	724
L'Heureux-Dubé, Claire. "La garde conjointe, concept acceptable ou non?" (1979), 39 <i>R. du B.</i> 835.....	48, 166
LaFave, LeAnn Larson. "Origins and Evolution of the 'Best Interests of the Child' Standard" (1989), 34 <i>S.D.L. Rev.</i> 459.....	65
La Forest, G. V. <i>The Allocation of Taxing Power Under the Canadian Constitution</i> , 2nd ed. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1981 .....	396
Langelier, F. <i>Cours de droit civil de la province de Québec</i> , t. 1. Montréal: Wilson & Lafleur, 1905.....	165

Law Society of Upper Canada. <i>Transitions in the Ontario Legal Profession: A Survey of Lawyers Called to the Bar Between 1975 and 1990</i> . Toronto: The Society, 1991.....	740
Lero, Donna S., et al. <i>Canadian National Child Care Study: Parental Work Patterns and Child Care Needs</i> . Ottawa: Statistics Canada, 1992.....	762
Lero, Donna S., et autres. <i>Étude nationale canadienne sur la garde des enfants: les régimes de travail des parents et leurs besoins en matière de garde des enfants</i> . Ottawa: Statistique Canada, 1992 .....	762
Lesage, Robert. "Garde ou autorité parentale; l'emprise de la sémantique" (1988), 91 <i>R. du N.</i> 46.....	164
MacKinnon, Catharine A. "Reflections on Sex Equality Under Law" (1991), 100 <i>Yale L.J.</i> 1281 .....	822
MacKinnon, Catharine A. <i>Toward a Feminist Theory of the State</i> . Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1989.....	670
Macklin, Audrey. "Symes v. M.N.R.: Where Sex Meets Class" (1992), 5 <i>C.J.W.L.</i> 498.....	743, 803
Magnet, Joseph Eliot. "The Constitutional Distribution of Taxation Powers in Canada" (1978), 10 <i>Ottawa L. Rev.</i> 473 .....	404
Mahoney, Kathleen. "Daycare and Equality in Canada". In <i>Research Studies of the Commission on Equality in Employment</i> . Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985, 157 .....	796
Maidment, Susan. <i>Child Custody and Divorce</i> . London: Croom Helm, 1984 .....	34, 115
Marshall, Patricia. "Sexual Assault, the Charter and Sentencing Reform" (1988), 63 <i>C.R.</i> (3d) 216 .....	442
Marty, Gabriel, et Pierre Raynaud. <i>Droit civil: les personnes</i> , 3 <sup>e</sup> éd. Paris: Sirey, 1976.....	160
Mayrand, Albert. "Conventions de séparation entre époux" (1970), 73 <i>R. du N.</i> 411 .....	184
Mayrand, Albert. "Conventions entre époux en prévision de leur divorce et conventions entre divorcés" (1960), 20 <i>R. du B.</i> 1.....	184
Mayrand, Albert. "L'évolution de la notion de puissance paternelle en droit civil québécois". Dans <i>Mélanges offerts à René Savatier</i> . Paris: Dalloz, 1965, 621.....	159
Mayrand, Albert. "L'incidence de la conduite des époux sur le droit de garde de l'enfant" (1982), 85 <i>R. du N.</i> 28 .....	157
Mayrand, Albert. "La garde conjointe (autorité parentale conjointe) envisagée dans le contexte social et juridique actuel". Dans <i>Droit et enfant</i> . Cowansville: Yvon Blais, 1990, 19 .....	159
Mayrand, Albert. "La garde conjointe, rééquilibrage de l'autorité parentale" (1988), 67 <i>Can. Bar Rev.</i> 193	161
McAllister, Beth. "Article 38.071 of the Texas Code of Criminal Procedure: A Legislative Response to the Needs of Children in the Courtroom" (1986), 18 <i>St. Mary's L.J.</i> 279 .....	442
McCaffery, Edward J. "Taxation and the Family: A Fresh Look at Behavioral Gender Biases in the Code" (1993), 40 <i>UCLA L. Rev.</i> 983 .....	821
McCormick, Charles Tilford. <i>McCormick on Evidence</i> , vols. 1 and 2, 4th ed. J. W. Strong, ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.....	236, 274
<i>McCormick's Handbook of the Law of Evidence</i> , 2nd ed. By Edward W. Cleary, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1972.....	616
McGillivray, Anne. "Abused Children in the Courts: Adjusting the Scales After Bill C-15" (1990), 19 <i>Man. L.J.</i> 549 .....	443, 483
McGillivray, Anne. " <i>R. v. Laramée</i> : Forgetting Children, Forgetting Truth" (1991), 6 <i>C.R.</i> (4th) 325.....	455
McIntyre, Michael J. "Evaluating the New Tax Credit for Child Care and Maid Service" (1977), 5 <i>Tax Notes</i> 7.....	741
McWilliams, Peter K. <i>Canadian Criminal Evidence</i> , 3rd ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1988 (loose-leaf).....	626



McWilliams, Peter K. <i>Canadian Criminal Evidence</i> , 3rd ed. Release No. 10. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1993 (loose-leaf).....	363
Mewett, Alan W. "Credibility and Consistency" (1991), 33 <i>Crim. L.Q.</i> 385.....	249, 268
Mignault, Pierre Basile. <i>Le droit civil canadien</i> , t. 2. Montréal: Librairie de droit et de jurisprudence, 1896	167
Mnookin, Robert H. "Child-Custody Adjudication: Judicial Functions in the Face of Indeterminacy" (1975), 39 <i>Law &amp; Contemp. Probs.</i> 226.....	65, 115
Munro, Karen M. "The Inapplicability of Rights Analysis in Post-Divorce Child Custody Decision Making" (1992), 30 <i>Alta. L. Rev.</i> 852.....	67
Ontario. Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information. <i>Report of the Commission of Inquiry into the Confidentiality of Health Information</i> , vol. 2. Toronto: The Commission, 1980 .....	615
Ouellette, Monique. <i>Droit de la famille</i> , 2 <sup>e</sup> éd. Montréal: Thémis, 1991.....	162
Payne, Julien D. <i>Payne on Divorce</i> , 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1988 .....	39
Payne, Julien D., and Brenda Edwards. "Co-operative Parenting After Divorce: A Canadian Perspective" (1989), 11 <i>Advocates' Q.</i> 1.....	49
Perry, Debra. <i>Access to Children Following Parental Relationship Breakdown in Alberta</i> . Calgary: Canadian Research Institute for Law and the Family, 1992.....	61
Pineau, Jean. <i>La famille</i> . Montréal: Presses de l'Université de Montréal, 1982.....	161
Pineau, Jean, et Monique Ouellette. "La protection de l'enfant dans le droit de la famille" (1978), 9 <i>R.D.U.S.</i> 76 .....	169
Renaud, Gilles. "Judicial Notice of Delayed Reporting of Sexual Abuse: A Reply to Mr. Rauf" (1993), 20 <i>C.R.</i> (4th) 383.....	468
Richardson, C. James. <i>Court-based Divorce Mediation in Four Canadian Cities: An Overview of Research Results</i> . Ottawa: Department of Justice Canada, Family Law Research, 1988.....	50
Richardson, C. James. <i>La médiation des divorces rattachée aux tribunaux dans quatre villes canadiennes: un aperçu des résultats de recherche</i> . Ottawa: Ministère de la Justice Canada, Recherche en droit de la famille, 1988.....	50
Rittershaus, Mary A. "Maryland v. Craig: Balancing the Interests of a Child Victim Against the Defendant's Right to Confront his Accuser" (1991), 36 <i>San Diego L. Rev.</i> 104 .....	450
Robb, James C. and Lynda J. Kordyban. "The Child Witness: Reconciling the Irreconcilable" (1989), 27 <i>Alta. L. Rev.</i> 327 .....	257
Roth, Allan. "The Tender Years Presumption in Child Custody Disputes" (1976-77), 15 <i>J. Fam. L.</i> 423....	115
Rutter, Michael. <i>Maternal Deprivation Reassessed</i> . Harmondsworth, England: Penguin Books, 1981 .....	118
Rutter, Michael. "Protective Factors in Children's Responses to Stress and Disadvantage". In Martha Whalen Kent and Jon E. Rolf, eds., <i>Primary Prevention of Psychopathology: Social Competence in Children</i> , vol. III. Hanover, N.H.: University Press of New England, 1979.....	83
Ryan, Judith P. "Joint Custody in Canada: Time for a Second Look" (1986), 49 <i>R.F.L.</i> (2d) 119 .....	68
Salhany, R. E. <i>Canadian Criminal Procedure</i> , 5th ed. Aurora, Ont.: Canada Law Book, 1989.....	351, 368
Schmolka, Vicki. <i>Is Bill C-15 Working? An Overview of the Research on the Effects of the 1988 Child Sexual Abuse Amendments</i> . Ottawa: Department of Justice, 1992 .....	494
Schmolka, Vicki. <i>Le projet de loi C-15 donne-t-il les effets voulus? Compte rendu des recherches portant sur les effets des modifications de 1988 relatives à l'exploitation sexuelle des enfants</i> . Ottawa: Ministère de la justice, 1992 .....	494
Schneider, Carl E. "Religion and Child Custody" (1992), 25 <i>U. Mich. J.L. Ref.</i> 879 .....	93
Sharpe, Robert J. <i>Injunctions and Specific Performance</i> . Toronto: Canada Law Book, 1983.....	348

Smart, Carol, and Selma Sevenhuijsen. <i>Child Custody and the Politics of Gender</i> . London: Routledge, 1989	43
Smith, Dorothy E. "A Peculiar Eclipsing: Women's Exclusion From Man's Culture" (1978), 1 <i>Women's Studies Int. Quart.</i> 281.....	798
Smith, Lucy, and Peter Lødrup. "The Child in the Divorce Situation -- Factors Determining the Custody Question and the Use of Experts in Custody Cases in Norway". In Ian F. G. Baxter and Mary A. Eberts, eds., <i>The Child and the Courts</i> . Toronto: Carswell, 1978 .....	116
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> . Toronto: Butterworths, 1992.....	243, 265, 363
Spencer, John R. "Child Witnesses — A Further Skirmish" (1987), 137 <i>New Law Journal</i> 1127.....	446
Spencer, John R., and Rhona H. Flin. <i>The Evidence of Children: The Law and the Psychology</i> . London: Blackstone Press, 1990 .....	258, 445
Strayer, Barry L. <i>The Canadian Constitution and the Courts</i> , 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1988.....	313
Summit, Roland C. "The Child Sexual Abuse Accommodation Syndrome" (1983), 7 <i>Child Abuse &amp; Neglect</i> 177 .....	468
Surrey, Stanley S. <i>Pathways to Tax Reform: the Concept of Tax Expenditures</i> . Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1973 .....	758
Surrey, Stanley S., and Paul R. McDaniel. <i>Tax Expenditures</i> . Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985 .....	758
Syrtash, John Tibor. <i>Religion and Culture in Canadian Family Law</i> . Toronto: Butterworths, 1992.....	97
Thomas, Richard B. "No to Nanny Expense Deduction" (1991), 39 <i>Can. Tax J.</i> 950 .....	812
Toope, Stephen J. "Riding the Fences: Courts, Charter Rights and Family Law" (1991), 9 <i>Can. J. Fam. L.</i> 55	68
<i>Traité de droit civil du Québec</i> , t. 1 et 2 par Gérard Trudel. Montréal: Wilson & Lafleur, 1942.....	165
Wallerstein, Judith S., and Joan Berlin Kelly. <i>Surviving the Breakup: How Children and Parents Cope with Divorce</i> . New York: Basic Books, 1980.....	80
Wallerstein, Judith S., and Sandra Blakeslee. <i>Second Chances: Men, Women and Children a Decade After Divorce</i> . New York: Ticknor & Fields, 1989.....	81
Weisman, Norris. "On Access After Parental Separation" (1992), 36 <i>R.F.L.</i> (3d) 35 .....	61
Weiss, Martin, and Robert Abramoff. "The Enforceability of Religious Upbringing Agreements" (1991), 25 <i>J. Mar. L. Rev.</i> 655.....	96
Weitzman, Lenore J. <i>The Divorce Revolution</i> . New York: The Free Press, 1985 .....	43
Whitcomb, Debra, Elizabeth R. Shapiro and Lindsey D. Stellwagen. <i>When the Victim is a Child: Issues for Judges and Prosecutors</i> . Washington, D.C.: National Institute of Justice, 1985.....	449
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 1A (Tillers rev.). Boston: Little, Brown & Co., 1983 .....	621, 665
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 2. Revised by James H. Chadbourne. Boston: Little, Brown and Co., 1979.....	236
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 4. Revised by James H. Chadbourne. Boston: Little, Brown and Co., 1972.....	458
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 6. Revised by James H. Chadbourne. Boston: Little, Brown and Co., 1976.....	274
Wigmore, John Henry. <i>Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 2, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940.....	617
Williams, John M. "Mistake of Fact: The Legacy of <i>Pappajohn v. The Queen</i> " (1985), 63 <i>Can. Bar Rev.</i> 597	654
Wilson, Bertha. "Women, the Family, and the Constitutional Protection of Privacy" (1992), 17 <i>Queen's L.J.</i> 5	826

Woodman, Faye. "A Child Care Expenses Deduction, Tax Reform and the <i>Charter</i> : Some Modest Proposals" (1990), 8 <i>Can. J. Fam. L.</i> 371 .....	732, 810
Young, Alison Harvison. "Child Sexual Abuse and the Law of Evidence: Some Current Canadian Issues" (1992), 11 <i>Can. J. Fam. L.</i> 11 .....	441
Young, Claire F. L. "Case Comment on <i>Symes v. The Queen</i> ", [1991] <i>Brit. Tax Rev.</i> 105 .....	733, 795
Young, Claire F. L. "Impact of Feminist Analysis on Tax Law and Policy". In <i>Feminist Analysis: Challenging Law and Legal Processes</i> . 1992 Institute of Continuing Legal Education, January 31, 1992. Toronto: Canadian Bar Association — Ontario, 1992 .....	786
Yuille, John C., Mary Ann King and Don MacDougall. <i>Child Victims and Witnesses: The Social Science and Legal Literatures</i> . Ottawa: Department of Justice Canada, 1988 .....	451
Yuille, John C., Mary Ann King et Don MacDougall. <i>Enfants victimes et témoins: Publications en droit et en sciences sociales</i> . Ottawa: Ministère de la Justice Canada, 1988.....	451
Zarowny, Steven M. "The Religious Upbringing of Children After Divorce" (1980), 56 <i>Notre Dame Law.</i> 160 .....	97



**Elizabeth C. Symes** *Appellant*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

and

**The Attorney General of Quebec, the  
Charter Committee on Poverty Issues and  
the Canadian Bar Association** *Interveners*

INDEXED AS: SYMES v. CANADA

File No.: 22659.

1993: March 2; 1993: December 16.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Income tax — Deductions — Child care expenses — Partner in law firm deducting wages paid to nanny in her income tax returns — Whether child care expenses deductible as business expenses — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 9(1), 18(1)(a), (h), 63.*

*Constitutional law — Charter of Rights — Equality rights — Income tax — Child care expenses — Partner in law firm deducting wages paid to nanny in her income tax returns — Whether child care expenses deductible as business expenses — If not, whether equality rights violated — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).*

The appellant practised law full-time as a partner in a law firm during taxation years 1982 through 1985. During that period she employed a nanny to care for her children (she was the mother of one child in 1982, 1983 and 1984, and of two children in 1985). The appellant deducted the wages she paid to the nanny as business expenses in her personal income tax returns for those years. Revenue Canada initially allowed the deductions for 1982 and 1983, but later disallowed the deductions for all four years in notices of reassessment. The appel-

**Elizabeth C. Symes** *Appelante*

c.

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

et

<sup>b</sup> **Le procureur général du Québec, le Comité de la Charte et des questions de pauvreté et l'Association du Barreau canadien** *Intervenants*

<sup>c</sup> RÉPERTORIÉ: SYMES c. CANADA

N<sup>o</sup> du greffe: 22659.

1993: 2 mars; 1993: 16 décembre.

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

<sup>e</sup> EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

<sup>f</sup> *Impôt sur le revenu — Déductions — Frais de garde d'enfants — Une associée dans un cabinet d'avocats a déduit dans sa déclaration d'impôt sur le revenu le salaire versé à une gardienne d'enfants — Les frais de garde d'enfants sont-ils déductibles à titre de dépense d'entreprise? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 9(1), 18(1)a), h), 63.*

<sup>g</sup> *Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l'égalité — Impôt sur le revenu — Frais de garde d'enfants — Une associée dans un cabinet d'avocats a déduit dans sa déclaration d'impôt sur le revenu le salaire versé à une gardienne d'enfants — Les frais de garde d'enfants sont-ils déductibles à titre de dépense d'entreprise? — Dans la négative, y a-t-il violation des droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).*

<sup>i</sup> L'appelante exerçait le droit à temps plein à titre d'associée dans un cabinet d'avocats au cours des années d'imposition 1982 à 1985. Au cours de cette période, elle avait à son service une gardienne d'enfants (elle avait un enfant pendant les années d'imposition 1982, 1983 et 1984 et deux enfants en 1985). Dans ses déclarations personnelles de revenu pour ces années, l'appelante a déduit le salaire versé à la gardienne à titre de dépense d'entreprise. Revenue Canada a d'abord accepté les déductions pour 1982 et 1983, mais a ensuite, par

lant objected, but the disallowance was confirmed on the ground that the expenses were not outlays or expenses incurred for the purpose of gaining or producing income from business, as required under s. 18(1)(a) of the *Income Tax Act*, but were personal or living expenses, deduction of which was prohibited by s. 18(1)(h). In place of the disallowed deductions, Revenue Canada allowed the appellant revised child care deductions of \$1,000 for 1982, \$2,000 for each of 1983 and 1984, and \$4,000 for 1985, pursuant to s. 63 of the Act. The Federal Court, Trial Division, held that the appellant could deduct the payments to the nanny as business expenses. The Federal Court of Appeal reversed the judgment and restored the notices of reassessment.

*Held* (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed. The appellant's child care expenses are not deductible as business expenses.

*Per* Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The well accepted principles of business practice encompassed by s. 9(1) of the *Income Tax Act*, under which a taxpayer's income from business is the taxpayer's profit therefrom for the year, would generally operate to prohibit the deduction of expenses which lack an income-earning purpose, or which are personal expenses, just as much as ss. 18(1)(a) and (h) operate expressly to prohibit such deductions. Traditional tax analysis characterized child care expenses as personal expenses, such that s. 18(1)(h) would now operate to specifically prohibit them. The relationship between child care expenses and business income must be examined more critically, however, to determine whether that relationship can be sufficient to justify the expenses' deductibility. The current wording of s. 18(1)(a) indicates that Parliament amended its predecessor section so as to broaden the scope for business expense deductibility. The language of the section itself provides the most appropriate test: were the expenses incurred for the purpose of gaining or producing income from a business? Courts will look for objective manifestations of purpose, and purpose is ultimately a question of fact to be decided with due regard for all the circumstances. It may be relevant to consider whether a particular deduction is ordinarily allowed as a business expense by accountants, whether the expense is one normally incurred by others involved in the tax-

avis de nouvelle cotisation, rejeté les déductions pour les quatre années. L'appelante s'y est opposée, mais le rejet des déductions a été confirmé pour le motif que les dépenses n'étaient pas des débours ou des dépenses faites ou engagées en vue de tirer un revenu d'une entreprise, comme l'exige l'al. 18(1)a) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, mais constituaient des frais personnels ou de subsistance, dont la déduction était interdite par l'al. 18(1)h). Au lieu des déductions refusées, Revenu Canada a autorisé une déduction révisée de 1 000 \$ pour frais de garde d'enfants pour 1982, de 2 000 \$ pour 1983 et 1984 et de 4 000 \$ pour 1985, conformément à l'art. 63 de la Loi. La Section de première instance de la Cour fédérale a jugé que l'appelante pouvait déduire les paiements faits à la gardienne à titre de dépense d'entreprise. La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision et rétabli les avis de nouvelle cotisation.

*Arrêt* (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Le pourvoi est rejeté. Les frais de garde d'enfants de l'appelante ne sont pas déductibles à titre de dépense d'entreprise.

*Le* juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Les principes bien reconnus de la pratique courante des affaires visés au par. 9(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, en vertu duquel le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise est le bénéfice qu'il en tire pour cette année, auraient généralement pour effet d'interdire la déduction de dépenses qui n'ont pas pour objet de tirer un revenu, ou qui sont des dépenses personnelles, de la même façon que les al. 18(1)a) et h) visent expressément à interdire de telles déductions. L'analyse fiscale traditionnelle qualifiait les frais de garde d'enfants de frais personnels, de sorte que l'al. 18(1)h) aurait pour effet, de nos jours, de les interdire spécifiquement. On doit toutefois procéder à une analyse plus critique de la corrélation entre les frais de garde d'enfants et les revenus d'entreprise pour déterminer si cette corrélation suffit à justifier la déduction des frais de garde. Le libellé actuel de l'al. 18(1)a) indique que le Parlement a modifié l'ancien article pour élargir les déductions au titre des dépenses d'entreprise. Le libellé de la disposition en question offre le critère le plus approprié: a-t-on engagé les dépenses en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou de faire produire un revenu à l'entreprise? Les tribunaux examineront comment l'objet se manifeste objectivement, et l'objet est en définitive une question de fait à trancher en tenant compte de toutes les circonstances. Il pourrait être pertinent d'examiner si une déduction donnée est ordinairement acceptée à titre de dépense d'entreprise par les comptables, si la dépense en cause est habituellement engagée par d'autres dans une entreprise de même

payer's business, and whether it would have been incurred if the taxpayer was not engaged in the pursuit of business income.

In this case arguments can be made for and against the classification of the appellant's child care expenses as business expenses. While it is clear that the appellant would not have incurred child care expenses except for her business, it is equally clear that the need which is met by child care expenses exists regardless of the appellant's business activity. As well, while there is no evidence to suggest that child care expenses are considered business expenses by accountants, many parents, particularly women, confront child care expenses in order to work. Finally, the appellant's decision to have children should not be viewed solely as a consumption, or personal, choice. When one considers deductibility solely with reference to ss. 9, 18(1)(a) and 18(1)(h), child care expenses may remain difficult to classify.

However, ss. 9, 18(1)(a) and 18(1)(h) cannot be interpreted to account for a child care business expense deduction in light of the language used in s. 63. It is clear that the definition of "child care expenses" in s. 63 specifically comprehends the purpose for which the appellant maintains she incurred her nanny expenses. According to part of that definition, a child care expense is one incurred in order to provide child care services "to enable the taxpayer . . . to carry on a business either alone or as a partner". Furthermore, s. 63(1)(e) operates to cap the deduction with reference to "earned income", which is defined to include "incomes from all businesses carried on either alone or as a partner actively engaged in the business". To the extent that s. 63 intends to limit child care expense deductions to lower earning supporters, it would substantially undermine that intent if the appellant were allowed to take a complete deduction of the child care expenses, free from the consideration of whether or not she is the lower earning supporter. Section 4(2), which provides that no deductions permitted by ss. 60 to 63 are applicable to a particular source, may be further evidence that s. 63 is intended to be a complete legislative response to the child care expense issue. The proposals which led directly to the introduction of s. 63 support the view that s. 63 is such a response. Since s. 63 eliminates any question of ambiguity, it also eliminates the need for recourse to the val-

nature que celle du contribuable, et si cette dépense aurait été engagée si le contribuable ne visait pas la production d'un revenu d'entreprise.

En l'espèce, on peut avancer des arguments qui appuient ou contestent la classification des frais de garde d'enfants parmi les dépenses d'entreprise. Bien qu'il soit clair que l'appelante n'aurait pas engagé les frais en question si elle n'avait pas eu son entreprise, il est tout aussi évident que le besoin auquel répondent les frais de garde d'enfants existe indépendamment de l'activité d'entreprise poursuivie par l'appelante. Par ailleurs, bien qu'il n'existe aucune preuve que les comptables considèrent les frais de garde d'enfants comme des dépenses d'entreprise, de nombreux parents, plus particulièrement un grand nombre de femmes, doivent faire face à des frais de garde pour travailler. Enfin, la décision de l'appelante d'avoir des enfants ne devrait pas être considérée seulement comme un choix de consommation ou un choix personnel. Lorsqu'on examine la déductibilité en fonction seulement de l'art. 9 et des al. 18(1)a) et 18(1)h), les frais de garde d'enfants peuvent demeurer difficiles à qualifier.

Cependant, compte tenu du libellé de l'art. 63, l'art. 9 et les al. 18(1)a) et 18(1)h) ne peuvent être interprétés de façon à justifier une déduction des frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise. Il est évident que la définition de «frais de garde d'enfants» à l'art. 63 mentionne spécifiquement l'objet pour lequel l'appelante a engagé des dépenses de garde d'enfants. Selon une partie de cette définition, les frais de garde d'enfants sont engagés dans le but de faire assurer des services de garde d'enfants «pour permettre au contribuable [...] d'exploiter une entreprise, soit seul, soit comme associé». Par ailleurs, l'al. 63(1)e) a pour effet de limiter la déduction en fonction du «revenu gagné» incluant «des revenus qu'il tire de toutes les entreprises qu'il exploite soit seul, soit comme associé participant activement à l'exploitation de l'entreprise». Si l'intention de l'art. 63 est de limiter les déductions aux personnes assumant les frais d'entretien qui ont un revenu moins élevé, cet objet serait grandement contrecarré si l'appelante était autorisée à déduire complètement les frais de garde d'enfants, qu'elle soit ou non la personne ayant le revenu le moins élevé. Le paragraphe 4(2), qui prévoit qu'aucune des déductions autorisées par les art. 60 à 63 n'est applicable à une source déterminée, pourrait être une autre preuve que l'art. 63 se veut une réponse législative complète à la question des frais de garde d'enfants. Les propositions qui ont directement abouti à son adoption appuient le point de vue que l'art. 63 constitue cette réponse complète. Puisque l'article 63 élimine toute ambiguïté, il élimine aussi la

ues of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as an interpretive aid.

There has been no violation of s. 15(1) of the *Charter* in this case. Since s. 63 constitutes a complete code with respect to child care expenses, it is the proper focus of the *Charter* argument. The appellant has not demonstrated a violation of s. 15(1) of the *Charter* with respect to s. 63 as she has not proved that s. 63 draws a distinction based upon the personal characteristic of sex. While it is clear that women disproportionately bear the burden of child care in society, it has not been shown that women disproportionately incur child care expenses. Although the appellant has overwhelmingly demonstrated how the issue of child care negatively affects women in employment terms, proof that women incur social costs is not sufficient proof that they incur child care expenses.

*Per* L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The determination of profit under s. 9(1) of the *Income Tax Act* is dependent upon the question of whether an expenditure is a proper business expense to be included in the calculation of such net gain. In order to arrive at a calculation of net profit, the all-encompassing question one must ask is whether a deduction is prohibited because it is not incurred for the purpose of earning income as required by s. 18(1)(a), or because the expense is personal pursuant to s. 18(1)(h). There have been dramatic and fundamental changes in both the labour market and the family structure over the past 40 years. A majority of women, even those with very young children, are now in the labour force. The interpretation of a law may change over time in order to coincide with an altered and ever-changing societal context. Furthermore, the respect of *Charter* values must be at the forefront of statutory interpretation. Statutes are deemed to be remedial and are thus to be given a fair, large and liberal interpretation. In the past, the scope of deductible business disbursements has been expanded constantly, and has been held to include a wide array of expenditures. Any legitimate expense incurred in relation to a business may be deducted as a business expense. The traditional interpretation of "business expense" was shaped to reflect the experience of businessmen and the ways in which they engaged in business. The present world of business is increasingly populated by both men and women, however, and the meaning of "business expense" must account for the experiences of all participants in the field. Child care is vital to women's ability to earn an income. It made good business sense for the appellant to hire child care. This expense was incurred "for the pur-

nécessité du recours aux valeurs de la *Charte canadienne des droits et libertés* à des fins d'interprétation.

Il n'y a pas eu violation du par. 15(1) de la *Charte* en l'espèce. Puisque l'art. 63 crée un code complet à l'égard des frais de garde d'enfants, l'argument fondé sur la *Charte* doit être axé sur cet article. L'appelante n'a pas démontré que l'art. 63 constituait une violation du par. 15(1) de la *Charte*, puisqu'elle n'a pas prouvé que cet article établit une distinction fondée sur la caractéristique personnelle que constitue le sexe. Bien qu'il soit évident que les femmes assument une part disproportionnée de la garde des enfants dans la société, il n'a pas été établi que les femmes paient une part disproportionnée des frais de garde d'enfants. Bien que l'appelante ait fort bien établi comment la question de la garde des enfants a, du point de vue de l'emploi, un effet négatif sur les femmes, la preuve que les femmes paient les coûts sociaux ne suffit pas à établir que ce sont elles qui paient les frais de garde d'enfants.

*Le juge* L'Heureux-Dubé (dissidente): La détermination du bénéfice en vertu du par. 9(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* se rattache à la question de savoir si une dépense constitue une véritable dépense d'entreprise devant être incluse dans le calcul du gain net. Dans le calcul du bénéfice net, la question cruciale est de savoir si une déduction est interdite parce que la dépense n'a pas été engagée en vue de tirer un revenu comme l'exige l'al. 18(1)a), ou parce que la dépense est de nature personnelle conformément à l'al. 18(1)h). Il s'est produit au cours des 40 dernières années des changements importants et fondamentaux au sein du marché du travail et de la structure de la famille. Une majorité de femmes, même celles avec de très jeunes enfants, font partie de la population active. L'interprétation d'une loi peut changer au fil des ans pour s'adapter à l'évolution constante de la société. En outre, le respect des valeurs de la *Charte* doit jouer un rôle de premier plan dans l'interprétation des lois. Les textes de loi sont censés être réparateurs et doivent ainsi s'interpréter de façon juste, large et libérale. Dans le passé, on a constamment élargi la gamme des dépenses d'entreprise déductibles et il a été décidé qu'elles comprenaient un vaste éventail de dépenses. Toute dépense légitime encourue pour les fins d'une entreprise peut être déduite à titre de dépense d'entreprise. L'interprétation traditionnelle de «dépense d'entreprise» a été formulée en fonction de la situation des hommes d'affaires et de la façon dont ils font affaires. Le monde actuel des affaires est de plus en plus peuplé d'hommes et de femmes, et l'interprétation de l'expression «dépense d'entreprise» doit tenir compte de la situation de tous les participants dans ce domaine. Le soin des enfants est un élément essentiel de la capacité



pose of gaining or producing income” and is therefore not precluded by the wording of s. 18(1)(a) from deduction under s. 9(1).

Child care expenses should not be disallowed as a business expense under s. 18(1)(h) as being personal in nature. While for most men the responsibility of children does not impact on the number of hours they work or affect their ability to work, a woman’s ability even to participate in the work force may be completely contingent on her ability to acquire child care. Many business deductions have been permitted in the past even though these expenditures have a personal element. The real costs incurred by businesswomen with children are no less real, no less worthy of consideration and no less incurred in order to gain or produce income from business. Finally, while there is a personal component to child raising, this “choice” is one from which all of society benefits, even though much of the burden remains on the shoulders of women.

Section 63 of the Act does not preclude the deduction of child care expenses as a business expense. Section 63 provides general relief to parents, but nothing in its wording implies that deductions available under s. 9(1) are abolished or restricted in this respect. In providing that none of the deductions permitted by ss. 60 to 63 are applicable to a particular source of income, s. 4(2) clearly provides for some deductions which may legitimately fall under two sections of the Act. At the very least, s. 63 is ambiguous in its effect on s. 9(1), and under the general rules of statutory interpretation, ambiguities are to be resolved in favour of the taxpayer. In the absence of precise and clear wording in the Act with regard to the effect of s. 63 on s. 9(1), general child care expenses which might be deductible under s. 63 may coexist with child care expenses deductible as a business expense. To conclude that s. 63 intends to limit the opportunity for a businesswoman to deduct child care expenses is antithetical to the whole purpose of the legislation, which was aimed at helping working women and their families bear the high cost of child care. The concern that employed persons and business people will not be treated in the same manner is a fact which stems from the rationale of the Act itself: business deductions generally are restricted to those in business and are not

des femmes de gagner un revenu. L’appelant a été «logique sur le plan commercial» en engageant une gardienne d’enfants. Ces dépenses ont été engagées «en vue de tirer un revenu [...] ou de faire produire un revenu» et, par conséquent, leur déduction en vertu du par. 9(1) n’est pas interdite par l’al. 18(1)a) tel que rédigé.

Les frais de garde d’enfants ne devraient pas être refusés à titre de dépense d’entreprise en vertu de l’al. 18(1)h) parce qu’ils constituent des frais de nature personnelle. Bien que la responsabilité du soin des enfants n’ait aucune incidence sur le nombre d’heures de travail de la plupart des hommes, ni d’ailleurs sur leur capacité de travailler, la capacité même d’une femme d’entrer sur le marché du travail peut dépendre entièrement de sa capacité d’obtenir des services de garde. De nombreuses déductions d’entreprise ont été autorisées dans le passé même si les dépenses possèdent un élément personnel. Les coûts réels engagés par les femmes d’affaires ayant des enfants sont tout aussi réels, tout aussi dignes d’être pris en considération et tout aussi encourus pour tirer un revenu de l’entreprise ou faire produire un revenu à l’entreprise. Enfin, bien que l’éducation des enfants présente un élément personnel, ce «choix» bénéficie à l’ensemble de la société et, pourtant, ce sont les femmes qui assument la majeure partie des responsabilités à ce chapitre.

L’article 63 de la Loi n’empêche pas la déduction des frais de garde d’enfants à titre de dépense d’entreprise. L’article 63 offre un avantage général aux parents, mais son libellé n’a pas pour effet d’abolir ou de restreindre les déductions possibles en vertu du par. 9(1). En établissant qu’aucune des déductions autorisées par les art. 60 à 63 n’est applicable à une source déterminée de revenus, le par. 4(2) dispose clairement que certaines déductions pourront légitimement exister en vertu de deux dispositions de la Loi. L’article 63 est, à tout le moins, ambigu quant à son incidence sur le par. 9(1), et en vertu des règles générales d’interprétation des lois, toute ambiguïté doit jouer en faveur du contribuable. En l’absence de termes précis et clairs dans la Loi quant à l’effet de l’art. 63 sur le par. 9(1), des frais généraux de garde d’enfants susceptibles d’être déductibles en vertu de l’art. 63 peuvent coexister avec des frais de garde d’enfants déductibles à titre de dépense d’entreprise. Conclure que l’art. 63 vise à limiter la possibilité pour une femme d’affaires de déduire ses frais de garde d’enfants va à l’encontre de l’objet même de la loi, qui est d’aider les femmes sur le marché du travail et leur famille à assumer les coûts élevés de la garde des enfants. La préoccupation que les employés et les gens d’affaires ne seront pas traités de la même façon est un

available to an employed person. The fact that the government has provided that a deduction for child care expenses be available to all parents, including employed persons, who ordinarily enjoy very few deductions, indicates governmental recognition that child care is a legitimate expense of working parents, in particular mothers. Further, since the Act either permits the deduction of child care expenses as a business expense or is ambiguous, that ambiguity must be examined through the prism of the values enshrined in the *Charter*, in particular ss. 15 and 28, which encompass and embrace the importance and significance of equality between the sexes. To disallow child care as a business expense clearly has a differential impact on women. Consideration of the *Charter* values when interpreting the Act thus strengthens the conclusion that the appellant should be able to deduct her child care expenses as a business expense.

An interpretation which prevents the appellant from deducting her child care expenses as a business expense results in an infringement of her right to equality pursuant to s. 15 of the *Charter*. The appellant has proved that she incurred an actual and calculable cost for child care and that this cost is disproportionately borne by women.

*Per McLachlin J. (dissenting):* L'Heureux-Dubé J.'s interpretation of ss. 9, 18 and 63 of the *Income Tax Act* and s. 15 of the *Charter* and her conclusion that the appellant's child care expenses are deductible as business expenses were agreed with.

### Cases Cited

By Iacobucci J.

**Considered:** *Olympia Floor & Wall Tile (Quebec) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1970] Ex. C.R. 274; **referred to:** *Bowers v. Harding* (1891), 3 Tax Cas. 22; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Ontario Public Service Employees Union v. National Citizens Coalition Inc.* (1987), 60 O.R. (2d) 26; *Royal Trust Co. v. Minister of National Revenue*, 57 D.T.C. 1055; *Daley v. Minister of National Revenue*, [1950] Ex. C.R. 516; *The Queen v. MerBan Capital Corp.*, 89 D.T.C. 5404; *Neonex Inter-*

fait lié au fondement même de la Loi: généralement, seuls les gens d'affaires peuvent se prévaloir des déductions pour dépenses d'entreprise et non les employés. L'établissement par le gouvernement d'une déduction pour les frais de garde d'enfants dont peuvent bénéficier tous les parents, y compris les employés, qui bénéficient habituellement de très peu de déductions, indique bien que le gouvernement reconnaît les frais de garde d'enfants comme une dépense légitime des parents sur le marché du travail, tout particulièrement les mères. Puisque, ou la Loi permet de déduire les frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise, ou la Loi est ambiguë à ce sujet, il faut examiner cette ambiguïté à travers le prisme des valeurs de la *Charte*, plus particulièrement ses art. 15 et 28 qui reconnaissent l'importance de l'égalité entre les sexes. Refuser les frais de garde à titre de dépense d'entreprise a clairement une incidence différente sur les femmes. L'examen des valeurs de la *Charte* aux fins de l'interprétation de la Loi renforce la conclusion que l'appelante devrait pouvoir déduire ses frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise.

Une interprétation qui empêche l'appelante de déduire ses frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise porte atteinte au droit à l'égalité que lui garantit l'art. 15 de la *Charte*. L'appelante a prouvé qu'elle avait engagé des frais réels et calculables pour la garde d'enfants et que ces frais sont assumés d'une façon disproportionnée par les femmes.

*Le juge McLachlin (dissidente):* L'interprétation que le juge L'Heureux-Dubé donne aux art. 9, 18 et 63 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* et à l'art. 15 de la *Charte* et sa conclusion que les frais de garde d'enfants sont déductibles à titre de dépense d'entreprise sont acceptées.

### Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

**Arrêt examiné:** *Olympia Floor & Wall Tile (Quebec) Ltd. c. Ministre du Revenu National*, [1970] R.C. de l'É. 274; **arrêts mentionnés:** *Bowers c. Harding* (1891), 3 Tax Cas. 22; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Ontario Public Service Employees Union c. National Citizens Coalition Inc.* (1987), 60 O.R. (2d) 26; *Royal Trust Co. c. Minister of National Revenue*, 57 D.T.C. 1055; *Daley c. Minister of National Revenue*, [1950] R.C. de l'É. 516; *The Queen c. MerBan Capital Corp.*, 89 D.T.C.

*national Ltd. v. The Queen*, [1978] C.T.C. 485; *Associated Investors of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1967] 2 Ex. C.R. 96; *Canadian General Electric Co. v. Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. 3; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Imperial Oil Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1947] C.T.C. 353; *Minister of National Revenue v. Dominion Natural Gas Co.*, [1941] S.C.R. 19; *Kellogg Co. of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1942] C.T.C. 51; *Hudson's Bay Co. v. Minister of National Revenue*, [1947] C.T.C. 86; *Premium Iron Ores Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] S.C.R. 685; *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Impenco Ltd. v. Minister of National Revenue*, 88 D.T.C. 1242; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229; *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; *Schachtschneider v. Minister of National Revenue* (1993), 154 N.R. 321; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424; *Daley v. Minister of National Revenue*, [1950] Ex. C.R. 516; *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175; *Premium Iron Ores Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] S.C.R. 685; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423; *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554; *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513; *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038; *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114; *Olympia Floor & Wall Tile (Quebec) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1970] Ex. C.R. 274; *Impenco Ltd. v. Minister of National Revenue*, 88 D.T.C. 1242; *Kellogg Co. of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1942] C.T.C. 51; *Royal Trust Co. v. Minister of National Revenue*, 57 D.T.C. 1055; *Friedland v. The Queen*, 89 D.T.C. 5341; *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219; *Stuart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536; *Johns-Manville*

5404; *Neonex International Ltd. c. The Queen*, [1978] C.T.C. 485; *Associated Investors of Canada Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1967] 2 R.C. de l'É. 96; *Canadian General Electric Co. c. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.S. 3; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Imperial Oil Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1947] C.T.C. 353; *Minister of National Revenue c. Dominion Natural Gas Co.*, [1941] R.C.S. 19; *Kellogg Co. of Canada Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1942] C.T.C. 51; *Hudson's Bay Co. c. Minister of National Revenue*, [1947] C.T.C. 86; *Premium Iron Ores Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.S. 685; *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Impenco Ltée c. Minister of National Revenue*, 88 D.T.C. 1242; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *Schachtschneider c. Minister of National Revenue* (1993), 154 N.R. 321; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424; *Daley c. Minister of National Revenue*, [1950] R.C. de l'É. 516; *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175; *Premium Iron Ores Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.S. 685; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423; *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554; *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513; *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038; *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114; *Olympia Floor & Wall Tile (Quebec) Ltd. c. Ministre du Revenu National*, [1970] R.C. de l'É. 274; *Impenco Ltée c. Minister of National Revenue*, 88 D.T.C. 1242; *Kellogg Co. of Canada Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1942] C.T.C. 51; *Royal Trust Co. c. Minister of National Revenue*, 57 D.T.C. 1055; *Friedland c. The Queen*, 89 D.T.C. 5341; *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Stuart Investments Ltd. c. La*

*Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46; *Ontario Public Service Employees Union v. National Citizens' Coalition Inc.* (1987), 60 O.R. (2d) 26 (H.C.), aff'd (1990), 74 O.R. (2d) 260 (C.A.); *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577.

### Statutes and Regulations Cited

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 15, 28, 32.

*Constitution Act, 1982*, s. 52(1).

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 215.

*Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 [am. 1970-71-72, c. 63], ss. 2(1), (2), 3, 4, 8(1)(f), (h), (2), (9), 9(1), 14, 18(1)(a), (h), (12), 20(1)(b), 60 to 62, 63, 67, 67.1, 118.1.

*Income Tax Act*, S.C. 1948, c. 52, s. 12(1)(a).

*Income Tax Act* (U.K.), 16 & 17 Vict., c. 34, s. 51.

*Income Tax Regulations*, C.R.C. 1978, c. 945, Schedule II, Class 8(i).

*Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97, ss. 3, 6(a).

### Authors Cited

Abella, Rosalie Silberman. *Report of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.

Arnold, Brian J. "The Deduction for Child Care Expenses in the United States and Canada: A Comparative Analysis" (1973), 12 *West. Ont. L. Rev.* 1.

Arnold, Brian J., and Timothy W. Edgar, eds. *Materials on Canadian Income Tax*, 9th ed. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1990.

Belcourt, Monica, Ronald J. Burke and Hélène Lee-Gosselin. *The Glass Box: Women Business Owners in Canada*. Ottawa: Canadian Advisory Council on the Status of Women, 1991.

Benson, E. J., Minister of Finance. *Proposals for Tax Reform*. Ottawa: Queen's Printer, 1969.

Blumberg, Grace. "Sexism in the Code: A Comparative Study of Income Taxation of Working Wives and Mothers" (1971-1972), 21 *Buff. L. Rev.* 49.

Brockman, Joan. "Social Authority, Legal Discourse, and Women's Voices" (1992), 21 *Man. L.J.* 213.

*Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536; *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46; *Ontario Public Service Employees Union c. National Citizens' Coalition Inc.* (1987), 60 O.R. (2d) 26 (H.C.), conf. par (1990), 74 O.R. (2d) 260 (C.A.); *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577.

### Lois et r  glementes cités

*Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 15, 28, 32.

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 215.

*Income Tax Act* (R.-U.), 16 & 17 Vict., ch. 34, art. 51.

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 52(1).

*Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97, art. 3, 6a).

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.C. 1948, ch. 52, art. 12(1)a).

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148 [mod. 1970-71-72, ch. 63], art. 2(1), (2), 3, 4, 8(1)(f), (h), (2), (9), 9(1), 14, 18(1)a), (h), (12), 20(1)b), 60 à 62, 63, 67, 67.1, 118.1.

*Règlement de l'impôt sur le revenu*, C.R.C. 1978, ch. 945, Annexe II, Catégorie 8(i).

### Doctrine citée

Abella, Rosalie Silberman. *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi*. Ottawa: Ministre des Approvisionnement et Services Canada, 1984.

Arnold, Brian J. «The Deduction for Child Care Expenses in the United States and Canada: A Comparative Analysis» (1973), 12 *West. Ont. L. Rev.* 1.

Arnold, Brian J., and Timothy W. Edgar, eds. *Materials on Canadian Income Tax*, 9th ed. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1990.

Association du Barreau canadien. Groupe de travail sur l'égalité des sexes dans la profession juridique. *Les assises de la réforme:   galit  , diversité et responsabilité*. Ottawa: L'Association, 1993.

Belcourt, Monica, Ronald J. Burke et Hélène Lee-Gosselin. *Une cage de verre: Les entrepreneures au Canada*. Ottawa: Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1991.

Benson, E. J., ministre des Finances. *Propositions de réforme fiscale*. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1969.

- Brooks, Neil. "The Principles Underlying the Deduction of Business Expenses". In Brian G. Hansen, Vern Krishna and James A. Rendall, eds., *Essays on Canadian Taxation*. Toronto: Richard De Boo, 1978, 249.
- Canada. House of Commons. Standing Committee on Finance, Trade and Economic Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*, Issue No. 70, June 23, 1970, p. 70:145.
- Canada. Royal Commission on Taxation. *Report of the Royal Commission on Taxation*, vols. 2 and 3. Ottawa: Queen's Printer, 1966.
- Canada. Statistics Canada. "Who's Looking After the Kids? Child Care Arrangements of Working Mothers", by Susan Crompton. In *Perspectives on Labour and Income*, vol. 3, No. 2. Ottawa, Summer 1991, 68.
- Canada. Status of Women Canada. *Report of the Task Force on Child Care*. Ottawa: Supply and Services Canada, 1986.
- Canadian Bar Association. Task Force on Gender Equality in the Legal Profession. *Touchstones for Change: Equality, Diversity and Accountability*. Ottawa: Canadian Bar Association, 1993.
- Côté, Pierre-André. *The Interpretation of Legislation in Canada*, 2nd ed. Cowansville: Yvon Blais, 1991.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Eichler, Margrit. *Nonsexist Research Methods: A Practical Guide*. Boston: Allen & Unwin, 1988.
- Goodison, Don. "Nanny Means Business", *CGA Magazine*, September 1989, p. 15.
- Grant, Isabel, and Lynn Smith. "Gender Representation in the Canadian Judiciary". In *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practice*. Toronto: Ontario Law Reform Commission, 1991, 57.
- Gunderson, Morley, Leon Muszynski and Jennifer Keck. *Women and Labour Market Poverty*. Ottawa: Canadian Advisory Council on the Status of Women, 1990.
- Harris, Edwin C. *Canadian Income Taxation*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1986.
- Hershfield, J. E. "Recent Trends in the Deduction of Expenses in Computing Income". In *Report of Proceedings of the Forty-First Tax Conference Convened by the Canadian Tax Foundation*. Toronto: Canadian Tax Foundation, 1990.
- Holmes, Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little, Brown, 1881.
- Ish, Daniel, James A. Rendall and Catherine A. Brown. "Deductions". In B. J. Arnold and T. W. Edgar, eds., Blumberg, Grace. «Sexism in the Code: A Comparative Study of Income Taxation of Working Wives and Mothers» (1971-1972), 21 *Buff. L. Rev.* 49.
- Brockman, Joan. «Social Authority, Legal Discourse, and Women's Voices» (1992), 21 *R.D. Man.* 213.
- Brooks, Neil. «The Principles Underlying the Deduction of Business Expenses». In Brian G. Hansen, Vern Krishna and James A. Rendall, eds., *Essays on Canadian Taxation*. Toronto: Richard De Boo, 1978, 249.
- Canada. Chambre des communes. Comité permanent des finances, du commerce et des questions économiques. *Procès-verbaux et témoignages*, n° 70, 23 juin 1970, p. 70:145.
- Canada. Commission royale d'enquête sur la fiscalité. *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité*, t. 2 et 3. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1966.
- Canada. Condition féminine Canada. *Rapport du Groupe d'étude sur la garde des enfants*. Ottawa: Approvisionnement et Services Canada, 1986.
- Canada. Statistique Canada. «Qui s'occupe des enfants lorsque la mère travaille à l'extérieur?», par Susan Crompton. Dans *L'Emploi et le revenu en perspective*, vol. 3, n° 2. Ottawa, été 1991, 72.
- Côté, Pierre-André. *Interprétation des lois*, 2<sup>e</sup> éd. Cowansville: Yvon Blais, 1990.
- Driedger, Elmer A. *Construction of Statutes*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
- Eichler, Margrit. *Nonsexist Research Methods: A Practical Guide*. Boston: Allen & Unwin, 1988.
- Goodison, Don. «Nanny Means Business», *CGA Magazine*, September 1989, p. 15.
- Grant, Isabel, and Lynn Smith. «Gender Representation in the Canadian Judiciary». In *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practice*. Toronto: Ontario Law Reform Commission, 1991, 57.
- Gunderson, Morley, Leon Muszynski et Jennifer Keck. *Vivre ou survivre? Les femmes, le travail et la pauvreté*. Ottawa: Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1990.
- Harris, Edwin C. *Canadian Income Taxation*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 1986.
- Hershfield, J. E. «Recent Trends in the Deduction of Expenses in Computing Income». In *Report of Proceedings of the Forty-First Tax Conference Convened by the Canadian Tax Foundation*. Toronto: Association canadienne des études fiscales, 1990.
- Holmes, Oliver Wendell. *The Common Law*. Boston: Little, Brown, 1881.
- Ish, Daniel, James A. Rendall and Catherine A. Brown. «Deductions». In B. J. Arnold and T. W. Edgar, eds.,

- Materials on Canadian Income Tax*, 9th ed. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1990, 385.
- Krasa, Eva M. "The Deductibility of Fines, Penalties, Damages, and Contract Termination Payments" (1990), 38 *Can. Tax J.* 1399.
- Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
- Krishna, Vern. "Perspectives on Tax Policy". In Brian G. Hansen, Vern Krishna and James A. Rendall, eds., *Essays on Canadian Taxation*. Toronto: Richard De Boo, 1978, 1.
- Law Society of Upper Canada. *Transitions in the Ontario Legal Profession: A Survey of Lawyers Called to the Bar Between 1975 and 1990*. Toronto: The Society, 1991.
- Lero, Donna S., et al. *Canadian National Child Care Study: Parental Work Patterns and Child Care Needs*. Ottawa: Statistics Canada, 1992.
- MacKinnon, Catharine A. "Reflections on Sex Equality Under Law" (1991), 100 *Yale L.J.* 1281.
- Macklin, Audrey. "Symes v. M.N.R.: Where Sex Meets Class" (1992), 5 *C.J.W.L.* 498.
- Mahoney, Kathleen. "Daycare and Equality in Canada". In *Research Studies of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985, 157.
- McCaffery, Edward J. "Taxation and the Family: A Fresh Look at Behavioral Gender Biases in the Code" (1993), 40 *UCLA L. Rev.* 983.
- McIntyre, Michael J. "Evaluating the New Tax Credit for Child Care and Maid Service" (1977), 5 *Tax Notes* 7.
- Smith, Dorothy E. "A Peculiar Eclipsing: Women's Exclusion From Man's Culture" (1978), 1 *Women's Studies Int. Quart.* 281.
- Surrey, Stanley S. *Pathways to Tax Reform: The Concept of Tax Expenditures*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1973.
- Surrey, Stanley S., and Paul R. McDaniel. *Tax Expenditures*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.
- Thomas, Richard B. "No to Nanny Expense Deduction" (1991), 39 *Can. Tax J.* 950.
- Wilson, Bertha. "Women, the Family, and the Constitutional Protection of Privacy" (1992), 17 *Queen's L.J.* 5.
- Woodman, Faye. "A Child Care Expenses Deduction, Tax Reform and the Charter: Some Modest Proposals" (1990), 8 *Can. J. Fam. L.* 371.
- Young, Claire F. L. "Case Comment on *Symes v. The Queen*", [1991] *Brit. Tax Rev.* 105.
- Materials on Canadian Income Tax*, 9th ed. Don Mills, Ont.: Richard De Boo, 1990, 385.
- Krasa, Eva M. «The Deductibility of Fines, Penalties, Damages, and Contract Termination Payments» (1990), 38 *Rev. fiscale can.* 1399.
- Krishna, Vern. *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, 4th ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.
- Krishna, Vern. «Perspectives on Tax Policy». In Brian G. Hansen, Vern Krishna and James A. Rendall, eds., *Essays on Canadian Taxation*. Toronto: Richard De Boo, 1978, 1.
- Law Society of Upper Canada. *Transitions in the Ontario Legal Profession: A Survey of Lawyers Called to the Bar Between 1975 and 1990*. Toronto: The Society, 1991.
- Lero, Donna S., et autres. *Étude nationale canadienne sur la garde des enfants: les régimes de travail des parents et leurs besoins en matière de garde des enfants*. Ottawa: Statistique Canada, 1992.
- MacKinnon, Catharine A. «Reflections on Sex Equality Under Law» (1991), 100 *Yale L.J.* 1281.
- Macklin, Audrey. «Symes v. M.N.R.: Where Sex Meets Class» (1992), 5 *R.F.D.* 498.
- Mahoney, Kathleen. «Daycare and Equality in Canada». In *Research Studies of the Commission on Equality in Employment*. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1985, 157.
- McCaffery, Edward J. «Taxation and the Family: A Fresh Look at Behavioral Gender Biases in the Code» (1993), 40 *UCLA L. Rev.* 983.
- McIntyre, Michael J. «Evaluating the New Tax Credit for Child Care and Maid Service» (1977), 5 *Tax Notes* 7.
- Smith, Dorothy E. «A Peculiar Eclipsing: Women's Exclusion From Man's Culture» (1978), 1 *Women's Studies Int. Quart.* 281.
- Surrey, Stanley S. *Pathways to Tax Reform: The Concept of Tax Expenditures*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1973.
- Surrey, Stanley S., and Paul R. McDaniel. *Tax Expenditures*. Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1985.
- Thomas, Richard B. «No to Nanny Expense Deduction» (1991), 39 *Rev. fiscale can.* 950.
- Wilson, Bertha. «Women, the Family, and the Constitutional Protection of Privacy» (1992), 17 *Queen's L.J.* 5.
- Woodman, Faye. «A Child Care Expenses Deduction, Tax Reform and the Charter: Some Modest Proposals» (1990), 8 *Rev. Can. D. Fam.* 371.
- Young, Claire F. L. «Case Comment on *Symes v. The Queen*», [1991] *Brit. Tax Rev.* 105.

Young, Claire F. L. "Impact of Feminist Analysis on Tax Law and Policy". In *Feminist Analysis: Challenging Law and Legal Processes*. 1992 Institute of Continuing Legal Education, January 31, 1992. Toronto: Canadian Bar Association — Ontario, 1992. <sup>a</sup>

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1991] 3 F.C. 507, [1991] 2 C.T.C. 1, 91 D.T.C. 5397, 7 C.R.R. (2d) 333, 127 N.R. 348, reversing a decision of the Federal Court, Trial Division, [1989] 3 F.C. 59, [1989] 1 C.T.C. 476, 89 D.T.C. 5243, 40 C.R.R. 278, 25 F.T.R. 306, holding that the appellant could deduct child care expenses as business expenses. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin J.J. dissenting. <sup>b</sup>

*Mary Eberts and Wendy M. Matheson*, for the appellant. <sup>d</sup>

*John R. Power, Q.C.*, and *Sandra E. Phillips*, for the respondent.

*Monique Rousseau*, for the intervener the Attorney General of Quebec. <sup>e</sup>

*Raj Anand*, for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues. <sup>f</sup>

*J. J. Camp, Q.C.*, and *Melina Buckley*, for the intervener the Canadian Bar Association.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major J.J. was delivered by <sup>g</sup>

IACOBUCCI J. — The basic issue in this appeal is whether child care expenses, on the facts of this case, are deductible as business expenses in the determination of profit under the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended (the "Act"). <sup>h</sup>

### I. Facts

The appellant taxpayer, Elizabeth Symes, is a lawyer and a mother. During the relevant period, she practised law full-time as a partner in a Toronto law firm. During that same period, she <sup>j</sup>

Young, Claire F. L. «Impact of Feminist Analysis on Tax Law and Policy». In *Feminist Analysis: Challenging Law and Legal Processes*. 1992 Institute of Continuing Legal Education, January 31, 1992. Toronto: Canadian Bar Association — Ontario, 1992.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1991] 3 C.F. 507, [1991] 2 C.T.C. 1, 91 D.T.C. 5397, 7 C.R.R. (2d) 333, 127 N.R. 348, qui a infirmé une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale, [1989] 3 C.F. 59, [1989] 1 C.T.C. 476, 89 D.T.C. 5243, 40 C.R.R. 278, 25 F.T.R. 306, qui avait décidé que l'appelante pouvait déduire ses frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

*Mary Eberts et Wendy M. Matheson*, pour l'appelante.

*John R. Power, c.r.*, et *Sandra E. Phillips*, pour l'intimée.

*Monique Rousseau*, pour l'intervenant le procureur général du Québec. <sup>e</sup>

*Raj Anand*, pour l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté. <sup>f</sup>

*J. J. Camp, c.r.*, et *Melina Buckley*, pour l'intervenante l'Association du Barreau canadien.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par <sup>g</sup>

LE JUGE IACOBUCCI — Le présent pourvoi vise principalement à déterminer si les frais de garde d'enfants sont en l'espèce déductibles à titre de dépense d'entreprise dans le calcul du bénéfice, en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, et modifications (la «Loi»). <sup>h</sup>

### I. Les faits

La contribuable appelante, Elizabeth Symes, est avocate et mère de famille. Au cours de la période en cause, elle exerçait sa profession à temps plein à titre d'associée dans un cabinet d'avocats de <sup>j</sup>

was initially the mother of one child (in taxation years 1982, 1983 and 1984), and was later the mother of two children (in taxation year 1985). The appellant is married.

The appellant employed a nanny, Mrs. Simpson (Simpson), during these taxation years. Simpson's only employment function was to care for the appellant's children in the appellant's home. During 1982, 1983 and 1984 respectively, the appellant paid Simpson \$10,075, \$11,200 and \$13,173 to care for her one child. During 1985, the appellant paid Simpson \$13,359 to care for her two children. The appellant deducted from Simpson's wages — and remitted to Revenue Canada — income tax payments, Canada Pension Plan contributions, and Unemployment Insurance premiums as required. The appellant also remitted the pension and unemployment insurance contributions required of employers. Simpson received a T-4 slip from the appellant with respect to each of the taxation years.

In her personal income tax returns for 1982 to 1985, the appellant deducted the wages paid to Simpson as business expenses. In Notices of Assessment received by the appellant in 1983 and 1984, Revenue Canada allowed the deductions. However, in Notices of Reassessment dated December 9, 1985 and November 7, 1986, Revenue Canada disallowed the deductions for all four years. The appellant objected, but the disallowance was confirmed for the stated reason that the expenses were not outlays or expenses incurred for the purpose of gaining or producing income from business. The expenses were characterized as personal or living expenses. In place of the disallowed deductions, Revenue Canada allowed the appellant revised child care deductions of \$1,000 for 1982, \$2,000 for each of 1983 and 1984, and \$4,000 for 1985, pursuant to s. 63 of the *Act*.

After the appellant's objection to, and Revenue Canada's confirmation of, the Notices of Reassessment, the appellant successfully challenged these

Toronto. Elle était mère d'un enfant (pendant les années d'imposition 1982, 1983 et 1984), puis mère de deux enfants (pendant l'année d'imposition 1985). L'appelante est mariée.

<sup>a</sup> Au cours desdites années d'imposition, l'appelante avait à son service une gardienne d'enfants, M<sup>me</sup> Simpson (Simpson). Le travail de Simpson consistait uniquement à s'occuper des enfants de l'appelante à la maison de l'appelante. Au cours des années 1982, 1983 et 1984, l'appelante a respectivement versé à Simpson les sommes de 10 075 \$, de 11 200 \$ et de 13 173 \$ pour la garde de son enfant. En 1985, l'appelante a payé Simpson la somme de 13 359 \$ pour le soin des deux enfants. L'appelante, comme elle était tenue de le faire, a déduit du salaire de Simpson, et remis à Revenu Canada, des paiements au titre de l'impôt sur le revenu, des cotisations au Régime de pensions du Canada et des primes d'assurance-chômage. L'appelante a aussi remis les cotisations de pension et d'assurance-chômage exigées des employeurs. Simpson a reçu de l'appelante un <sup>e</sup> feuillet T-4 pour chacune des années d'imposition.

Dans ses déclarations personnelles de revenu pour les années 1982 à 1985, l'appelante a déduit le salaire versé à Simpson à titre de dépense d'entreprise. Par avis de cotisation reçus par l'appelante en 1983 et 1984, Revenu Canada a accepté les déductions. Toutefois, par avis de nouvelles cotisations en date du 9 décembre 1985 et du 7 novembre 1986, Revenu Canada a rejeté les déductions pour les quatre années. L'appelante s'est opposée, mais le rejet des déductions a été confirmé pour le motif que les dépenses n'étaient pas des débours ou des dépenses faites ou engagées en vue de tirer un revenu d'une entreprise. Les dépenses ont été considérées comme des frais personnels ou des frais de subsistance. Au lieu des déductions refusées, Revenu Canada a autorisé une déduction révisée de 1 000 \$ pour frais de garde d'enfants pour l'année 1982, de 2 000 \$ pour les années 1983 et 1984 et de 4 000 \$ pour l'année 1985 conformément à l'art. 63 de la *Loi*.

Après l'opposition de l'appelante et la confirmation par Revenu Canada des avis de nouvelles cotisations, l'appelante a eu gain de cause dans la con-



notices in the Federal Court, Trial Division. The Trial Division held that the appellant could deduct the payments to Simpson as business expenses: [1989] 3 F.C. 59, [1989] 1 C.T.C. 476, 89 D.T.C. 5243, 40 C.R.R. 278, 25 F.T.R. 306. The Minister of National Revenue appealed and, in allowing the appeal, the Federal Court of Appeal restored the Notices of Reassessment: [1991] 3 F.C. 507, [1991] 2 C.T.C. 1, 91 D.T.C. 5397, 7 C.R.R. (2d) 333, 127 N.R. 348. This Court granted leave to appeal: [1992] 1 S.C.R. xi.

## II. Relevant Constitutional and Statutory Provisions

### A. *Constitutional Provisions*

#### 1. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, ss. 1, 15 and 32

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

(2) Subsection (1) does not preclude any law, program or activity that has as its object the amelioration of conditions of disadvantaged individuals or groups including those that are disadvantaged because of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

#### 32. (1) This Charter applies

(a) to the Parliament and government of Canada in respect of all matters within the authority of Parliament including all matters relating to the Yukon Territory and Northwest Territories; and

(b) to the legislature and government of each province in respect of all matters within the authority of the legislature of each province.

testation de ces avis devant la Section de première instance de la Cour fédérale, qui a statué que l'appelante pouvait déduire les paiements faits à Simpson à titre de dépense d'entreprise: [1989] 3 C.F. 59, [1989] 1 C.T.C. 476, 89 D.T.C. 5243, 40 C.R.R. 278, 25 F.T.R. 306. Le ministre du Revenu national a interjeté appel et, en accueillant l'appel, la Cour d'appel fédérale a rétabli les avis de nouvelle cotisation: [1991] 3 C.F. 507, [1991] 2 C.T.C. 1, 91 D.T.C. 5397, 7 C.R.R. (2d) 333, 127 N.R. 348. Notre Cour a accordé l'autorisation d'appel: [1992] 1 R.C.S. xi.

## II. Les dispositions constitutionnelles et législatives pertinentes

### A. *Les dispositions constitutionnelles*

#### 1. *Charte canadienne des droits et libertés*, art. 1, 15 et 32

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

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

(2) Le paragraphe (1) n'a pas pour effet d'interdire les lois, programmes ou activités destinés à améliorer la situation d'individus ou de groupes défavorisés, notamment du fait de leur race, de leur origine nationale ou ethnique, de leur couleur, de leur religion, de leur sexe, de leur âge ou de leurs déficiences mentales ou physiques.

#### 32. (1) La présente charte s'applique:

a) au Parlement et au gouvernement du Canada, pour tous les domaines relevant du Parlement, y compris ceux qui concernent le territoire du Yukon et les territoires du Nord-Ouest;

b) à la législature et au gouvernement de chaque province, pour tous les domaines relevant de cette législature.

(2) Notwithstanding subsection (1), section 15 shall not have effect until three years after this section comes into force.

2. *Constitution Act, 1982*, s. 52(1)

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.

B. *Statutory Provisions*

*Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended and applicable in taxation years 1983 to 1985. ss. 4, 9(1), 18(1), 63 and 67

4. (1) For the purposes of this Act,

(a) a taxpayer's income . . . for a taxation year from an office, employment, business, property or other source . . . is the taxpayer's income . . . computed in accordance with this Act on the assumption that he had during the taxation year no income . . . except from that source . . . and was allowed no deductions in computing his income for the taxation year except such deductions as may reasonably be regarded as wholly applicable to that source . . . and except such part of any other deductions as may reasonably be regarded as applicable thereto . . .

. . .

(2) Subject to subsection (3), in applying subsection (1) for the purposes of this Part, no deductions permitted by sections 60 to 63 are applicable either wholly or in part to a particular source . . .

. . .

(4) Unless a contrary intention is evident, no provision of this Part shall be read or construed to require the inclusion or to permit the deduction, in computing the income of the taxpayer for a taxation year or his income or loss for a taxation year from a particular source or from sources in a particular place, of any amount to the extent that that amount has been included or deducted, as the case may be, in computing such income or loss under, in accordance with or by virtue of any other provision of this Part.

(2) Par dérogation au paragraphe (1), l'article 15 n'a d'effet que trois ans après l'entrée en vigueur du présent article.

2. *Loi constitutionnelle de 1982*, par. 52(1)

52. (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

B. *Les dispositions législatives*

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, modifiée et applicable aux années d'imposition 1983 à 1985, art. 4, 9(1), 18(1), 63 et 67

4. (1) Aux fins de la présente loi,

a) le revenu [. . .] d'un contribuable pour une année d'imposition, provenant d'une charge, d'un emploi, d'une entreprise, de biens ou d'une autre source [. . .] signifie le revenu [. . .] du contribuable, calculée conformément à la présente loi, en supposant que ce contribuable n'a eu, durant l'année d'imposition, aucun revenu [. . .] sauf ce qui provenait de cette source [. . .] et qu'il n'avait droit à aucune déduction lors du calcul de son revenu pour l'année d'imposition à l'exception des déductions qui peuvent raisonnablement être considérées comme entièrement applicables à cette source [. . .] et à l'exception de la partie de toutes autres déductions qui peut raisonnablement être considérée comme applicable à cette source . . .

. . .

(2) Sous réserve du paragraphe (3), pour l'application du paragraphe (1) aux fins de la présente Partie, aucune des déductions autorisées par les articles 60 à 63 n'est applicable, en totalité ou en partie, à une source déterminée . . .

h

. . .

(4) Sauf intention contraire évidente, aucune des dispositions de la présente Partie ne doit s'interpréter comme exigeant l'inclusion ou permettant la déduction, lors du calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition ou du revenu ou de la perte de ce contribuable pour une année d'imposition, provenant d'une source déterminée ou de sources situées dans un endroit déterminé, de toute somme dans la mesure où celle-ci a été, selon le cas, incluse ou déduite lors du calcul de ce revenu ou de cette perte en conformité ou en vertu de toute autre disposition de la présente Partie.

9. (1) Subject to this Part, a taxpayer's income for a taxation year from a business or property is his profit therefrom for the year.

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;

(h) personal or living expenses of the taxpayer except travelling expenses (including the entire amount expended for meals and lodging) incurred by the taxpayer while away from home in the course of carrying on his business;

63. (1) Subject to subsection (2), in computing the income of a taxpayer for a taxation year the aggregate of all amounts each of which is an amount paid in the year as or on account of child care expenses in respect of an eligible child of the taxpayer for the year may be deducted

(b) by the taxpayer or a supporting person of the child for the year . . .

to the extent that

(c) the amount is not included in computing the amount deductible under this subsection by an individual (other than the taxpayer), and

(d) the amount is not an amount (other than an amount that is included in computing a taxpayer's income and that is not deductible in computing his taxable income) in respect of which any taxpayer is or was entitled to a reimbursement or any other form of assistance,

and the payment of which is proven by filing with the Minister one or more receipts each of which was issued by the payee and contains, where the payee is an individual, that individual's Social Insurance Number; but not exceeding the amount, if any, by which

(e) the least of

(i) \$8,000,

(ii) the product obtained when \$2,000 is multiplied by the number of eligible children of the taxpayer

9. (1) Sous réserve des dispositions de la présente Partie, le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année.

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles:

a) un débours ou une dépense sauf dans la mesure où elle a été faite ou engagée par le contribuable en vue de tirer un revenu des biens ou de l'entreprise ou de faire produire un revenu aux biens ou à l'entreprise;

h) le montant des frais personnels ou frais de subsistance du contribuable, sauf les frais de déplacement (y compris la somme intégrale dépensée pour les repas et le logement) engagés par le contribuable alors qu'il était absent de chez lui, dans le cadre de l'exploitation de son entreprise;

63. (1) Sous réserve du paragraphe (2), il peut être déduit dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition le total des montants dont chacun représente un montant payé dans l'année à titre ou au titre de frais de garde d'enfants pour un enfant admissible du contribuable pour l'année.

b) par le contribuable ou la personne assumant les frais d'entretien de l'enfant pour l'année. . .

dans la mesure où le montant

c) n'est pas inclus par un autre particulier dans le calcul du montant déductible en vertu du présent paragraphe,

d) n'est pas un montant (sauf un montant qui est inclus dans le calcul du revenu d'un particulier et qui n'est pas déductible dans le calcul de son revenu imposable) à l'égard duquel un particulier a droit, ou avait droit, à un remboursement ou à une autre forme d'aide,

et dont le paiement est établi en produisant auprès du Ministre un ou plusieurs reçus délivrés par le bénéficiaire du paiement et portant, lorsque celui-ci est un particulier, le numéro d'assurance sociale de ce particulier; le total ne doit pas être supérieur à l'excédent éventuel

e) du moins élevé des montants suivants:

(i) \$8,000,

(ii) le produit de \$2,000 par le nombre d'enfants admissibles du contribuable pour l'année pour les-

for the year in respect of whom the child care expenses were incurred, and

(iii) 2/3 of the taxpayer's earned income for the year

exceeds

(f) the aggregate of all amounts each of which is an amount deducted, in respect of the eligible children of the taxpayer that are referred to in subparagraph (e)(ii), under this subsection for the year by an individual (other than the taxpayer) to whom subsection (2) is applicable for the year.

(3) In this section,

(a) "child care expense" means an expense incurred for the purpose of providing in Canada, for any eligible child of a taxpayer, child care services including baby sitting services, day nursery services or lodging at a boarding school or camp if the services were provided

(i) to enable the taxpayer, or the supporting person of the child for the year, who resided with the child at the time the expense was incurred,

(A) to perform the duties of an office or employment,

(B) to carry on a business either alone or as a partner actively engaged in the business,

(b) "earned income" of a taxpayer means the aggregate of

(i) all salaries, wages and other remuneration, including gratuities, received by him in respect of, in the course of, or by virtue of offices and employments, and all amounts included in computing his income by virtue of sections 6 and 7,

(ii) amounts included in computing his income by virtue of paragraph 56(1)(m), (n) or (o), and

(iii) his incomes from all businesses carried on either alone or as a partner actively engaged in the business.

(c) "eligible child" of a taxpayer for a taxation year means

(i) a child of the taxpayer or of his spouse, or

quels les frais de garde d'enfants ont été supportés, ou

(iii) 2/3 du revenu gagné par le contribuable pour l'année

*a*  
sur

f) le total des montants dont chacun représente un montant déduit, à l'égard des enfants admissibles du contribuable visés au sous-alinéa e)(ii), en vertu du présent paragraphe pour l'année par un particulier (autre que le contribuable) à qui le paragraphe (2) s'applique pour l'année.

*c*

(3) Dans le présent article

a) «frais de garde d'enfants» signifie tous frais engagés dans le but de faire assurer au Canada la garde de tout enfant admissible du contribuable, en le confiant à des services de garde d'enfants, notamment à une gardienne d'enfants, à une garderie ou en le plaçant dans un pensionnat ou dans une colonie de vacances, si les services étaient assurés

(i) pour permettre au contribuable, ou à la personne assumant les frais d'entretien de l'enfant pour l'année, qui résidait avec l'enfant au moment où les frais ont été engagés,

(A) de remplir les fonctions d'une charge ou d'un emploi,

(B) d'exploiter une entreprise, soit seul, soit comme associé participant activement à l'exploitation de l'entreprise,

*g*

b) «revenu gagné» d'un contribuable signifie le total

(i) des traitements, salaires et autre rémunération, y compris les gratifications, reçus par lui dans le cadre de charges ou d'emplois, et de toutes les sommes incluses dans le calcul de son revenu en vertu des articles 6 et 7,

(ii) des sommes incluses dans le calcul de son revenu, en vertu de l'alinéa 56(1)m), n) ou o), et

(iii) des revenus qu'il tire de toutes les entreprises qu'il exploite soit seul, soit comme associé participant activement à l'exploitation de l'entreprise;

c) «enfant admissible» d'un contribuable pour une année d'imposition désigne

(i) l'enfant du contribuable ou de son conjoint, ou

(ii) a child in respect of whom the taxpayer deducted an amount under section 109 for the year,

if, at any time during the year, the child was under 14 years of age or was over 13 years of age and dependent on the taxpayer by reason of mental or physical infirmity; and <sup>a</sup>

(d) “supporting person” of an eligible child of a taxpayer for a taxation year means <sup>b</sup>

(i) a parent of the child,

(ii) the taxpayer’s spouse, or

(iii) an individual who deducted an amount under section 109 for the year in respect of the child, <sup>c</sup>

if the parent, spouse or individual, as the case may be, resided with the taxpayer at any time during the year and at any time within 60 days after the end of the year. <sup>d</sup>

**67.** In computing income, no deduction shall be made in respect of an outlay or expense in respect of which any amount is otherwise deductible under this Act, except to the extent that the outlay or expense was reasonable in the circumstances. <sup>e</sup>

### III. Judgments Below

A. *Federal Court, Trial Division*, [1989] 3 F.C. 59 (Cullen J.)

#### 1. Child Care as a Business Expense

Dealing first with issues of statutory interpretation, Cullen J. noted that “[t]he determination of profit and the question of whether an expenditure is a proper business expense to be included in the calculation of profit are questions of law” (p. 66). Based upon his review of case law, he then held that, in determining what constitutes a legitimate business expense, the proper approach is to “ascertain whether the expense or disbursement was consistent with ordinary principles of commercial trading or well accepted principles of business practice” (pp. 66-67). For Cullen J. (at p. 67), a <sup>j</sup>

(ii) un enfant à l’égard duquel le contribuable a déduit un montant pour l’année en vertu de l’article 109,

si, à une date quelconque de l’année, l’enfant était âgé de moins de 14 ans ou était âgé de plus de 13 ans et était, en raison d’une infirmité physique ou mentale, à la charge du contribuable; et

d) «personne assumant les frais d’entretien» d’un enfant admissible d’un contribuable pour une année d’imposition désigne <sup>b</sup>

(i) un parent de l’enfant,

(ii) le conjoint du contribuable, ou

(iii) un particulier qui a déduit un montant à l’égard de l’enfant pour l’année en vertu de l’article 109, <sup>c</sup>

si le parent, le conjoint ou le particulier, selon le cas, a résidé avec le contribuable à une date quelconque au cours de l’année et à une date quelconque dans les 60 jours de la fin de l’année. <sup>d</sup>

**67.** Lors du calcul du revenu, aucune déduction ne doit être faite relativement à un débours ou à une dépense à l’égard de laquelle une somme est déductible par ailleurs en vertu de la présente loi, sauf dans la mesure où ce débours ou cette dépense était raisonnable eu égard aux circonstances. <sup>e</sup>

### III. Les instances inférieures

A. *La Section de première instance de la Cour fédérale*, [1989] 3 C.F. 59 (le juge Cullen)

#### 1. Les frais de garde d’enfants à titre de dépense d’entreprise

Abordant tout d’abord les questions d’interprétation des lois, le juge Cullen précise que «[l]a détermination du bénéfice et la question de savoir si une dépense est une véritable dépense d’entreprise qui doit être incluse dans le calcul du bénéfice sont des questions de droit» (p. 66). Après avoir examiné la jurisprudence, il affirme que l’approche appropriée à adopter pour déterminer ce que constitue une dépense d’entreprise légitime «consiste à se demander si la dépense ou le débours était conforme aux principes ordinaires des affaires commerciales ou aux principes bien reconnus de la pratique courante des affaires» (pp. 66 et 67). Le juge Cullen estime qu’il faut

“business test” was to be applied in order to determine the legal meaning of “profit”.

In addition to satisfying a business test, Cullen J. noted that a business expense must be made or incurred for the purpose of gaining or producing income from the business in order to satisfy s. 18(1)(a) of the *Act*. He reviewed several cases which have interpreted this requirement, before suggesting (at p. 71) that courts have given a “progressive interpretation” to s. 18(1)(a). For Cullen J., the concept of a business expense has been “adapted to reflect the changing ways of doing business” (p. 71).

In a similar vein, Cullen J. discussed an argument of the respondent founded upon the concept of a business or revenue-producing “circle”. According to this concept, only expenses incurred within a revenue-producing circle are deductible; expenses incurred in order to approach a revenue-producing circle are not. The respondent characterized the payments to Simpson “as an expense which enabled the plaintiff to go out and practise her profession but was not incurred in the practice of her profession” (p. 70, emphasis in original). Cullen J. rejected this argument and the concept itself, since the concept “would seem to suggest that the business or revenue-producing circle has a fixed content” (p. 70).

Cullen J. proceeded to examine the child care expenses in light of his analysis of the profit concept. He noted that several cases had been cited by the respondent in which child care expenses were held to be personal in nature. Cullen J. dismissed the relevance of these, however, stating that they were all ultimately founded upon *Bowers v. Harding* (1891), 3 Tax Cas. 22 (Q.B.), a case which “came from another age, from another system dealing with a tax question that related to employment rather than profits from a business” (p. 72). He also considered the expert evidence of Dr. Patricia Armstrong (Armstrong), which described an influx of women of child-bearing age into business and the workplace during the late 1970s and into the 1980s.

appliquer un «critère des affaires» (p. 67) pour déterminer le sens juridique du terme «bénéfice».

Outre le critère des affaires auquel il faut satisfaire, le juge Cullen fait remarquer qu’une dépense d’entreprise doit être faite ou engagée en vue de tirer un revenu de l’entreprise ou de faire produire un revenu à l’entreprise conformément à l’al. 18(1)a) de la *Loi*. Il examine ensuite plusieurs décisions portant sur l’interprétation de cette exigence avant d’affirmer que les tribunaux ont donné «une interprétation [. . .] progressiste» (p. 71) de l’al. 18(1)a). Pour le juge Cullen, le concept de «bénéfice» a été «adapté[. . .] pour refléter la pratique changeante des affaires» (p. 71).

Dans un même ordre d’idée, le juge Cullen examine un argument de l’intimée fondé sur le concept du «cercle» des affaires ou de la production de revenu. D’après ce concept, seules les dépenses faites à l’intérieur du cercle de la production de revenus sont déductibles. L’intimée qualifie le paiement du salaire à Simpson «de dépense qui permettait à la demanderesse de sortir et d’exercer sa profession, mais qui n’a pas été faite dans l’exercice de sa profession» (p. 70, souligné dans l’original). Le juge Cullen rejette cet argument ainsi que le concept en question puisque le concept proposé «semblerait laisser entendre que le cercle des affaires et de la production de revenu a un contenu fixe» (p. 70).

Le juge Cullen examine ensuite les frais de garde d’enfants en fonction de son analyse du concept des bénéfiques. L’intimée avait cité plusieurs décisions dans lesquelles les frais de garde d’enfants avaient été considérés comme des frais personnels. Le juge Cullen rejette la pertinence de ces décisions parce qu’elles sont toutes fondées sur l’arrêt *Bowers c. Harding* (1891), 3 Tax Cas. 22 (Q.B.), affaire qui «provenait d’un autre âge, d’un autre système portant sur une question fiscale qui était reliée à l’emploi plutôt qu’aux bénéfiques tirés d’une entreprise» (p. 72). Il examine également le témoignage d’expert de M<sup>me</sup> Patricia Armstrong (Armstrong), décrivant l’afflux de femmes en âge d’avoir des enfants dans les affaires et en milieu de travail, à la fin des années 1970 et au début des années 1980.

In the result, Cullen J. was satisfied that the taxpayer had used good business and commercial judgment in dedicating part of her resources from the practice of law to the provision of child care. He stated (at p. 73):

This decision was acceptable according to business principles which include the development of intellectual capital, the improvement of productivity, the provision of services to clients and making available the resource which she sells, namely her time.

Further, Armstrong's evidence supports the notion that the availability of child care increases productivity by enhancing the peace of mind of employees. Enhancing productivity is something that is totally in keeping with well established business practices. Moreover, Armstrong's evidence indicates that the absence of child care is a barrier to women's participation in the economy, in terms of paid work and income-generating work and therefore lowering the barrier by arriving at a satisfactory means of dealing with the costs of child care, would make good business sense.

Having thus found that the nanny expenses satisfied ss. 9 and 18(1)(a), Cullen J. examined whether s. 18(1)(h) prohibited their deduction as personal or living expenses. On this question, he stated that, on the facts of the case, "a distinction has been made between child care which allows one to participate in the economy and generate income and child care which allows one to go out on social occasions" (p. 74). According to Cullen J., only the latter are discretionary personal living expenses. Cullen J. distinguished the appellant's child care expenses from other expenses which might be characterized as personal or living expenses, principally because of the appellant's legal obligation to care for her children.

For these reasons, as a matter of statutory interpretation, and based upon the facts of the case, Cullen J. concluded that the nanny expenses qualified as business expenses deductible in the computation of a taxpayer's profit. It is noteworthy that in so doing, Cullen J. stated the following (at p. 75): "With respect to section 63 of the Act, I would like to note at this point in my reasons that

En définitive, le juge Cullen conclut que la contribuable a fait preuve de bon sens commercial en décidant de consacrer une partie de ses ressources tirées de la pratique du droit au soin de ses enfants, affirmant à la p. 73:

Cette décision est acceptable selon les principes commerciaux qui incluent le développement du capital intellectuel, l'amélioration de la productivité, la fourniture des services aux clients et la disponibilité de la ressource qu'elle vend, c'est-à-dire son temps.

De plus, le témoignage d'Armstrong étaye l'idée que la disponibilité du soin des enfants augmente la productivité en ce sens qu'elle accroît la tranquillité d'esprit des employés. Augmenter la productivité est quelque chose qui correspond parfaitement à la pratique bien établie des affaires. Son témoignage fait voir en outre que l'absence de soin des enfants est un obstacle à la participation des femmes à l'économie, pour ce qui est du travail rémunéré et du travail générateur de revenus, et que, en conséquence, lever l'obstacle en arrivant à un moyen satisfaisant de faire face au coût du soin des enfants serait logique sur le plan commercial.

Après avoir conclu que les dépenses relatives à la gardienne d'enfants satisfont à l'art. 9 et à l'al. 18(1)a), le juge Cullen examine si l'al. 18(1)h) interdit de les déduire à titre de frais personnels ou de frais de subsistance. Sur cette question, il dit que, compte tenu des faits de l'espèce, «une distinction s'impose entre le soin des enfants qui permet de participer à l'économie et de générer un revenu et le soin des enfants qui permet une vie mondaine» (p. 74). À son avis, seules ces dernières dépenses sont des frais de subsistance personnels et facultatifs. Le juge Cullen fait une distinction entre les frais de garde d'enfants et d'autres dépenses qui peuvent être qualifiées de frais personnels ou de frais de subsistance, en raison principalement de l'obligation légale pour l'appelante de s'occuper de ses enfants.

Pour ces motifs, compte tenu des principes d'interprétation des lois et des faits particuliers de l'espèce, le juge Cullen conclut que les dépenses relatives à la gardienne des enfants avaient le caractère d'une dépense d'entreprise déductible dans le calcul du bénéfice du contribuable. Il importe de signaler à cet égard les propos du juge Cullen (à la p. 75): «Pour ce qui est de l'article 63 de la Loi,

the defendant has admitted that if the nanny expense is a proper business expense pursuant to sections 3, 9 and 18 of the Act, then section 63 cannot prevent it from being allowed as such". Finally, Cullen J. quickly indicated that there was no question as to the reasonableness of the sums expended within the meaning of s. 67 of the Act.

## 2. Section 15(1) of the Charter

Despite his conclusions on the interpretive issue, Cullen J. considered the taxpayer's *Charter* argument in the alternative. He recognized that, since s. 15(1) did not come into effect until April 17, 1985, and since that section does not operate retrospectively, the taxpayer could not make a *Charter* claim respecting child care expenses incurred prior to the section's coming into force.

Cullen J. quoted extensively from the decision of this Court in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, and relied heavily upon principles stated therein, in discussing s. 15. First, he noted that since he was considering an Act of Parliament, s. 15 was applicable. Second, he looked for unequal treatment and discrimination. Although his analysis is undoubtedly intended to consider these latter two concepts with respect to the Act itself, I note that Cullen J. focused upon Revenue Canada's treatment of the taxpayer.

On the question of unequal treatment, Cullen J. first looked for and found a distinction (at p. 80): "by refusing the plaintiff her deduction, the MNR is treating her differently from other taxpayers with expenses that are considered necessary to generate business income". On the question of discrimination, Cullen J. characterized the Act as facially neutral, but held that there was an adverse impact upon the taxpayer, in so far as she was compelled to pay more taxes and take on extra paper work by virtue of the unequal treatment. Viewed another way, he held that the taxpayer was

j'aimerais souligner à ce point dans mes motifs que la défenderesse a reconnu que si la dépense liée à l'engagement d'une bonne d'enfants est une dépense d'entreprise appropriée en vertu des articles 3, 9 et 18 de la Loi, alors l'article 63 ne saurait l'empêcher d'être accueillie comme telle.» Enfin, le juge indique brièvement qu'il ne fait pas de doute que les sommes versées étaient raisonnables au sens de l'art. 67 de la Loi.

## 2. Le paragraphe 15(1) de la Charte

Malgré ses conclusions sur la question d'interprétation, le juge Cullen examine ensuite l'argument subsidiaire de la contribuable fondé sur la *Charte*. Il reconnaît que, puisque le par. 15(1) n'est entré en vigueur que le 17 avril 1985 et n'a pas d'effet rétroactif, la contribuable ne peut invoquer la *Charte* relativement aux frais de garde d'enfants engagés avant l'entrée en vigueur de cette disposition.

Le juge Cullen cite de nombreux passages de l'arrêt de notre Cour *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, s'attachant surtout aux principes qui y sont énoncés dans le cadre de l'examen de l'art. 15. Premièrement, il dit que l'art. 15 s'applique puisque c'est une loi du Parlement qui est en cause. Deuxièmement, il examine s'il y a application inégale de la loi et discrimination. Bien que le juge Cullen ait sans aucun doute eu l'intention d'examiner ces deux derniers concepts relativement à la Loi elle-même, je remarque que le juge Cullen met l'accent sur le traitement accordé à la contribuable par Revenu Canada.

Sur la question du traitement inégal, le juge Cullen cherche et trouve tout d'abord une distinction (à la p. 80): «En refusant à la demanderesse sa déduction, le MRN lui réserve un traitement différent de celui destiné aux autres contribuables pour ce qui est des dépenses qui sont considérées comme nécessaires à la production d'un revenu d'entreprise». En ce qui concerne la discrimination, le juge Cullen dit que les dispositions de la Loi sont neutres d'après leur formulation, mais qu'elles ont eu une incidence négative sur la contribuable car, en raison du traitement inégal, elle



“denied the benefit of a tax deduction” (p. 82). Cullen J. tied the discrimination to the “personal characteristics of sex and family or parental status” (p. 84).

In this fashion, Cullen J. found that to deny the deduction of child care expenses as part of the profit determination would be to violate s. 15(1) of the *Charter*. Turning to s. 1, he found that no pressing and substantial objective for non-deductibility had been offered. Accordingly, he did not deal with a proportionality test *per se*.

Since Cullen J. found that there was no evidence indicating that Parliament had made a legislative choice against full deductibility of child care expenses, he indicated (at p. 87) that courts are left to determine, in accordance with the *Charter*, “whether the concepts of profit and business expenses” permit deductibility. Upon this basis, he concluded that ss. 9 and 18(1)(a) permit the deduction of child care expenses as business expenses. This conclusion was an interpretive one said to be “consistent with the requirements of the *Charter*”, and which involved no questions of “deleting”, ‘amending’ or ‘reading in’” (p. 87).

In the result, Cullen J. held that the taxpayer was allowed to deduct the payments made to Simpson as a business expense for taxation years 1982, 1983, 1984, and 1985. This conclusion rested solely upon his approach to statutory interpretation. With respect to his alternative conclusion involving *Charter* analysis, Cullen J. held that these payments were deductible for 1985 and subsequent taxation years.

était obligée de payer des impôts plus élevés et de s’occuper des «paperasseries». Autrement dit, il conclut que l’«on refuse [à la contribuable] l’avantage d’une déduction fiscale» (p. 82). Le juge Cullen rattache la discrimination aux «caractéristiques personnelles que sont le sexe et l’état familial ou parental» (p. 84).

Le juge Cullen conclut ainsi que le refus de la déduction pour frais de garde d’enfants dans le cadre de la détermination du bénéfice violerait le par. 15(1) de la *Charte*. Examinant ensuite l’article premier, il dit que l’on n’a présenté aucun objectif réel et urgent pour justifier le refus de la déduction. En conséquence, il ne traite pas du critère de la proportionnalité en soi.

Ayant conclu que l’on n’a pas établi que le Parlement a fait un choix législatif interdisant la pleine déductibilité des dépenses liées aux frais de garde d’enfants, le juge Cullen indique qu’on laissé aux tribunaux le soin de décider, en conformité avec la *Charte*, «si les concepts de bénéfice et de dépenses d’entreprise permettent une telle déduction» (p. 87). Pour ce motif, il conclut que l’art. 9 et l’al. 18(1)a) autorisent la déduction des frais de garde d’enfants à titre de dépense d’entreprise. Cette conclusion constitue une interprétation dite «conforme aux exigences de la *Charte*», sans qu’il soit besoin de faire une «suppression», une «modification» ou de «faire dire à un texte quelque chose qu’il ne dit pas» (p. 87).

En définitive, le juge Cullen conclut que la contribuable avait le droit de déduire les paiements versés à Simpson à titre de dépense d’entreprise pour les années d’imposition 1982, 1983, 1984 et 1985. Cette conclusion repose seulement sur son application des principes d’interprétation des lois. En ce qui concerne sa conclusion subsidiaire fondée sur l’analyse de la *Charte*, le juge Cullen statue que ces paiements étaient déductibles pour l’année d’imposition 1985 et les années d’imposition ultérieures.

B. *Federal Court of Appeal*, [1991] 3 F.C. 507 (Décary J.A., Pratte and MacGuigan J.J.A. concurring)

After reviewing the facts of the case, Décary J.A. established a context for the decision of the Federal Court of Appeal. He discussed the fiscal history of child care expenses, and particularly s. 63 of the *Act*, citing a royal commission report and a government white paper. With reference to Hansard, he sought to describe government policy on child care expenses. Finally, he noted various reports and background papers dealing with child care responses which had been cited to the court.

#### 1. Child Care as a Business Expense

As a first point of analysis, Décary J.A. discussed s. 18(1)(a) of the *Act*. With respect to the argument that the taxpayer's child care expenses were made in the ordinary course of business or as part of the income earning process, he characterized her legal obligation to care for her children as an obligation independent of her business. For him, the child care obligation is imposed upon both parents, and is, in any event, a "natural obligation" (p. 522).

It is not obvious whether Décary J.A. accepted or rejected the taxpayer's arguments with respect to the proper tests to be applied under ss. 9(1) and 18(1)(a) of the *Act*. It is clear, however, that he professed to agree with the taxpayer and the trial judge to the effect that judicial interpretation "must be sufficiently flexible and sensitive to adapt to changing circumstances" (p. 523). Equally, he stated that "concepts should be extended by the courts in order to take into account the presence of women in the business world" (p. 523). But then he summarized his overall disagreement with the taxpayer and the court below with respect to the proper interpretation of the *Act*. He stated (at p. 523) that:

B. *La Cour d'appel fédérale*, [1991] 3 C.F. 507 (le juge Décary avec l'appui des juges Pratte et MacGuigan)

Après avoir examiné les faits, le juge Décary établit le contexte de la décision de la Cour d'appel fédérale. Il examine tout d'abord l'historique fiscal des frais de garde d'enfants, plus particulièrement l'art. 63 de la *Loi*, citant un rapport de commission royale d'enquête et un livre blanc gouvernemental. À partir du compte rendu officiel des débats de la Chambre, il cherche à décrire la politique gouvernementale en matière de frais de garde d'enfants. Enfin, il mentionne divers rapports et documents d'étude traitant de garde des enfants qui ont été cités devant la cour.

#### d 1. Les frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise

Dans son analyse, le juge Décary examine tout d'abord l'al. 18(1)a) de la *Loi*. En ce qui concerne la prétention que les frais de garde d'enfants de la contribuable ont été engagés dans le cours ordinaire des affaires ou pendant le processus de gain, il qualifie l'obligation légale de garde des enfants d'obligation indépendante de l'entreprise. À son avis, l'obligation de garde d'enfants est imposée également aux deux parents et constitue par ailleurs «une obligation naturelle» (p. 522).

On ne sait pas exactement si le juge Décary accepte ou rejette les prétentions de la contribuable relativement aux critères qu'il convient d'appliquer en vertu du par. 9(1) et de l'al. 18(1)a) de la *Loi*. Toutefois, il se dit d'accord avec la contribuable et le juge de première instance, que l'interprétation jurisprudentielle «doit être assez souple et perméable pour s'adapter aux changements de circonstances» (p. 523). Il précise aussi que «des concepts devront être élargis par les tribunaux de manière à tenir compte de la présence des femmes dans le milieu des affaires» (p. 523). Mais il résume ensuite son désaccord avec la contribuable et le tribunal de première instance relativement à la bonne interprétation de la *Loi*. Il dit (à la p. 523) que:

... the concept of a business expense has been developed exclusively in relation to the commercial needs of the business, without any regard to the particular needs of those in charge of the business, and I have difficulty in seeing how a change in the particular needs of these persons could justify modifying an interpretation which has nothing to do with these needs. Having said that, I consider that the case at bar does not require a conclusion on this point for the simple reason that Parliament has itself already amended the *Income Tax Act* to provide for the specific situation relied on by the respondent.

In support of this conclusion, Décary J.A. examined the language of s. 63. His examination caused him to conclude that s. 63 was clearly intended by Parliament to apply to “a parent carrying on a business and income earned by the parent from the operation of a business” (p. 525). For this reason, he located child care expenses solely with s. 63 of the *Act*, excluding such expenses from the concept of “business expenses” implicit within s. 18(1)(a). He did not otherwise examine the meaning of “profit” in s. 9 of the *Act*.

## 2. Section 15 (1) of the Charter

Décary J.A. began his *Charter* analysis by summarizing the taxpayer’s basic *Charter* argument. He noted that a s. 15(1) violation was alleged, not with respect to the actual language of the *Act*, but with respect to any interpretation of the *Act*’s language which could prevent child care expenses from being deducted as business expenses. He then suggested that the taxpayer supported her argument by reference to the decisions of this Court in *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038, and *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513. Since Décary J.A. quoted from these decisions in a manner which suggests that he was considering the extent to which *Charter* values should infuse ordinary statutory interpretation, it is somewhat unclear to me whether some of his subsequent comments are intended to relate to this kind of statutory interpretation, or to *Charter* analysis *per se*.

In either event, Décary J.A. went on to make general statements with respect to the propriety of challenging what can be loosely called “socioeco-

... le concept de dépense d’entreprise a été développé exclusivement en fonction des besoins d’affaires de l’entreprise, en faisant abstraction des besoins particuliers des personnes qui dirigent cette entreprise, et je vois difficilement en quoi un changement dans les besoins particuliers de ces personnes justifierait qu’on modifiât une interprétation qui n’a rien à voir avec ces besoins. Quoi qu’il en soit, je n’ai pas vraiment à trancher cette question, pour la simple raison que le Parlement, de lui-même, a déjà modifié la *Loi de l’impôt sur le revenu* de manière à tenir compte de la situation précisée qu’invoque l’intimé.

À l’appui de cette conclusion, le juge Décary examine le libellé de l’art. 63. Cet examen l’amène à conclure que l’art. 63, adopté par le Parlement, vise clairement le «parent qui exploite une entreprise et le revenu tiré par le parent de l’exploitation d’une entreprise» (p. 525). C’est pour ce motif qu’il rattache les frais de garde d’enfants seulement à l’art. 63 de la *Loi*, excluant ces dépenses du concept de «dépense d’entreprise» implicite dans le contexte de l’al. 18(1)a). Il n’examine pas par ailleurs le sens de «bénéfice» à l’art. 9 de la *Loi*.

## 2. Le paragraphe 15(1) de la Charte

Le juge Décary commence son analyse fondée sur la *Charte* en résumant le principal argument de la contribuable. Il fait observer que la violation alléguée du par. 15(1) ne concerne pas le texte même de la *Loi*, mais plutôt toute interprétation du texte de la *Loi* qui empêcherait de déduire les frais de garde d’enfants à titre de dépense d’entreprise. Il dit ensuite que la contribuable cite à l’appui de son argument les arrêts de notre Cour *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038, et *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513. Puisque le juge Décary cite des passages de ces arrêts d’une manière qui laisse entendre qu’il examine dans quelle mesure les valeurs de la *Charte* devraient pénétrer l’interprétation ordinaire des lois, il n’est pas tout à fait clair si certains de ses commentaires subséquents se rapportent à ce type d’interprétation des lois ou à l’analyse fondée sur la *Charte*.

Quoi qu’il en soit, le juge Décary fait ensuite des observations générales relativement au bien-fondé d’une contestation, fondée sur la *Charte*, de

conomic legislation” with the *Charter*. After quoting from several decisions, he cited *Ontario Public Service Employees Union v. National Citizens Coalition Inc.* (1987), 60 O.R. (2d) 26 (H.C.), and in apparent reliance upon language used in that case, stated that “[a]t bottom, the approach put forward by the respondent risks trivializing the Charter” (p. 528). To accept the taxpayer’s arguments would, according to him, “be to fall into the trap of overshooting against which the Supreme Court of Canada has constantly warned the courts” (p. 529). Décaré J.A. recoiled from the idea that the taxpayer could use s. 15 of the *Charter* to obtain a positive guarantee of equality, one which would compel “legislatures to adopt measures enabling . . . her to work” (p. 530).

Departing from this foundation, Décaré J.A. characterized s. 63 as a statutory benefit adopted by Parliament “in the enlightened exercise of its discretion” (p. 530). He then came to the following conclusion, which is clearly a conclusion relating to *Charter* analysis *per se*, rather than to the use of *Charter* values as an aid to statutory interpretation (at pp. 531-32):

By adopting section 63 and deciding to create a new type of personal deduction for parents applying to child care expenses, Parliament made a political, social and economic choice. On the evidence presented, that choice favours women more than men, and the respondent has no complaint about this. I do not see how a provision which favours all women could directly or indirectly infringe the right of women to equality, and I am not prepared to concede that professional women make up a disadvantaged group against whom a form of discrimination recognized by section 15 has been perpetrated by the adopting of section 63, or would be perpetrated by this Court’s refusal to interpret paragraph 18(1)(a) so as to give a self-employed mother an additional deduction for a business expense; and even if there were discrimination within the meaning of section 15, I consider in light of the ample evidence of justification submitted to the Court that it is not the function of this Court to substitute its choice for the one made by Parliament, with

ce que l’on peut généralement appeler les «lois socio-économiques». Après avoir cité des passages de plusieurs arrêts, il cite l’arrêt *Ontario Public Service Employees Union c. National Citizens Coalition Inc.* (1987), 60 O.R. (2d) 26 (H.C.) et, s’appuyant apparemment sur le texte de cet arrêt, précise: «L’approche proposée par l’intimée risque au fond de banaliser la Charte» (p. 528). À son avis, retenir les prétentions de la contribuable serait «tomber dans le piège de l’«overshooting» («aller au-delà de l’objet véritable du droit ou de la liberté en question») contre lequel la Cour suprême du Canada n’a cessé de mettre les tribunaux en garde» (p. 529). Le juge Décaré recule devant l’idée que le contribuable pourrait se prévaloir des dispositions de l’art. 15 de la *Charte* pour obtenir une garantie positive d’égalité, garantie qui exigerait «des législatures qu’elles adoptent les mesures nécessaires pour lui permettre de travailler» (p. 530).

S’éloignant de ce raisonnement, le juge Décaré qualifie l’art. 63 d’avantage législatif adopté par le Parlement «dans l’exercice éclairé de sa discrétion» (p. 530). Il arrive ensuite à la conclusion suivante, laquelle se rattache clairement à une analyse fondée sur la *Charte*, plutôt qu’à l’utilisation des valeurs de la *Charte* dans l’interprétation des lois (aux pp. 531 et 532):

Le Parlement, en adoptant l’article 63 et en décidant de créer un nouveau type de déduction personnelle destiné aux parents et visant les frais de garde d’enfants, a fait un choix politique, social et économique. Ce choix favorise, selon la preuve faite, davantage les femmes que les hommes, ce dont ne s’est pas plainte l’intimée. Je ne vois pas comment une disposition qui favorise toutes les femmes pourrait porter directement ou indirectement atteinte au droit des femmes à l’égalité, et je ne suis pas prêt à reconnaître que les femmes professionnelles forment un groupe défavorisé à l’égard duquel une forme de discrimination reconnue par l’article 15 a été exercée par l’adoption de l’article 63 ou serait exercée par le refus de cette Cour d’interpréter l’alinéa 18(1)a de manière à accorder à une mère travaillant à son propre compte une déduction additionnelle pour dépense d’entreprise. Et si tant est qu’il y avait discrimination au sens de l’article 15, je suis d’avis, à la lumière de la preuve abondante de justification qui nous a été soumise, qu’il n’appartient pas à cette Cour de substituer son choix à celui qu’a fait le

full knowledge of the options proposed and in keeping with an overall policy of assisting the family.

Parlement en toute connaissance des options proposées et dans le contexte d'une politique globale d'aide à la famille.

The court allowed the appeal, restored the Notices of Assessment, and ordered the appellant to pay the respondent's costs at trial and on appeal.

<sup>a</sup> La Cour d'appel fédérale a accueilli l'appel, rétabli les avis de nouvelle cotisation et ordonné à l'appelante de payer les dépens en première instance et en appel.

#### IV. Issues

#### IV. Les questions en litige

On July 14, 1992, the Chief Justice stated the following constitutional questions:

<sup>b</sup> Le 14 juillet 1992, le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. If ss. 9, 18 and 63 of the *Income Tax Act* are not open to an interpretation other than that full child care expenses of the appellant are not deductible as business expenses, does any part, or do any or all of these sections, infringe or deny rights guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

<sup>c</sup> 1. Si les art. 9, 18 et 63 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne se prêtent pas à une interprétation autre que celle selon laquelle il est impossible pour l'appelante de déduire tous ses frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise, l'un ou l'autre ou l'ensemble de ces articles, en tout ou en partie, portent-ils atteinte aux droits garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. To the extent that the above sections of the *Income Tax Act* infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are these sections justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

<sup>d</sup> 2. Dans la mesure où les articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* mentionnés ci-dessus portent atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, conformes à la *Loi constitutionnelle de 1982*?

In responding to these constitutional questions, I will structure my discussion with reference to the following principal issues:

<sup>e</sup> Pour répondre à ces questions constitutionnelles, je structurerai mon analyse en fonction des trois grandes questions suivantes:

1. Are child care expenses deductible as part of the determination of profit under s. 9(1) of the *Act*?

<sup>f</sup> 1. Les frais de garde d'enfants sont-ils déductibles dans le calcul d'un bénéfice en vertu du par. 9(1) de la *Loi*?

2. If child care expenses are not deductible as part of the determination of profit under s. 9(1) of the *Act*, has there been a violation of s. 15(1) of the *Charter*?

<sup>g</sup> 2. Si les frais de garde d'enfants ne sont pas déductibles dans le calcul d'un bénéfice en vertu du par. 9(1) de la *Loi*, y a-t-il eu violation du par. 15(1) de la *Charte*?

3. If there has been a violation of s. 15(1) of the *Charter*, is it justified under s. 1?

<sup>h</sup> 3. S'il y a eu violation du par. 15(1) de la *Charte*, cette violation se justifie-t-elle en vertu de l'article premier?

V. Analysis

1. *Are child care expenses deductible as part of the determination of profit under s. 9(1) of the Act?*

There are two aspects to this question: (a) Are child care expenses deductible under principles of income tax law applicable to business deductions? (b) If child care expenses are not otherwise deductible using such principles, are they deductible employing the values of the *Charter* as an interpretive aid? For the following reasons, I am of the opinion that both of these questions must be answered in the negative.

- (a) Are child care expenses deductible under principles of income tax law applicable to business deductions?

My analysis of income tax law principles applicable to business deductions will proceed in the following way. Immediately below, I will describe the statutory framework which supports business expense deductibility. Then, I will examine deductibility issues *per se* under four headings. Under the first, I will discuss the interrelationship of ss. 9(1), 18(1)(a) and 18(1)(h) of the *Act*, in order to clarify the proper analytical approach in this case. Under the second, I will comment upon the historical classification of child care expenses as personal expenses, in order to define the relevance of s. 18(1)(h) of the *Act*. Under the third, I will examine s. 18(1)(a) of the *Act* in a search for indicia of business expenses which can be compared to the facts of this case. Finally, under the fourth, I will consider the relevance of the child care expense deduction in s. 63 of the *Act*.

At the outset, however, it is helpful to describe briefly the statutory framework in which the subsequent analysis will take place. Canadian residents pay tax pursuant to the basic charging provision, s. 2(1) of the *Act*. Therein, the taxability of residents is established and made referable to the concept of "taxable income". As set out in

V. Analyse

1. *Les frais de garde d'enfants sont-ils déductibles dans le calcul d'un bénéfice en vertu du par. 9(1) de la Loi?*

Cette question présente deux volets: a) Les frais de garde d'enfants sont-ils déductibles en vertu des principes de droit fiscal applicables aux déductions des dépenses d'entreprise? b) Si les frais de garde d'enfants ne sont pas déductibles selon ces principes, le sont-ils par le recours aux valeurs de la *Charte* dans l'interprétation? Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis qu'il faut répondre par la négative à ces deux questions.

- a) Les frais de garde d'enfants sont-ils déductibles en vertu des principes de droit fiscal applicables aux déductions des dépenses d'entreprise?

Voici comment je procéderai à l'analyse des principes de droit fiscal applicables aux déductions des dépenses d'entreprise. Je commencerai tout d'abord par décrire le contexte législatif de la déductibilité des dépenses d'entreprise. J'examinerai ensuite, en quatre temps, les questions de déductibilité. Premièrement, j'analyserai la corrélation entre le par. 9(1), l'al. 18(1)a) et l'al. 18(1)h) de la *Loi* afin d'établir clairement la méthode d'analyse qui convient en l'espèce. Deuxièmement, je traiterai de la classification historique des frais de garde d'enfants dans les frais personnels en vue d'établir la pertinence de l'al. 18(1)h) de la *Loi*. Troisièmement, j'examinerai l'al. 18(1)a) de la *Loi* pour déterminer s'il renferme des indices relatifs aux dépenses d'entreprise pouvant se rapprocher des faits en l'espèce. Enfin, j'examinerai la pertinence de la déduction des frais de garde d'enfants visée à l'art. 63 de la *Loi*.

Il est tout d'abord utile de décrire brièvement le contexte législatif de mon analyse. Toute personne résidant au Canada paie des impôts conformément à la disposition fondamentale en cette matière, le par. 2(1) de la *Loi* qui établit l'assujettissement à l'impôt pour les résidents et le rattache au concept du «revenu imposable». Selon le par. 2(2), le cal-

s. 2(2), calculation of a taxpayer's "taxable income" first involves determining the taxpayer's "income for the year". That concept, in turn, requires recourse to s. 3 of the *Act*, where, in part, it is established that to determine a taxpayer's income for a taxation year requires first that one compute the taxpayer's income from each of several sources. As set out in s. 3(a), one such source is "income . . . from . . . business".

As a self-employed lawyer, it is the business income source of taxation which concerns the appellant. In essence, she argues that the *Act* is capable of comprehending a business expense deduction for child care as part of its ordinary determination of business income. This argument, therefore, mandates a discussion of how the *Income Tax Act* ordinarily determines what constitutes business income.

(i) *Business Income: The Interrelationship of ss. 9(1), 18(1)(a) and 18(1)(h)*

Leaving aside for the moment the potential impact of s. 63, three provisions of the *Act* which deal with business income determination are relevant in this case, and the language of each is worthy of note. First, by virtue of s. 9(1), a taxpayer's income from business is stated to be the taxpayer's "profit therefrom for the year", "profit" being nowhere defined in the *Act*. Second, s. 18(1)(a) provides that in computing business income, no deduction shall be made for an expense "except to the extent that it was made or incurred by the taxpayer for the purpose of gaining or producing income". Finally, in s. 18(1)(h), a prohibition against deducting "personal or living expenses" is established. The proper approach to these three provisions is the initial point to be examined.

At one time, it was not clearly understood whether the authority for deducting business expenses was located within what is now s. 9(1) or within what is now s. 18(1)(a). In a series of decisions culminating in *Royal Trust Co. v. Minister of National Revenue*, 57 D.T.C. 1055 (Ex. Ct.), however, Thorson P. recognized that the deduction of business expenses is a necessary part of the s. 9(1)

cul du revenu imposable d'un contribuable implique tout d'abord la détermination de son «revenu pour l'année». Cette notion exige à son tour le recours à l'art. 3 de la *Loi* qui exige notamment pour le calcul du revenu du contribuable pour une année d'imposition, le calcul du revenu du contribuable en provenance de chacune de diverses sources. Selon l'al. 3a), une source de revenu est le «revenu tiré de chaque [. . .] entreprise».

Comme elle est avocate indépendante, c'est la source du revenu d'entreprise pour fins d'impôt qui touche l'appelante. Elle soutient essentiellement que la *Loi* peut englober une déduction de dépenses d'entreprise pour garde d'enfants dans le calcul ordinaire du revenu d'entreprise. Cet argument exige donc qu'on examine comment la *Loi* définit ordinairement le revenu d'entreprise.

(i) *Revenu d'entreprise: La corrélation entre le par. 9(1), l'al. 18(1)a) et l'al. 18(1)h)*

Si l'on oublie pour le moment l'incidence possible de l'art. 63, trois dispositions de la *Loi* sont pertinentes aux fins du calcul du revenu d'entreprise, et il est bon d'en signaler le libellé. Premièrement, en vertu du par. 9(1), le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise est le «bénéfice qu'il en tire pour cette année»; le terme «bénéfice» n'est défini nulle part dans la *Loi*. Deuxièmement, l'al. 18(1)a) prévoit que, dans le calcul du revenu d'une entreprise, n'est pas déductible une dépense «sauf dans la mesure où elle a été faite ou engagée par le contribuable en vue de tirer un revenu des biens ou de l'entreprise ou de faire produire un revenu». Enfin, l'al. 18(1)h) interdit de déduire «le montant des frais personnels ou frais de subsistance». Le premier point à examiner est la bonne méthode d'analyse de ces trois dispositions.

À une certaine époque, il n'était pas clair si le fondement de la déduction des dépenses d'entreprise se trouvait dans la disposition qui est maintenant le par. 9(1) ou dans celle qui est l'al. 18(1)a) actuel. Toutefois, dans une série d'arrêts ayant abouti à l'arrêt *Royal Trust Co. c. Minister of National Revenue*, 57 D.T.C. 1055 (C. de l'É.), le président Thorson a reconnu que la déduction des

“profit” calculation. In *Daley v. Minister of National Revenue*, [1950] Ex. C.R. 516, Thorson P. commented upon s. 3 (the forerunner to s. 9) and s. 6(a) (the forerunner to s. 18(1)(a)) of the *Income War Tax Act*, R.S.C. 1927, c. 97, in the following terms (at p. 521):

The correct view, in my opinion, is that the deductibility of the disbursements and expenses that may properly be deducted “in computing the amount of the profits or gains to be assessed” is inherent in the concept of “annual net profit or gain” in the definition of taxable income contained in section 3. The deductibility from the receipts of a taxation year of the appropriate disbursements or expenses stems, therefore, from section 3 of the Act, if it stems from any section, and not at all, even inferentially, from paragraph (a) of section 6.

In other words, the “profit” concept in s. 9(1) is inherently a net concept which presupposes business expense deductions. It is now generally accepted that it is s. 9(1) which authorizes the deduction of business expenses; the provisions of s. 18(1) are limiting provisions only. See *The Queen v. MerBan Capital Corp.*, 89 D.T.C. 5404 (F.C.A.).

To so describe ss. 9(1) and 18(1)(a) does not, however, clarify the proper approach in this case. While ss. 18(1)(a) and (h) may first appear logically to limit — within the structure of the *Act* — deductions which have already satisfied s. 9(1), this structure can make less logical sense than one might suppose. This is because it is generally not clear what kinds of expenses would be deductible under s. 9(1), yet prohibited by ss. 18(1)(a) or (h).

Under s. 9(1), deductibility is ordinarily considered as it was by Thorson P. in *Royal Trust*, *supra* (at p. 1059):

... the first approach to the question whether a particular disbursement or expense was deductible for income tax purpose was to ascertain whether its deduction was consistent with ordinary principles of commercial trad-

dépenses d'entreprise constitue une partie nécessaire du calcul du «bénéfice» en vertu du par. 9(1). Dans l'arrêt *Daley c. Minister of National Revenue*, [1950] R.C. de l'É. 516, le président Thorson disait ce qui suit au sujet de l'art. 3 (qui est à l'origine de l'art. 9) et de l'al. 6a) (qui est à l'origine de l'al. 18(1)a)) de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, S.R.C. 1927, ch. 97 (à la p. 521):

[TRADUCTION] À mon avis, il est exact de dire que la déductibilité des débours et dépenses qui peuvent à juste titre être déduits «dans le calcul du montant des bénéfices ou gains à imposer» se rattache au concept de «bénéfice ou gain net annuel» dans la définition du revenu imposable figurant à l'article 3. La déductibilité de débours ou dépenses des recettes d'une année d'imposition découle donc de l'article 3 de la Loi et ne résulte pas du tout, même par déduction, de l'alinéa 6a).

En d'autres termes, le concept de «bénéfice» au par. 9(1) est en soi un résultat net qui présuppose des déductions de dépenses d'entreprise. Il est maintenant généralement reconnu que c'est le par. 9(1) qui autorise la déduction des dépenses d'entreprise; le par. 18(1) est limitatif seulement. Voir l'arrêt *The Queen c. MerBan Capital Corp.*, 89 D.T.C. 5404 (C.A.F.).

Décrire ainsi le par. 9(1) et l'al. 18(1)a) ne permet toutefois pas de clarifier la méthode d'analyse qu'il convient d'utiliser en l'espèce. S'il semble que, selon l'économie de la *Loi*, les al. 18(1)a) et (h) peuvent logiquement paraître limiter des déductions déjà autorisées par le par. 9(1), cette organisation peut être moins logique qu'on le supposerait. La raison en est que l'on ne sait généralement pas quels types de dépenses pourraient être déductibles en vertu du par. 9(1), mais interdites par les al. 18(1)a) ou h).

En vertu du par. 9(1), la déductibilité est habituellement considérée de la façon dont elle l'avait été par le président Thorson dans *Royal Trust*, précité (à la p. 1059):

[TRADUCTION] ... pour savoir si un débours ou une dépense était déductible aux fins d'impôt la première étape était de déterminer si la déduction était conforme aux principes ordinaires des affaires commerciales ou



ing or well accepted principles of business . . . practice . . . [Emphasis added.]

Thus, in a deductibility analysis, one's first recourse is to s. 9(1), a section which embodies, as the trial judge suggested, a form of "business test" for taxable profit.

This is a test which has been variously phrased. As the trial judge rightly noted, the determination of profit under s. 9(1) is a question of law: *Neonex International Ltd. v. The Queen*, [1978] C.T.C. 485 (F.C.A.). Perhaps for this reason, and as *Neonex* itself impliedly suggests, courts have been reluctant to posit a s. 9(1) test based upon "generally accepted accounting principles" (G.A.A.P.): see also "Business Income and Taxable Income" (1953 Conference Report: Canadian Tax Foundation) cited in B. J. Arnold and T. W. Edgar, eds., *Materials on Canadian Income Tax* (9th ed. 1990), at p. 336. Any reference to G.A.A.P. connotes a degree of control by professional accountants which is inconsistent with a legal test for "profit" under s. 9(1). Further, whereas an accountant questioning the propriety of a deduction may be motivated by a desire to present an appropriately conservative picture of current profitability, the *Act* is motivated by a different purpose: the raising of public revenues. For these reasons, it is more appropriate in considering the s. 9(1) business test to speak of "well accepted principles of business (or accounting) practice" or "well accepted principles of commercial trading".

Adopting this approach to deductibility, it becomes immediately apparent that the well accepted principles of business practice encompassed by s. 9(1) would generally operate to prohibit the deduction of expenses which lack an income earning purpose, or which are personal expenses, just as much as ss. 18(1)(a) and (h) operate expressly to prohibit such deductions. For this reason, there is an artificiality apparent in the suggestion that one can first examine s. 9(1) in order to determine whether a deduction is authorized,

aux principes bien reconnus de la pratique courante des affaires . . . [Je souligne.]

En conséquence, dans l'analyse des déductions, il faut commencer par le par. 9(1), disposition qui englobe, comme l'a précisé le juge de première instance, un «critère des affaires» aux fins du calcul du bénéfice imposable.

C'est un critère qui a été formulé de bien des façons. Comme le juge de première instance l'a bien fait ressortir, la détermination du bénéfice en vertu du par. 9(1) est une question de droit: *Neonex International Ltd. c. The Queen*, [1978] C.T.C. 485 (C.A.F.). C'est peut-être pour ce motif (comme le laisse entendre implicitement *Neonex*) que les tribunaux ont hésité à énoncer, relativement au par. 9(1), un critère fondé «sur les principes comptables généralement reconnus» (P.C.G.R.): voir aussi «Business Income and Taxable Income» (1953 Conference Report: Association canadienne d'études fiscales) cité dans B. J. Arnold et T. W. Edgar, dir., *Materials on Canadian Income Tax* (9<sup>e</sup> éd. 1990), à la p. 336. Toute mention des P.C.G.R. comporte l'idée d'un degré de contrôle exercé par des comptables professionnels, ce qui est incompatible avec un critère juridique du «bénéfice» en vertu du par. 9(1). Alors qu'un comptable s'interrogeant sur l'opportunité d'une déduction peut être motivé par le désir de présenter un tableau plutôt conservateur du niveau des profits courants, la *Loi* vise une fin différente: la perception de revenus publics. Pour ces motifs, dans l'examen du par. 9(1), il convient davantage de parler de «principes bien reconnus de la pratique courante des affaires (ou comptable)» ou de «principes bien reconnus des affaires commerciales».

Si l'on adopte cette conception de la déductibilité, on se rend immédiatement compte que les principes bien reconnus de la pratique courante des affaires visés au par. 9(1) auraient généralement pour effet d'interdire la déduction de dépenses qui n'ont pas pour objet de gagner un revenu ou qui sont des dépenses personnelles, de la même façon que les al. 18(1)a) et h) visent expressément à interdire de telles déductions. Pour ce motif, il est artificiel de dire qu'il faut tout d'abord examiner le par. 9(1) pour déterminer si une déduction est

and can then turn to s. 18(1) where another analysis can be undertaken: N. Brooks, "The Principles Underlying the Deduction of Business Expenses" in B. G. Hansen, V. Krishna and J. A. Rendall, eds., *Essays on Canadian Taxation* (1978), 249, at pp. 253-54; V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (4th ed. 1992), at p. 365, footnote 44, and at p. 367.

Although ss. 18(1)(a) and (h) may, therefore, simply be analytically repetitive or confirmatory of prohibitions already embodied in s. 9(1), they may serve to reinforce the point already made, namely, that the s. 9(1) test is a legal test rather than an accountancy test. At the same time, they conveniently summarize what might otherwise be abstract principles of commercial practice. As noted by D. Ish, J. A. Rendall and C. A. Brown ("Deductions" in *Materials on Canadian Income Tax, supra*, at pp. 387-88):

... the frequency with which paragraph 18(1)(a) appears in the cases confirms that it is useful, if not necessary, for the Minister to have specific statements which can be relied upon. ... Arguably, paragraph 18(1)(h) is just a refinement of paragraph 18(1)(a); indeed, one might suppose that the taxpayer's personal or living expenses would not be deducted according to standard practices of accounting for business profits, the test erected by subsection 9(1). The process we are describing is one in which the focus is progressively narrowed. Although a personal or living expense prohibited by paragraph 18(1)(h) arguably would also be prohibited by paragraph 18(1)(a) ... the Minister may nevertheless find it very useful to concentrate attention on the specific characterization of a disputed expense as being of a personal consumption nature.

There is no doubt that, in some cases, s. 9(1) will operate in isolation to scrutinize deductions according to well accepted principles of business practice. In this respect, I refer to cases, also noted by the trial judge, in which the real issue was whether a particular method of accounting could be used to escape tax liability: e.g. *Associated*

autorisée, et que l'on peut ensuite se fonder sur le par. 18(1) pour procéder à une autre analyse: N. Brooks, «The Principles Underlying the Deduction of Business Expenses» dans B. G. Hansen, V. Krishna et J. A. Rendall, dir., *Essays on Canadian Taxation* (1978), 249, aux pp. 253 et 254; V. Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax* (4<sup>e</sup> éd. 1992), à la p. 365, renvoi 44, et à la p. 367.

En conséquence, bien que les al. 18(1)a) et h) puissent, sur le plan analytique, simplement reprendre ou confirmer les interdictions déjà comprises dans le par. 9(1), ils peuvent servir à renforcer le point déjà mentionné, savoir que le critère visé au par. 9(1) est un critère juridique plutôt qu'un critère comptable. En outre, ces alinéas résumement d'une façon utile ce qui pourrait par ailleurs constituer des principes abstraits de la pratique commerciale. Comme l'ont indiqué D. Ish, J. A. Rendall et C. A. Brown («Deductions» dans *Materials on Canadian Income Tax, op. cit.*, aux pp. 387 et 388):

[TRADUCTION] ... la fréquence avec laquelle l'alinéa 18(1)a) apparaît dans la jurisprudence confirme qu'il est utile, sinon nécessaire, que le ministre fasse des déclarations précises auxquelles on pourra se fier. [...] On peut soutenir que l'alinéa 18(1)h) vient seulement préciser l'alinéa 18(1)a); en fait, on pourrait supposer que les frais personnels ou les frais de subsistance du contribuable ne seraient pas déduits selon les pratiques ordinaires en matière comptable applicables aux bénéfices d'entreprise, le critère établi par le paragraphe 9(1). Le processus que nous décrivons est une diminution progressive du champ. Bien que l'on puisse soutenir que les frais personnels ou les frais de subsistance interdits par l'alinéa 18(1)h) le seraient également en vertu de l'alinéa 18(1)a) [...] le ministre peut néanmoins juger utile d'attirer l'attention sur la caractérisation précise d'une dépense contestée comme dépense de consommation personnelle.

Il n'y a pas de doute que, dans certains cas, le par. 9(1) s'appliquera isolément pour l'examen de déductions conformément aux principes bien reconnus de la pratique courante des affaires. À cet égard, je renvoie à des arrêts, également mentionnés par le juge de première instance, dans lesquels la véritable question était de savoir si une

*Investors of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1967] 2 Ex. C.R. 96; *Canadian General Electric Co. v. Minister of National Revenue*, [1962] S.C.R. 3. In other cases, including the present case, however, the real issue may be whether a deduction is prohibited by well accepted principles of business practice for the reason that it is not incurred for the purpose of earning income, or for the reason that it is a personal or living expense. In such cases, any treatment of the issue will necessarily blur s. 9(1) with ss. 18(1)(a) and (h).

I proceed, therefore, to deal with closely related arguments respecting the specific language of ss. 18(1)(a) and 18(1)(h). In so doing, I mean to cast no doubt upon the proposition that s. 9(1) contains the authority for deduction, nor do I wish to suggest that s. 9(1) is not the first section against which a deduction is to be measured. Instead, I simply wish to acknowledge that, on the facts of this case, I cannot respond to the arguments of the parties without necessarily addressing the general language of s. 9(1), and the specific language of ss. 18(1)(a) and 18(1)(h), at the same time.

(ii) *Personal Expenses and s. 18(1)(h)*

I begin with s. 18(1)(h), since traditional tax analysis characterized child care expenses as personal expenses, such that in modern terms, s. 18(1)(h) would operate to specifically prohibit them. I do not propose to review the numerous cases which might be cited to demonstrate this point: see B. J. Arnold, "The Deduction for Child Care Expenses in the United States and Canada: A Comparative Analysis" (1973), 12 *West. Ont. L. Rev.* 1, at p. 27, footnote 141; J. E. Hershfield, "Recent Trends in the Deduction of Expenses in Computing Income", in 1989 *Conference Report* (Canadian Tax Foundation), at p. 44:2, footnote 3. It is sufficient to note, as did the trial judge below, that the line of reasoning supporting such a characterization is ultimately founded upon the English decision of *Bowers v. Harding*, *supra*, and brief examination of that case can help to explain the

méthode comptable particulière pouvait servir à éviter l'assujettissement à l'impôt: par exemple, *Associated Investors of Canada Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1967] 2 R.C. de l'É. 96; *Canadian General Electric Co. c. Minister of National Revenue*, [1962] R.C.S. 3. Cependant, dans d'autres cas, comme en l'espèce, la véritable question est de savoir si une déduction est interdite par les principes bien reconnus de la pratique courante des affaires au motif que la dépense en question n'a pas été engagée en vue de tirer un revenu ou au motif que la dépense constitue des frais personnels ou des frais de subsistance. Dans ces cas, l'examen de la question confondra nécessairement le par. 9(1) et les al. 18(1)(a) et (h).

Je passerai donc maintenant à l'examen des arguments étroitement connexes relatifs au libellé particulier des al. 18(1)(a) et 18(1)(h). Ce faisant, je ne veux pas mettre en doute que c'est le par. 9(1) qui constitue le fondement des déductions, ni laisser entendre que le par. 9(1) n'est pas la première disposition par rapport à laquelle une déduction peut être mesurée. Je veux tout simplement reconnaître que je ne peux, à partir des faits en l'espèce, répondre aux prétentions des parties sans examiner en même temps le libellé général du par. 9(1) et le libellé précis des al. 18(1)(a) et 18(1)(h).

(ii) *Les frais personnels et l'al. 18(1)(h)*

Je commence par l'examen de l'al. 18(1)(h), puisque l'analyse fiscale traditionnelle qualifiait les frais de garde d'enfants de frais personnels, et que l'al. 18(1)(h) aurait pour effet, de nos jours, de les interdire spécifiquement. Je ne me propose pas d'examiner les nombreux arrêts susceptibles d'être cités à l'appui de ce point: voir B. J. Arnold, «The Deduction for Child Care Expenses in the United States and Canada: A Comparative Analysis» (1973), 12 *West. Ont. L. Rev.* 1, à la p. 27, renvoi 141; J. E. Hershfield, «Recent Trends in the Deduction of Expenses in Computing Income», dans 1989 *Conference Report* (Association canadienne d'études fiscales), à la p. 44:2, renvoi 3. Qu'il suffise de faire remarquer, comme l'a fait le juge de première instance, que le raisonnement à l'appui de cette qualification se trouve en définitive fondé sur l'arrêt anglais *Bowers c. Harding*,

historical classification of child care expenses as personal expenses.

In *Bowers v. Harding*, the Hardings (a married couple) were employed in the operation of a school, and they received a joint salary for this employment. Mr. Harding engaged a household servant, according to the admitted facts of the case, in order “to enable his wife to have time to perform her duties as schoolmistress” (p. 23). Since the relevant tax legislation treated the couple’s joint salary as Mr. Harding’s alone, he sought to deduct the expense of the housekeeper upon the basis that it was incurred “wholly, exclusively, and necessarily in the performance of the duties of his . . . employment”: *Income Tax Act* (U.K.), 16 & 17 Vict., c. 34, s. 51.

The attempted deduction was disallowed. In the eyes of the court, the Hardings were proposing a “but for” test for deductibility. In other words, they were arguing that “but for the housekeeper”, the income could not have been earned. Baron Pollock rejected this test in the following terms (at p. 26):

When a man and his wife accept an office there are certain detriments as well as profits, but is in no sense an expenditure which enables them to earn the income in the sense of its being money expended upon goods, or in the payment of clerks, whereby a tradesman or a merchant is enabled to earn an income. . . . If we were to go into these questions with great nicety we must consider the district in which the person lives, the altitude at which he lives, the price of meat, and the character of the clothing that he would require, in many places indeed the character of the services and the wages paid to particular servants, and the style in which each person lives, before we could come to any conclusion.

I am aware that many people might question the applicability of the language and circumstances of *Bowers v. Harding*, *supra*. Indeed, there are many ways that it might be distinguished. First, it deals with income from employment, rather than with income from business. Second, the expense in question related to “housekeeping”, rather than to child care (or, at least, if child care was involved,

précité; un bref examen de cet arrêt peut aider à expliquer la classification historique des frais de garde d’enfants parmi les frais personnels.

Dans l’arrêt *Bowers c. Harding*, les Harding (un couple marié) étaient employés dans une école et recevaient un salaire conjoint. Suivant l’exposé conjoint des faits, M. Harding avait engagé un domestique pour [TRADUCTION] «permettre à son épouse d’avoir le temps d’exécuter ses fonctions d’institutrice» (p. 23). Puisque la loi fiscale en cause considérait le salaire conjoint du couple comme appartenant à M. Harding seulement, ce dernier a demandé la déduction des dépenses liées à l’engagement d’un domestique au motif qu’elles avaient été engagées [TRADUCTION] «totalement, exclusivement et nécessairement pour lui permettre de s’acquitter de ses fonctions»: *Income Tax Act* (R.-U.), 16 & 17 Vict., ch. 34, art. 51.

La déduction demandée a été rejetée. De l’avis du tribunal, les Harding se trouvaient à proposer un critère du «à défaut de» pour la déductibilité en cause. En d’autres termes, ils soutenaient que «à défaut de domestique», le revenu n’aurait pu être gagné. Le baron Pollock a rejeté ce critère de la façon suivante (à la p. 26):

[TRADUCTION] Lorsqu’un homme et son épouse acceptent un poste, cela entraîne certains inconvénients et certains bénéfices, mais il ne s’agit pas d’une dépense qui leur permet de gagner un revenu au sens où l’argent aurait servi à l’achat de biens ou au paiement de commis, pour que le négociant ou le marchand puisse gagner un revenu [. . .] S’il fallait examiner ces questions avec grande précision, on devrait, avant d’arriver à une conclusion, examiner où vit la personne, le prix de la viande, et le type de vêtements dont elle a besoin, dans de nombreux cas la nature des services et le salaire payé à certains serviteurs ainsi que le style de vie de la personne.

Je sais que beaucoup pourraient douter de l’applicabilité des propos et des circonstances de l’arrêt *Bowers c. Harding*, précité. En fait, on peut établir des distinctions à de nombreux points de vue. Premièrement, il s’agissait d’un revenu d’emploi, plutôt que d’un revenu d’entreprise. Deuxièmement, les dépenses en cause se rattachaient aux «travaux ménagers» plutôt qu’à la garde d’enfants

the case report fails to disclose so). Third, the expense was compared against the very strict requirement that it be made “wholly, exclusively and necessarily” for the purpose of earning the income, and no identical requirement arises on the facts of this case. Finally, perhaps, like the trial judge below, one could merely focus upon the fact that the case came from “another age” and from “another system” (p. 72).

Even without distinguishing *Bowers v. Harding* in this fashion, however, I believe that I should move beyond s. 18(1)(h) of the *Act* and the traditional classification of child care in the analysis of whether child care expenses are truly personal in nature. The relationship between expenses and income in *Bowers v. Harding* was subsumed in that case, as it was in cases to follow, within an apparent dichotomy. As stated by Professor Arnold, in “The Deduction for Child Care Expenses”, *supra*, at p. 27:

The test established by the case for distinguishing between personal and living expenses involved a determination of the origin of the expenses. If the expenses arose out of personal circumstances rather than business circumstances the expense was a non-deductible personal expense.

There are obvious tautologies within this approach. “Personal expenses” are said to arise from “personal circumstances”, and “business expenses” are said to arise from “business circumstances”. But, how is one to locate a particular expense within the business/personal dichotomy?

This appeal presents a particular expense which has been traditionally characterized as personal in nature. If, in coming to a decision, this Court stated that since such expenses have always been personal, they must now be personal, the conclusion could be easily and deservedly attacked. For this reason, proper analysis of this question demands that the relationship between child care expenses and business income be examined more critically, in order to determine whether that rela-

(ou tout au moins il n’en est pas fait mention dans l’arrêt). Troisièmement, les dépenses ont été examinées par rapport à l’exigence très stricte qu’elles soient effectuées «totalelement, exclusivement et nécessairement» en vue de gagner un revenu; en l’espèce, il n’existe pas d’exigence identique. Enfin, comme l’a affirmé le juge de première instance à la p. 72, on pourrait simplement faire ressortir que l’affaire provient «d’un autre âge» et «d’un autre système» (p. 72).

Toutefois, même sans établir de distinctions avec l’arrêt *Bowers c. Harding*, je crois que je devrais aller au-delà de l’al. 18(1)(h) de la *Loi* et de la classification traditionnelle des frais de garde d’enfants dans l’analyse visant à déterminer si ces frais sont vraiment de nature personnelle. La corrélation entre les dépenses et le revenu dans l’arrêt *Bowers c. Harding* se trouvait subsumée, comme dans d’autres arrêts ultérieurs, à l’intérieur d’une dichotomie apparente. Comme l’a fait remarquer le professeur Arnold, dans «The Deduction for Child Care Expenses», *op. cit.*, à la p. 27:

[TRADUCTION] Selon le critère énoncé par cet arrêt pour établir une distinction entre des frais personnels et des frais de subsistance, il faut rechercher l’origine des dépenses. Si elles ont été engagées dans le cadre de circonstances personnelles plutôt que dans le cadre de circonstances liées à la pratique des affaires, les dépenses sont personnelles et non déductibles.

Cette conception renferme des tautologies évidentes. Les «dépenses personnelles» découlent de «circonstances personnelles» et les «dépenses d’affaires» découlent de «circonstances liées à la pratique des affaires». Mais, comment situe-t-on une dépense particulière dans la dichotomie des dépenses d’affaires et des dépenses personnelles?

Le présent pourvoi vise une dépense qui a traditionnellement été qualifiée de dépense de nature personnelle. Si notre Cour, en rendant sa décision, disait que les dépenses en cause sont maintenant personnelles parce qu’elles ont toujours été personnelles, on pourrait facilement et à juste titre attaquer sa conclusion. C’est pourquoi il faut une analyse plus critique de la corrélation entre les frais de garde d’enfants et les revenus d’entreprise pour déterminer si cette corrélation suffit à justifier la

relationship can be sufficient to justify the former's deductibility. This proposition, in my opinion, leads naturally to s. 18(1)(a), which sets out the relationship required by the *Act*.

In turning to s. 18(1)(a), however, I must take pains not to eviscerate needlessly s. 18(1)(h) and its related jurisprudence. When faced with a particular expense, it may be both proper and expedient to refer to past decisions which have characterized the expense as "personal" within 18(1)(h), such that an extensive analytical approach involving the words of s. 18(1)(a) may not be required. On the facts of this case, s. 18(1)(a) may be of greater assistance than the simple prohibition against deducting "personal expenses" in s. 18(1)(h), as I re-examine whether child care expenses truly constitute personal expenses. However, not every expense which has been traditionally characterized as a personal expense will deserve a similar re-examination.

Why, in this case, is it appropriate to re-examine extensively whether child care expenses are appropriately characterized as personal expenses? Relying upon the evidence of the expert witness, Armstrong, the trial judge had this to say (at p. 72):

... there has been a significant social change in the late 1970's and into the 1980's, in terms of the influx of women of child-bearing age into business and into the workplace. This change post-dates the earlier cases dismissing nanny expenses as a legitimate business deduction and therefore it does not necessarily follow that the conditions which prevailed in society at the time of those earlier decisions will prevail now.

I consider the existence of the trend discussed in this paragraph to be relatively non-controversial, such that the point could have been accepted even without the assistance of an expert.

The decision to characterize child care expenses as personal expenses was made by judges. As part of our case law, it is susceptible to re-examination in an appropriate case. In *R. v. Salituro*, [1991] 3

déduction des frais de garde. À mon avis, cette proposition mène naturellement à l'al. 18(1)a qui établit la corrélation requise par la *Loi*.

Toutefois, dans l'examen de l'al. 18(1)a, je dois veiller à ne pas vider de tout sens l'al. 18(1)h et la jurisprudence s'y rattachant. Face à une dépense donnée, il pourrait être à la fois opportun et indiqué d'examiner les arrêts antérieurs dans lesquels la dépense en cause a été qualifiée de «personnelle» au sens de l'al. 18(1)h); dans ce cas, il pourrait ne pas être nécessaire de procéder à une analyse approfondie du libellé de l'al. 18(1)a. À partir des faits en l'espèce, l'al. 18(1)a pourrait bien être plus utile que la simple interdiction de la déduction des «frais personnels» à l'al. 18(1)h), lorsque je réexamine la question de savoir si les frais de garde d'enfants constituent vraiment des frais personnels. Toutefois, il ne sera pas nécessaire de procéder à un réexamen similaire de toutes les dépenses traditionnellement qualifiées de frais personnels.

Pourquoi convient-il en l'espèce de réexaminer en détail si les frais de garde d'enfants sont à juste titre définis comme des frais personnels? Se fondant sur le témoignage de l'expert, Armstrong, le juge de première instance a dit (à la p. 72):

... la fin des années 1970 et le début des années 1980 ont connu un changement social important avec l'afflux des femmes en âge d'avoir des enfants dans les affaires et en milieu de travail. Ce changement survient après les causes antérieures qui avaient rejeté les dépenses liées à l'engagement de bonnes d'enfants à titre de déduction d'entreprise légitime et, en conséquence, il ne s'ensuit pas nécessairement que les conditions qui prévalaient dans la société de l'époque de ces décisions antérieures vont s'imposer maintenant.

J'estime que la réalité de l'évolution mentionnée dans ce passage est relativement peu controversée et que ce point aurait pu être accepté même sans recourir à un expert.

Ce sont des juges qui ont pris la décision de qualifier les frais de garde d'enfants de frais personnels. Comme toute décision jurisprudentielle, elle peut être réexaminée dans un cas approprié. Dans

S.C.R. 654, this Court had occasion to state the following (at p. 670):

Judges can and should adapt the common law to reflect the changing social, moral and economic fabric of the country. Judges should not be quick to perpetuate rules whose social foundation has long since disappeared. Nonetheless, there are significant constraints on the power of the judiciary to change the law. . . . The judiciary should confine itself to those incremental changes which are necessary to keep the common law in step with the dynamic and evolving fabric of our society.

The increased participation of women in the Canadian workforce is undoubtedly a change in the "social foundation" within the meaning of *Salituro*. Accordingly, I do not feel that I must slavishly follow those cases which have characterized child care expenses as personal in nature. It now falls to be considered whether the alternative is appropriate. In other words, are child care expenses not prohibited by s. 18(1)(a) of the *Act*?

(iii) *Business Expenses and s. 18(1)(a)*

In order to be deductible as business expenses, the appellant's child care expenses must have been incurred "for the purpose of gaining or producing income from the business" within the meaning of s. 18(1)(a) of the *Act*. This is not to say that the expenses must directly lead to the production of income. Even with respect to the more restrictively worded ancestor of s. 18(1)(a), it was recognized in *Imperial Oil Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1947] C.T.C. 353 (Ex. Ct.), at p. 371, that it is not necessary to prove a causative relationship between a particular expense and a particular receipt. Indeed, provided that an expense otherwise satisfies s. 18(1)(a), an expense may be deductible even if it results in a loss.

There is some difficulty associated with determining how an expense can otherwise satisfy s. 18(1)(a), however. Several cases which gave important consideration to the question did so with respect to the more restrictive language of the *Income War Tax Act*, s. 6(a). That section prohib-

l'arrêt *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, notre Cour a affirmé (à la p. 670):

Les juges peuvent et doivent adapter la common law aux changements qui se produisent dans le tissu social, moral et économique du pays. Ils ne doivent pas s'empêcher de perpétuer des règles dont le fondement social a depuis longtemps disparu. D'importantes contraintes pèsent cependant sur le pouvoir des tribunaux de changer le droit. [ . . . ] Le pouvoir judiciaire doit limiter son intervention aux changements progressifs nécessaires pour que la common law suive l'évolution et le dynamisme de la société.

La participation accrue des femmes dans le monde du travail au Canada est certainement un changement dans le «fondement social» au sens de l'arrêt *Salituro*. En conséquence, je ne crois pas être tenu de suivre servilement les arrêts qui ont qualifié les frais de garde d'enfants de frais personnels. Il faut examiner maintenant si l'autre possibilité est appropriée, en d'autres termes, se demander si les frais de garde d'enfants ne sont pas exclus par l'al. 18(1)(a) de la *Loi*?

(iii) *Les dépenses d'entreprise et l'al. 18(1)(a)*

Pour être déductibles à titre de dépense d'entreprise, les frais de garde d'enfants de l'appelante doivent avoir été engagés «en vue de tirer un revenu [ . . . ] de l'entreprise ou de faire produire un revenu [ . . . ] à l'entreprise» au sens de l'al. 18(1)(a) de la *Loi*. Cela ne veut pas dire que les dépenses doivent directement mener à la production d'un revenu. Même à partir du libellé plus restrictif de la disposition antérieure à l'al. 18(1)(a), on avait reconnu dans l'arrêt *Imperial Oil Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1947] C.T.C. 353 (C. de l'É.), à la p. 371, qu'il n'est pas nécessaire d'établir un lien causal entre une dépense donnée et une recette donnée. En fait, une dépense peut être déductible même si elle donne lieu à une perte pourvu qu'elle satisfasse par ailleurs à l'al. 18(1)(a).

Toutefois, il est difficile de déterminer comment une dépense peut satisfaire autrement à l'al. 18(1)(a). Cette question a été examinée en profondeur dans plusieurs arrêts relativement au libellé plus restrictif de la *Loi de l'impôt de guerre sur le revenu*, al. 6a). Cette disposition interdisait la

ited the deduction of expenses to the extent that they were not “wholly, exclusively and necessarily laid out or expended for the purpose of earning the income” (emphasis added).

The leading case which considered s. 6(a) of the *Income War Tax Act* was *Minister of National Revenue v. Dominion Natural Gas Co.*, [1941] S.C.R. 19. That case involved a taxpayer who incurred substantial legal expenses in defending a natural gas franchise. This Court characterized the expenses as non-deductible capital expenditures, and suggested that the expenses did not satisfy s. 6(a). In the words of Duff C.J., s. 6(a) referred to “working expenses; that is to say, expenses incurred in the process of earning ‘the income’” (p. 22, emphasis added).

*Dominion Natural Gas* thus established a test for business expenses frequently referred to as the “income earning process” test. In subsequent cases, this test was applied by courts, but not always in a manner which suggests that the application was straightforward. In *Kellogg Co. of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1942] C.T.C. 51 (Ex. Ct.), for example, Kellogg incurred substantial legal expenses in the defence of an action alleging a trademark infringement. Notwithstanding *Dominion*, Maclean J. in *Kellogg* held that such expenses were currently deductible as business expenses. Maclean J. focused upon the fact that Kellogg’s legal expenses were involuntary, the action not having been commenced by the taxpayer, and seemed to disregard the fact that the same was true of the legal expenses in *Dominion*. A similar discomfort can be discerned within *Imperial Oil, supra*, and *Hudson’s Bay Co. v. Minister of National Revenue*, [1947] C.T.C. 86 (Ex. Ct.): see Brooks, *supra*, at p. 255.

In 1948, the statutory language which governed in the above cases was replaced by the immediate forerunner of s. 18(1)(a): *The Income Tax Act*, S.C. 1948, c. 52, s. 12(1)(a). It is important to highlight the changes which were thus introduced. First,

déduction de dépenses lorsqu’elles n’avaient pas été «totalement, exclusivement et nécessairement faites en vue de la production du revenu» (je souligne).

L’arrêt *Minister of National Revenue c. Dominion Natural Gas Co.*, [1941] R.C.S. 19, est l’arrêt de principe sur l’application de l’al. 6a) de la *Loi de l’impôt de guerre sur le revenu*. Dans cette affaire, un contribuable avait engagé d’importants frais juridiques dans sa défense d’une franchise de gaz naturel. Notre Cour a qualifié les frais en question de dépenses en immobilisations non déductibles et a indiqué que ces frais ne satisfaisaient pas à l’al. 6a). Selon le juge en chef Duff, l’al. 6a) visait [TRADUCTION] «des charges d’exploitation, c’est-à-dire des dépenses faites dans le processus de production du «revenu»» (p. 22, je souligne).

L’arrêt *Dominion Natural Gas* établit en conséquence un critère relativement aux dépenses d’entreprise que l’on appelle souvent le critère de «production du revenu». Dans les arrêts qui ont suivi, ce critère a été appliqué par les tribunaux, mais pas toujours d’une façon qui laisse supposer qu’il s’agit d’une application simple. Dans l’arrêt *Kellogg Co. of Canada Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1942] C.T.C. 51 (C. de l’É.) par exemple, Kellogg avait engagé d’importants frais juridiques pour contester une action en contrefaçon de marque de commerce. Malgré l’arrêt *Dominion*, le juge Maclean a statué dans *Kellogg* que ces dépenses étaient généralement déductibles à titre de dépenses d’entreprise. Il a tout particulièrement souligné que, comme l’action n’avait pas été intentée par la contribuable, les frais juridiques de Kellogg n’étaient pas voulus, sans tenir compte toutefois du fait que c’était également le cas des frais juridiques dans l’arrêt *Dominion*. On peut discerner une ambiguïté similaire dans l’arrêt *Imperial Oil*, précité, et dans l’arrêt *Hudson’s Bay Co. c. Minister of National Revenue*, [1947] C.T.C. 86 (C. de l’É.): voir Brooks, *loc. cit.*, à la p. 255.

En 1948, la disposition législative dont il est question dans les arrêts précités a été remplacée par la version immédiatement antérieure à l’al. 18(1)(a): l’al. 12(1)(a) de la *Loi de l’impôt sur le revenu*, S.C. 1948, ch. 52. Il importe de faire res-



whereas the old provision required that an expense be incurred “wholly, exclusively and necessarily” for the stated purpose, the current provision does not relate the purpose requirement to any modifier. Second, whereas the old provision stated that a business expense was an expense incurred for the “purpose of earning the income”, the current provision speaks of “gaining or producing” the income.

On more than one occasion since the amendment, it has been recognized that the current language of the *Act* suggests a broader rationale for deductibility than did the former. In *Premium Iron Ores Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] S.C.R. 685, a taxpayer incurred substantial legal expenses in resisting the tax claim of a foreign jurisdiction. In discussing the deductibility of such expenses, Martland J. suggested that “[i]t seems clear that the present wording of [s. 18(1)(a)] . . . was intended to broaden the definition of deductible expenses” (p. 702). See also Hall J. at p. 711; *Royal Trust, supra*, at p. 1059. The Court in *Premium* found such expenses to be currently deductible, and rejected that operations should be “segregated into revenue producing as distinct from revenue retaining functions” (p. 711, *per* Hall J.).

In considering the extent to which these cases, and others cited by the trial judge, demonstrate a liberalization of principles of deduction with respect to s. 18(1)(a) of the *Act*, it is relevant to acknowledge their historical context. In particular, I note that since the cases discussed above were decided prior to 1972, they arose in the context of a taxation system which did not allow deductions in respect of intangible capital expenditures. For this reason, when confronted with an expenditure for intangibles, courts had two choices. First, the expenditure could be characterized as being on account of capital, in which case it could not be deducted at all since capital expenditures could only be deducted within the capital cost allowance system, a system which provides only for the

sortir les modifications alors apportées. Premièrement, alors que l’ancienne disposition exigeait que les dépenses soient «totalement, exclusivement et nécessairement» faites à la fin prévue, la nouvelle disposition n’assortit d’aucun qualificatif l’objet de la dépense. Deuxièmement, alors que l’ancienne disposition précisait qu’une dépense d’entreprise était une dépense faite «en vue de la production du revenu», la nouvelle disposition parle «de tirer [. . .] ou de faire produire» un revenu.

À plus d’une reprise depuis la modification législative, on a reconnu que le libellé actuel de la *Loi* fournit une assise plus large à la déductibilité que l’ancienne disposition. Dans l’arrêt *Premium Iron Ores Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.S. 685, un contribuable avait subi d’importants frais judiciaires pour s’opposer à une demande d’impôt présentée par un ressort étranger. Dans l’examen de la déductibilité de ces dépenses, le juge Martland dit: [TRADUCTION] «Il semble clair que le libellé actuel de [l’al. 18(1)a)] [. . .] avait pour but d’élargir la définition des dépenses déductibles» (p. 702). Voir aussi le juge Hall, à la p. 711; l’arrêt *Royal Trust*, précité, à la p. 1059. Dans l’arrêt *Premium*, notre Cour a statué que les dépenses en question étaient déductibles, et a rejeté l’idée que les opérations devaient être prises [TRADUCTION] «séparément selon les secteurs de production du revenu ou de répartition du revenu» (p. 711, le juge Hall).

En examinant dans quelle mesure ces arrêts et les autres cités par le juge de première instance illustrent une libéralisation des principes de déduction relativement à l’al. 18(1)a) de la *Loi*, il est pertinent d’en reconnaître le contexte historique. Plus particulièrement, puisque les arrêts examinés ont été rendus avant 1972, ils se situaient dans le contexte d’un régime fiscal qui n’autorisait pas les déductions pour dépenses en immobilisations incorporelles. Les tribunaux avaient donc deux options face à une dépense au titre de biens incorporels. Premièrement, cette dépense pouvait être considérée comme faite à compte de capital; dans ce cas, elle n’était pas déductible du tout puisqu’il ne pouvait y avoir déduction des dépenses en immobilisations qu’à l’intérieur du régime de

depreciation of tangible property: see *Income Tax Regulations*, C.R.C. 1978, c. 945, Schedule II, Class 8(i). Second, an intangible expenditure could be characterized as a current expenditure, in which case it would be totally deductible as such.

In dealing with intangibles such as substantial legal expenses, therefore, pre-1972 courts may have been influenced by more than simply a liberalized formulation of the s. 18(1)(a) test. In discussing the treatment of intangible capital expenditures prior to 1972, Professor Woodman has stated (“A Child Care Expenses Deduction, Tax Reform and the *Charter*: Some Modest Proposals” (1990), 8 *Can. J. Fam. L.* 371, at p. 377):

Courts, recognizing the adverse effect of such a characterization, attempted to circumvent the paragraph 18(1)(b) prohibition by stretching the definition of a current deductible business expense. In other words, it is true that the courts have expanded the ambit of deductibility, but it does not necessarily follow that the next step is to make child care expenses deductible.

Today, the treatment of business deductions occurs in a statutory environment which provides for capital intangibles through the concept of eligible capital expenditures: see ss. 14 and 20(1)(b) of the *Act*.

Without dismissing the importance of the observation just described, it is nonetheless true that the current wording of s. 18(1)(a) is sufficient justification for the view that Parliament acted to amend its predecessor section in such a way as to broaden the scope for business expense deductibility. Professor Brooks adopts this view, and suggests that the only true question under s. 18(1)(a) is: “was the expense incurred for a personal or business purpose?” (*supra*, at p. 253). Other commentators propose other tests which vary in the extent to which they borrow directly from the language of s. 18(1)(a). Examples include a “predominant purpose” test (C. F. L. Young, “Case Comment on *Symes v. The Queen*”, [1991] *Brit. Tax Rev.* 105, at

déduction pour amortissement, lequel prévoit seulement l’amortissement des biens corporels; voir le *Règlement de l’impôt sur le revenu*, C.R.C. 1978, ch. 945, Annexe II, Catégorie 8(i). Deuxièmement, une dépense incorporelle pouvait être considérée comme une dépense courante et être alors totalement déductible.

Dans l’examen de dépenses incorporelles comme d’importants frais juridiques, les tribunaux d’avant 1972 ont donc peut-être été influencés par plus qu’une libéralisation de la formulation du critère visé à l’al. 18(1)(a). Dans l’analyse du traitement des dépenses en immobilisations incorporelles avant 1972, le professeur Woodman a dit («A Child Care Expenses Deduction, Tax Reform and the *Charter*: Some Modest Proposals» (1990), 8 *Rev. Can. D. Fam.* 371, à la p. 377):

[TRADUCTION] Les tribunaux, reconnaissant l’effet préjudiciable d’une telle qualification, ont tenté de contourner l’interdiction prévue à l’alinéa 18(1)(b) en élargissant la définition d’une dépense d’entreprise courante déductible. En d’autres termes, il est exact que les tribunaux ont élargi l’étendue des déductions, mais il ne s’ensuit pas nécessairement que la prochaine étape est de rendre déductibles les frais de garde d’enfants.

Aujourd’hui, le traitement des déductions d’entreprise est prévu dans des dispositions légales qui traitent des biens incorporels en immobilisations par application de la notion de dépenses en immobilisations admissibles: voir l’art. 14 et l’al. 20(1)(b) de la *Loi*.

Sans vouloir diminuer l’importance de cette dernière observation, on ne peut pas nier que le libellé actuel de l’al. 18(1)(a) suffit à justifier le point de vue que le Parlement a procédé à la modification de l’ancien article pour élargir les déductions au titre des dépenses d’entreprise. Le professeur Brooks est de cet avis et dit que la seule véritable question en vertu de l’al. 18(1)(a) est la suivante: «la dépense a-t-elle été engagée à une fin personnelle ou à une fin commerciale?» (*loc. cit.*, à la p. 253). D’autres commentateurs proposent d’autres critères qui empruntent plus ou moins directement au libellé de l’al. 18(1)(a). Par exemple, on parle d’un critère de [TRADUCTION] «l’objet prédominant» (C. F. L. Young, «Case

p. 105), or, more basically, a test which requires simply an income earning purpose: Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, supra, at pp. 365-66; E. C. Harris, *Canadian Income Taxation* (4th ed. 1986), at pp. 191-92.

All of these tests include some reference to the purpose of an expense. In considering the extent to which a purpose test is appropriate, I wish to make note of the decision of Wilson J. in *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175. Therein, Wilson J. considered a taxation provision substantially similar to s. 18(1)(a), she examined jurisprudence on s. 18(1)(a), and she came to the following conclusion (at p. 189):

The only thing that matters is that the expenditures were a legitimate expense made in the ordinary course of business with the intention that the company could generate a taxable income some time in the future.

In making this statement, and in proceeding to discuss an interpretation bulletin reference to the "income-earning process" (at pp. 189-90), Wilson J. was not considering the personal versus business expense dichotomy. Instead, she was rejecting both the need for a causal connection between a particular expenditure and a particular receipt, and the suggestion that a receipt must arise in the same year as an expenditure is incurred. Her reference to the "ordinary course of business" is merely a reflection of these other conclusions. It is not a rejection of the idea that s. 18(1)(a) focuses upon purpose, nor does it signal her acceptance of an "income-earning process" test intended to distinguish analytically between personal and business expenses. Indeed, in this regard, it is instructive to note Wilson J.'s reference to the "intention" of the taxpayer.

The appropriateness of a purpose test must also be measured against other tests which have been proposed in this case. The respondent in this Court, as in the courts below, argued in favour of what can be called an "income-producing circle"

Comment on *Symes v. The Queen*, [1991] *Brit. Tax Rev.* 105, à la p. 105), ou d'un critère qui exige simplement un but de production de revenu: Krishna, *The Fundamentals of Canadian Income Tax*, op. cit., aux pp. 365 et 366; E. C. Harris, *Canadian Income Taxation* (4<sup>e</sup> éd. 1986), aux pp. 191 et 192.

Tous ces critères renvoient dans une certaine mesure à l'objet d'une dépense. Pour déterminer s'il convient d'adopter un critère fondé sur l'objet, je souhaite prendre note de la décision du juge Wilson dans l'arrêt *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175. Dans cette affaire, le juge Wilson a examiné une disposition fiscale assez semblable à l'al. 18(1)a) ainsi que la jurisprudence s'y rapportant et a tiré la conclusion suivante (à la p. 189):

Tout ce qui importe, c'est que les dépenses aient été engagées légitimement dans le cours ordinaire des affaires et dans le but qu'il en découle ultérieurement un revenu imposable pour la compagnie.

En faisant cette déclaration et en procédant ensuite à l'étude du «processus de gain» (aux pp. 189 et 190) mentionné dans un bulletin d'interprétation, le juge Wilson ne visait pas la dichotomie entre les dépenses personnelles et les dépenses d'entreprise. Elle rejetait à la fois l'exigence d'un lien de causalité entre une dépense particulière et un revenu particulier et l'idée que le revenu devait être généré dans l'année où la dépense avait été engagée. La mention qu'elle fait du «cours ordinaire des affaires» ne fait que refléter ces autres conclusions. Elle n'est pas le rejet de l'idée que l'al. 18(1)a) met l'accent sur l'objet ni l'indication qu'elle accepte l'existence d'un critère du «processus de gain» destiné à établir une distinction analytique entre les dépenses personnelles et les dépenses d'entreprise. En fait, à cet égard, il est intéressant de constater que le juge Wilson parle de l'«intention» du contribuable.

Le bien-fondé d'un critère fondé sur l'objet doit également être examiné par rapport à d'autres critères qui ont été proposés en l'espèce. Tant devant notre Cour que devant les instances inférieures, l'intimée a prôné ce qu'on peut appeler le critère

test. According to such a test, a distinction should be made between expenses incurred in order to approach the income-producing circle (such as clothing and commuting expenses, for example), and those which are incurred within the circle itself. Of course, the test would presuppose that only the latter would be deductible as business expenses.

I consider this circle test of limited help as an analytic tool in a case such as the one at hand though it may be of assistance in understanding generally accepted business expenses. By suggesting that there is a line dividing business expenses *per se* and those expenses incurred in order to approach the realm of business, this so-called test does nothing more than restate the business/personal dichotomy already being examined. What is worse, by disguising this restatement as a test, the circle concept can have pernicious effects. The trial judge recognized one of these, namely, that the circle concept seems to suggest that the content of the income-producing circle has been fixed in time. To the extent that the content of the circle has been informed by gendered and irrelevant considerations, the circle concept may be unwilling to respond.

In my view, the test has a second problem: it conjures up an image of an income-producing circle which is entirely separate and apart from a domestic circle. Taking commuting expenses as an example, one tends to imagine a taxpayer leaving the "home circle" and incurring expenses in order to approach the "income-producing circle". This is a simplistic vision of the modern business world. One need only consider the deduction available for the home office (s. 18(12) of the *Act*) to realize that a taxpayer's personal and business activities may be closely related within the taxpayer's home itself. Further, to the extent that this Court is now asked to consider whether the needs of women have been disregarded in the definition of "business expenses", it is misleading to presuppose that activities occurring within the domestic environment are, for that reason alone, more likely to be

du «cercle de la production de revenus». Selon ce critère, il faut faire une distinction entre les dépenses engagées pour approcher du cercle (par exemple, les dépenses d'habillement et de transport), et les dépenses engagées à l'intérieur du cercle même. Ce critère presuppose bien entendu que seulement ces dernières seraient déductibles à titre de dépenses d'entreprise.

À mon avis, ce critère du cercle est de faible secours pour l'analyse d'un cas comme l'espèce, bien qu'il puisse avoir son utilité pour comprendre les dépenses d'entreprises généralement acceptées. En laissant entendre qu'il existe une ligne de démarcation entre les dépenses d'entreprise proprement dites, et les dépenses faites pour approcher le monde des affaires, ce prétendu critère ne fait que reformuler la dichotomie entre les dépenses personnelles et les dépenses d'entreprise qui a déjà été examinée. Pis encore, en faisant de cette reformulation un critère, le concept du cercle peut avoir des effets pernicioeux. Le juge de première instance en a mentionné un, savoir que le concept semble vouloir dire que le contenu du cercle de la production de revenu est figé dans le temps. Dans la mesure où le contenu de ce cercle a été nourri de considérations fondées sur le sexe et non pertinentes, le concept du cercle pourrait être trop rigide.

À mon avis, ce critère présente un deuxième problème: il introduit l'image d'un cercle de la production de revenu qui est entièrement séparé et distinct d'un cercle domestique. Prenons l'exemple des frais de transport; on a tendance à imaginer un contribuable qui quitte le «cercle domestique» et qui fait des dépenses pour approcher du «cercle de la production de revenu». C'est une vision simpliste du monde moderne des affaires. Il suffit de penser à la déduction possible pour le travail au domicile (par. 18(12) de la *Loi*) pour se rendre compte que les activités dites personnelles et d'affaires d'un contribuable peuvent être étroitement liées, à l'intérieur même du foyer du contribuable. Par ailleurs, puisque notre Cour doit maintenant déterminer si les besoins des femmes ont été ignorés dans la définition de «dépenses d'entreprise», il est trompeur de presupposer que les acti-

excluded from the income-producing circle, since the concerns of women have been confined to the domestic environment as an historical matter.

A test not unrelated to this circle test is that which asks whether an expense is an expense “of the trader” or “of the trade”. J. E. Hershfield, *supra*, describes how this language entered Canadian law by way of quotation in *Dominion Natural Gas*, *supra*, at p. 28 (*per* Crocket J.). Hershfield goes on to argue that part of the deductibility test must be “whether the expense was an incident of the trade — part of the business operation itself. That the ‘trader’ incurred the expense to earn income from the business is not enough” (p. 44:9). Viewed one way, this might be seen as little more than a restatement of the circle argument, since it might be difficult to distinguish between an “income-producing circle” and “the business operation itself”. Viewed more charitably, however, to ask whether an expense is of the trader or of the trade may be simply to realize that the deductibility of an expense is “not to be determined by isolating it” (Hershfield, *supra*, at p. 44:8). To the extent that this test simply requires child care expenses to be viewed in the context of the appellant’s business as a lawyer, I agree with it.

Concepts such as the “income-producing circle” or the “trade/trader” distinction suggest that the classification of an expense involves a straightforward question. For example, these concepts ask: Does the expense satisfy a need of the business or a need of the taxpayer? Without meaning to retract the critique of these concepts just offered, I frankly acknowledge that such a question is often sufficient when one classifies expenses. However, I do not regard this question as necessarily sufficient in cases, such as the present case, which involve the allegation that an expense is a “personal expense”. In other words, there are a great many expenses which are never alleged to be “personal expenses”

vités se déroulant au domicile sont, pour ce motif seulement, plus susceptibles d’être exclues du cercle de la production de revenu, alors que, historiquement, les préoccupations des femmes se sont  
<sup>a</sup> rattachées au contexte domestique.

Un critère se rapprochant de celui du cercle consiste à déterminer si une dépense en est une «du commerçant» ou «du commerce». J. E. Hershfield, *loc. cit.*, décrit comment cette terminologie a été introduite dans le droit canadien dans une citation de l’arrêt *Dominion Natural Gas*, précité, à la p. 28 (le juge Crocket). Hershfield soutient qu’une partie de ce critère de déductibilité vise à [TRADUCTION] «déterminer si la dépense était accessoire au commerce — un élément de l’entreprise elle-même. Le fait que le «commerçant» a fait la dépense pour tirer un revenu de l’entreprise n’est pas suffisant» (p. 44:9). Vu sous un angle, cet argument serait à peine plus qu’une reformulation de l’argument du cercle puisqu’il pourrait bien être difficile de faire une distinction entre un «cercle de la production de revenu» et «l’entreprise elle-même». Vu sous un autre angle moins critique, toutefois, demander si une dépense a été faite par le commerçant ou est liée au commerce revient peut-être simplement à se rendre compte que la déductibilité d’une dépense [TRADUCTION] «ne doit pas être déterminée en l’isolant» (Hershfield, *loc. cit.*, à la p. 44:8). Dans la mesure où ce critère exige simplement que les frais de garde d’enfants soient examinés dans le contexte de l’entreprise de l’appelante en tant qu’avocate, je l’accepte.

Des notions comme le «cercle de production de revenu» ou comme la distinction «commerçant/commerce» indiquent que la qualification d’une dépense implique une question incontournable. Par exemple, ces notions exigent qu’on se demande si la dépense répond à un besoin de l’entreprise ou à un besoin du contribuable. Sans vouloir retirer les critiques que je viens de faire de ces notions, je reconnais franchement que cette question est souvent suffisante pour qualifier la dépense. Cependant, je ne pense pas que cette question soit nécessairement suffisante dans des cas, comme l’espèce, où il est allégué qu’une dépense constitue des «frais personnels». Autre-

at all. With respect to these, the approach is ordinarily much more objective, and the analysis is generally confined to s. 9 of the *Act*. It is only when an expense is alleged to be a “personal expense” that one must go further and ask what is meant by the concept of “business need”.

Upon reflection, therefore, no test has been proposed which improves upon or which substantially modifies a test derived directly from the language of s. 18(1)(a). The analytical trail leads back to its source, and I simply ask the following: did the appellant incur child care expenses for the purpose of gaining or producing income from a business?

As in other areas of law where purpose or intention behind actions is to be ascertained, it must not be supposed that in responding to this question, courts will be guided only by a taxpayer’s statements, *ex post facto* or otherwise, as to the subjective purpose of a particular expenditure. Courts will, instead, look for objective manifestations of purpose, and purpose is ultimately a question of fact to be decided with due regard for all of the circumstances. For these reasons, it is not possible to set forth a fixed list of circumstances which will tend to prove objectively an income gaining or producing purpose. Professor Brooks has, however, in summarizing some re-occurring factual patterns, elucidated factors to be considered, and I find his discussion generally helpful: *supra*, at pp. 256-59. In the following paragraphs, I will make reference to some of these factors.

It may be relevant in a particular case to consider whether a deduction is ordinarily allowed as a business expense by accountants. This is not to revert to the notion that accountancy will govern under s. 9(1) of the *Act*, since accountants “have no special expertise in making” the business versus personal expense judgment (Brooks, *supra*, at p. 256). Instead, such evidence may simply indi-

ment dit, il y a un grand nombre de dépenses qu’on n’allègue jamais être des «frais personnels». Pour ce qui les concerne, la méthode est normalement beaucoup plus objective et l’analyse se limite généralement à l’art. 9 de la *Loi*. Ce n’est que lorsqu’on allègue qu’une dépense constitue des «frais personnels» qu’il faut aller plus loin et se demander ce que signifie la notion de «besoin d’entreprise».

En conséquence, à la réflexion, on n’a proposé aucun critère qui améliorerait ou modifierait sensiblement un critère reposant directement sur le libellé de l’al. 18(1)a). L’analyse nous ramène à la source, et je peux simplement me poser la question suivante: l’appelante a-t-elle engagé des frais de garde d’enfants en vue de tirer un revenu de l’entreprise ou de faire produire un revenu à l’entreprise?

Comme dans d’autres domaines du droit, lorsqu’il faut établir l’objet ou l’intention des actes, on ne doit pas supposer que les tribunaux se fonderont seulement, en répondant à cette question, sur les déclarations du contribuable, *ex post facto* ou autrement, quant à l’objet subjectif d’une dépense donnée. Ils examineront plutôt comment l’objet se manifeste objectivement, et l’objet est en définitive une question de fait à trancher en tenant compte de toutes les circonstances. C’est pourquoi il n’est pas possible de formuler une liste fixe de circonstances qui permettront de prouver d’une façon objective que le contribuable visait à tirer un revenu ou à faire produire un revenu. En résumant certains faits fréquemment observés, le professeur Brooks a cependant dégagé certains facteurs à examiner et j’estime que son analyse est généralement utile: *loc. cit.*, aux pp. 256 à 259. Dans les paragraphes qui suivent, je mentionnerai certains de ces facteurs.

Dans un cas particulier, il pourrait être pertinent d’examiner si la déduction est ordinairement acceptée à titre de dépense d’entreprise par les comptables. Il ne s’agit pas de revenir à l’idée que la comptabilité régit l’application du par. 9(1) de la *Loi*, puisque les comptables [TRADUCTION] «ne possèdent pas d’expertise spéciale lorsqu’ils doivent décider» s’il s’agit d’une dépense personnelle

cate that a particular kind of expenditure is widely accepted as a business expense. Similarly, it may be relevant to consider whether the expense is one normally incurred by others involved in the taxpayer's business. If it is, there may be an increased likelihood that the expense is a business expense.

It may also be relevant to consider whether a particular expense would have been incurred if the taxpayer was not engaged in the pursuit of business income. Professor Brooks comments upon this consideration in the following terms (at p. 258):

If a person would have incurred a particular expense even if he or she had not been working, there is a strong inference that the expense has a personal purpose. For example, it is necessary in order to earn income from a business that a business person be fed, clothed and sheltered. However, since these are expenses that a person would incur even if not working, it can be assumed they are incurred for a personal purpose — to stay alive, covered, and out of the rain. These expenses do not increase significantly when one undertakes to earn income.

I recognize that in discussing food, clothing and shelter, I am adverting to a “but for” test opposite to the one discussed earlier. Here, the test suggests that “but for the gaining or producing of income, these expenses would still need to be incurred”. I must acknowledge that because it is a “but for” test, it can be manipulated. One can argue, for example, that “but for work, the taxpayer would not still require expensive dress clothes”. However, in most cases, the manipulation can be easily rejected. Continuing with the same example, one can conclude that the expense of clothing does “not increase significantly” (Brooks, *supra*, at p. 258) in tax terms when one upgrades a wardrobe. Alternatively, one can focus upon the change in clothing as a personal choice. Or, finally, considering that all psychic satisfactions represent a form of consumption within the ideal of a comprehensive tax base, one can focus upon

ou d'entreprise (Brooks, *loc. cit.*, à la p. 256). Une telle preuve pourrait tout simplement indiquer qu'un type particulier de dépense est généralement reconnu comme dépense d'entreprise. De même, il pourrait être pertinent d'examiner si la dépense en cause est habituellement engagée par d'autres dans une entreprise de même nature que celle du contribuable. Dans l'affirmative, il peut être plus probable que la dépense constitue une dépense d'entreprise.

Il pourrait également être pertinent d'examiner si une dépense donnée aurait été engagée si le contribuable ne visait pas la production d'un revenu d'entreprise. Voici les commentaires du professeur Brooks sur ce point (à la p. 258):

[TRADUCTION] Lorsqu'une personne aurait engagé une dépense particulière même si elle ne travaillait pas, il y a de bonnes raisons de penser que cette dépense sert une fin personnelle. Par exemple, pour obtenir un revenu d'une entreprise une personne en affaires doit être nourrie, vêtue et logée. Toutefois, puisque ce sont des dépenses qu'une personne ferait même si elle ne travaillait pas, on peut supposer qu'elles servent un objet personnel — demeurer en vie, être vêtu et se protéger de la pluie. Ces dépenses n'augmentent pas sensiblement lorsqu'une personne entreprend de gagner un revenu.

En disant qu'une personne doit se nourrir, se vêtir et s'héberger, je reconnais que je me trouve à revenir à un critère du «à défaut de» qui est l'inverse de celui que j'ai déjà examiné. Ici, le critère serait le suivant: «à défaut de gain ou de production de revenu, les dépenses en question auraient de toute façon été faites». Je dois reconnaître que ce genre de critère peut être manipulé. Par exemple, on peut soutenir que «à défaut de travail, le contribuable n'aurait plus besoin de vêtements coûteux.» Toutefois, dans la plupart des cas, ce type de manipulation pourra être facilement rejetée. Toujours avec le même exemple, on peut conclure que les dépenses d'habillement «n'augmentent pas sensiblement» (Brooks, *loc. cit.*, à la p. 258) du point de vue fiscal lorsqu'une personne améliore sa garde-robe. Subsidièrement, on peut dire que le changement de garde-robe constitue un choix personnel. Enfin, puisque toutes les satisfac-

the increased personal satisfaction associated with possessing a fine wardrobe.

Taking up this last point, I note that in a tax system which is at least partly geared toward the preservation of vertical and horizontal equities (“[h]orizontal equity merely requires that ‘equals’ be treated equally, with the term ‘equals’ referring to equality of ability to pay” and “vertical equity merely requires that the incidence of the tax burden should be more heavily borne by the rich than the poor”: V. Krishna, “Perspectives on Tax Policy” in *Essays on Canadian Taxation, supra*, at pp. 5 and 6-7), one seeks to prevent deductions which represent personal consumption. To the extent that a taxpayer can make a lifestyle choice while maintaining the same capacity to gain or produce income, such choices tend to be seen as personal consumption decisions, and the resultant expenses as personal expenses. Professor Brooks gives the example of commuting expenses, which necessarily vary according to where one chooses to live (assuming, of course, that the taxpayer has some choice in this regard). In some cases, it may be helpful to analyze expenses in these terms.

Since I have commented upon the underlying concept of the “business need” above, it may also be helpful to discuss the factors relevant to expense classification in need-based terms. In particular, it may be helpful to resort to a “but for” test applied not to the expense but to the need which the expense meets. Would the need exist apart from the business? If a need exists even in the absence of business activity, and irrespective of whether the need was or might have been satisfied by an expenditure to a third party or by the opportunity cost of personal labour, then an expense to meet the need would traditionally be viewed as a personal expense. Expenses which can be identified in this way are expenses which are incurred by

tions psychiques représentent une forme de consommation à l’intérieur de l’assiette fiscale exhaustive idéale, on peut mettre l’accent sur la satisfaction personnelle accrue liée à la possession d’une belle garde-robe.

Sur ce dernier point, je tiens à faire remarquer qu’à l’intérieur d’un régime fiscal orienté, au moins en partie, vers le maintien d’une équité verticale et horizontale (l’équité horizontale exige simplement que les «égaux» soient traités également; le terme «égaux» étant l’égalité quant à la capacité de payer» et [TRADUCTION] «l’équité verticale exige simplement que l’incidence du fardeau fiscal repose davantage sur les riches que sur les pauvres»: V. Krishna, «Perspectives on Tax Policy» dans *Essays on Canadian Taxation, op. cit.*, aux pp. 5, 6 et 7), on cherche à empêcher les déductions correspondant à des dépenses de consommation personnelle. Dans la mesure où un contribuable peut exercer un choix quant à son style de vie et conserver la même capacité de tirer un revenu ou de faire produire un revenu, on a tendance à considérer ces choix comme des décisions de consommation personnelle, et les dépenses qui en résultent, comme des dépenses personnelles. Le professeur Brooks donne l’exemple des frais de déplacement qui varient nécessairement selon l’endroit où une personne choisit de vivre (en supposant bien sûr que le contribuable a un choix à cet égard). Dans certains cas, il peut être utile d’analyser les dépenses en ces termes.

Puisque j’ai fait quelques commentaires sur la notion sous-jacente de «besoins de l’entreprise», il peut être utile aussi de parler des facteurs qui entrent en jeu dans la classification des dépenses en fonction des besoins. Plus précisément, il peut être utile de recourir au critère du «à défaut de» pour l’appliquer non pas à la dépense mais aux besoins que la dépense satisfait. Indépendamment de l’entreprise, le besoin existerait-il? Si un besoin existe même en l’absence de l’activité d’entreprise, et indépendamment de ce que le besoin a été ou aurait été satisfait par des sommes versées à un tiers ou par le coût d’option du labour personnel, la dépense faite pour répondre au besoin est considérée traditionnellement comme une dépense person-



a taxpayer in order to relieve the taxpayer from personal duties and to make the taxpayer available to the business. Traditionally, expenses that simply make the taxpayer available to the business are not considered business expenses since the taxpayer is expected to be available to the business as a *quid pro quo* for business income received. This translates into the fundamental distinction often drawn between the earning or source of income on the one hand, and the receipt or use of income on the other hand.

It remains to consider the appellant's child care expenses in light of this discussion. First, it is clear on the facts that the appellant would not have incurred child care expenses except for her business. It is relevant to note in this regard that her choice of child care was tailored to her business needs. As a lawyer, she could not personally care for her children during the day since to do so would interfere with client meetings and court appearances, nor could she make use of institutionalized daycare, in light of her working hours. These are points which were recognized by the trial judge.

Second, however, it is equally clear that the need which is met by child care expenses on the facts of this case, namely, the care of the appellant's children, exists regardless of the appellant's business activity. The expenses were incurred to make her available to practise her profession rather than for any other purpose associated with the business itself.

Third, I note that there is no evidence to suggest that child care expenses are considered business expenses by accountants. There is, however, considerable reason to believe that many parents, and particularly many women, confront child care expenses in order to work. There is, first of all, the evidence of the expert witness, already discussed above. In addition, the record before this Court includes a report by Status of Women Canada,

nelle. Des dépenses qui peuvent être identifiées ainsi sont des dépenses engagées par le contribuable pour se dégager d'obligations personnelles et être disponible pour des activités d'entreprise. Traditionnellement, des dépenses permettant simplement au contribuable de se libérer pour affaires ne sont pas considérées comme des dépenses d'entreprise parce qu'on attend du contribuable qu'il soit disponible pour exercer des activités d'affaires en contrepartie du revenu reçu. Cela se traduit dans la distinction fondamentale souvent mentionnée entre la production ou la source du revenu, d'une part, et la réception ou l'utilisation du revenu d'autre part.

Il reste maintenant à examiner les frais de garde d'enfants de l'appelante par rapport à cette analyse. Premièrement, d'après les faits en l'espèce, il est clair que l'appelante n'aurait pas engagé les frais en question si elle n'avait pas eu son entreprise. Il est pertinent de signaler que son choix de service de garde d'enfants était adapté aux besoins de son entreprise. En tant qu'avocate, elle ne pouvait s'occuper de ses enfants personnellement pendant la journée puisqu'il lui aurait été impossible de rencontrer ses clients et de comparaître en cour; elle ne pouvait non plus avoir recours aux services de garde en établissement en raison de son horaire de travail. Ces points ont été reconnus par le juge de première instance.

Deuxièmement, il est tout aussi évident cependant que le besoin auquel répondent les frais de garde d'enfants selon les faits de l'espèce, c'est-à-dire la garde des enfants de l'appelante, existe indépendamment de l'activité d'entreprise poursuivie par l'appelante. Elle a engagé ces dépenses pour être disponible pour l'exercice de sa profession plutôt que pour une autre fin associée à l'entreprise elle-même.

Troisièmement, je constate qu'il n'existe aucune preuve que les comptables considèrent les frais de garde d'enfants comme des dépenses d'entreprise. Il y a cependant bien des raisons de croire que de nombreux parents, plus particulièrement un grand nombre de femmes, doivent faire face à des frais de garde pour travailler. Il y a d'abord la preuve du témoin expert mentionnée précédemment. En outre, on a déposé devant notre Cour un rapport de

entitled the *Report of the Task Force on Child Care* (1986), which demonstrates that a very large number of working parents require non-parental care for their children (see, e.g., Table 4.2). As well, the intervenor the Canadian Bar Association presented this Court with survey information which specifically addresses the experience of lawyers in Ontario. That information suggests that for lawyers with children, a significant proportion of child care responsibility is borne by paid child care workers, and the mean proportion is over 250 percent greater for women (25.56 hours per week) than for men (9.53 hours per week): Law Society of Upper Canada, *Transitions in the Ontario Legal Profession* (1991). This demographic picture may increase the likelihood that child care expenses are a form of business expense.

Finally, as a fourth point of analysis, I am uncomfortable with the suggestion that the appellant's decision to have children should be viewed solely as a consumption choice. I frankly admit that there is an element of public policy which feeds my discomfort. In *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, Dickson C.J. stated (at p. 1243):

That those who bear children and benefit society as a whole thereby should not be economically or socially disadvantaged seems to bespeak the obvious. It is only women who bear children; no man can become pregnant . . . it is unfair to impose all of the costs of pregnancy upon one half of the population.

The appellant and her husband freely chose to have children, and they further determined that the costs of child care would be paid by the appellant. However, it would be wrong to be misled by this factual pattern. Pregnancy and childbirth decisions are associated with a host of competing ethical, legal, religious, and socioeconomic influences, and to conclude that the decision to have children should — in tax terms — be characterized as an

Condition féminine Canada, intitulé *Rapport du Groupe d'étude sur la garde des enfants* (1986) qui démontre qu'un très grand nombre de parents sur le marché du travail ont besoin de services de garde non parentale pour leurs enfants (voir, par exemple, le tableau 4.2). De plus, l'intervenante, l'Association du Barreau canadien, a présenté à notre Cour des résultats de sondages qui portent spécifiquement sur la situation des avocats en Ontario. Ces sondages indiquent que, pour les avocats qui ont des enfants, une partie importante de la responsabilité de la garde des enfants est confiée à des gardiens rémunérés, la proportion moyenne étant de 250 pour 100 plus élevée chez les femmes (25,56 heures par semaine) que chez les hommes (9,53 heures par semaine): Barreau du Haut-Canada, *Transitions in the Ontario Legal Profession* (1991). Ce tableau démographique pourrait bien accroître la probabilité que les frais de garde d'enfants constituent une forme de dépense d'entreprise.

Enfin, et c'est le quatrième point de mon analyse, j'ai de la difficulté à accepter l'idée que la décision de l'appelante d'avoir des enfants devrait être considérée seulement comme un choix de consommation. J'admets franchement que ma difficulté se rattache à un certain élément d'ordre public. Dans l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, le juge en chef Dickson affirme (à la p. 1243):

Il semble aller de soi que celles qui donnent naissance à des enfants et favorisent ainsi l'ensemble de la société ne devraient pas en subir un désavantage économique ou social. Seules les femmes portent des enfants; aucun homme n'en a la possibilité. [ . . . ] il est injuste d'imposer tous les coûts de la grossesse à une seule moitié de la population.

C'est en toute liberté que l'appelante et son mari ont choisi d'avoir des enfants, et ils ont décidé que c'est l'appelante qui allait assumer les coûts des frais de garde. Toutefois, il faut veiller à ne pas se laisser induire en erreur par les faits. Les décisions en matière de grossesse et de naissance se rattachent à toute une série d'influences opposées sur les plans éthique, juridique, religieux et socio-économique, et c'est ignorer toutes ces influences

entirely personal choice, is to ignore these influences altogether. While it might be factually correct to regard this particular appellant's decision to have children as a personal choice, I suggest it is more appropriate to disregard any element of personal consumption which might be associated with it.

What is more, I note that it is not a necessary part of this conclusion that the appellant bears a legal obligation to care for her children, as might be suggested by the following oft-quoted analogy originating from the United States (M. J. McIntyre, "Evaluating the New Tax Credit for Child Care and Maid Service" (1977), 5 *Tax Notes* 7, at p. 8):

The child care deduction was somewhat different because of the legal obligation to care for children. No one would suggest that the costs of caring for a pet elephant are deductible, simply because it is impossible to go to work and leave the elephant alone. What made child care different was that a parent, after making the quintessential personal choice to have a child, could not undo that decision by giving the child to the local zoo. This difference, however, is not sufficient to convert child care into a business expense. . . .

The appellant's legal obligation to care for her children is a relevant consideration in this case: see, e.g., *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 215. However, it is fallacious to suppose that one's decision to have a pet and one's decision to have a child can be distinguished solely on this basis. As indicated immediately above, these decisions can also be distinguished if one chooses to ignore any element of personal consumption associated with having children, or to borrow a phrase, if one rejects that a child is always "the quintessential personal choice" of the parent.

The factors so far analyzed suggest that, considering only ss. 9, 18(1)(a) and 18(1)(h), arguments can be made for and against the classification of the appellant's child care expenses as business expenses. In another case, the arguments might be

que de conclure que la décision d'avoir des enfants devrait, du point de vue fiscal, être qualifiée de décision entièrement personnelle. Bien qu'il puisse être correct de considérer, dans les faits, cette décision de l'appelante comme un choix personnel, je suis d'avis qu'il est plus approprié de n'associer cette décision à aucun élément de consommation personnelle.

Par ailleurs, je constate que cette conclusion n'englobe pas nécessairement le fait que l'appelante a l'obligation légale de s'occuper de ses enfants, comme le sous-entend ce passage souvent cité d'un auteur américain (M. J. McIntyre, «Evaluating the New Tax Credit for Child Care and Maid Service» (1977), 5 *Tax Notes* 7, à la p. 8):

[TRADUCTION] La déduction des frais de garde d'enfants est quelque peu différente compte tenu de l'obligation légale de prendre soin des enfants. Personne n'irait jusqu'à dire que les coûts des soins d'un éléphant apprivoisé sont déductibles, simplement parce qu'il est impossible pour une personne d'aller travailler et de laisser l'éléphant seul. La garde des enfants est différente puisque, après avoir fait le choix fondamentalement personnel d'avoir un enfant, le parent ne peut revenir sur sa décision en donnant l'enfant au zoo local. Toutefois, cette différence ne suffit pas pour faire des frais de garde une dépense d'entreprise. . . .

L'obligation légale qu'a l'appelante de prendre soin de ses enfants est pertinente en l'espèce: voir par exemple, *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 215. Toutefois, il est faux de supposer que la décision d'avoir un animal familier et celle d'avoir un enfant se distinguent à ce point de vue seulement. Comme je viens de l'indiquer, ces décisions se différencient également si l'on choisit d'écarter tout élément de consommation personnelle lié à la décision d'avoir des enfants, ou, pour reprendre l'expression, si l'on rejette qu'un enfant est toujours un «choix fondamentalement personnel» du parent.

D'après les facteurs analysés jusqu'à maintenant, si l'on se fonde seulement sur l'art. 9 et les al. 18(1)a) et 18(1)h), on peut avancer des arguments qui appuient ou contestent la classification des frais de garde d'enfants parmi les dépenses

differently balanced, since the existence of a business purpose within the meaning of s. 18(1)(a) is a question of fact, and that the relative weight to be given to the factors analyzed will vary from case to case. However, in general terms, I am of the view that child care expenses are unique: expenditures for child care can represent a significant percentage of taxpayer income, such expenditures are generally linked to the taxpayer's ability to gain or produce income, yet such expenditures are also made in order to make a taxpayer available to the business, and the expenditures are incurred as part of the development of another human life. It can be difficult to weigh the personal and business elements at play.

In this respect, Professor Arnold analyzed the nature of child care expenses soon after s. 63 was introduced into the *Act*. After addressing the extent to which Canadian courts have rationalized the personal versus business expense distinction generally, he makes the following statement (*supra*, at p. 39):

This analysis leads one to the conclusion that the distinction between personal and business expenses does not provide a satisfactory rationale for the treatment of child care expenses. Child care expenses are characterized by personal elements but they also have significant business elements which distinguish them from the "purely" personal expenses.

I agree with this statement, in so far as it recognizes that when one considers deductibility solely with reference to ss. 9, 18(1)(a) and 18(1)(h), child care expenses may remain difficult to classify.

I am aware that if I were compelled to reach a conclusion with respect to the proper classification of child care expenses with reference to only ss. 9, 18(1)(a) and 18(1)(h) of the *Act*, such a conclusion would involve competing policy considerations. On the one hand, there is value in the traditional tax law test which seeks to identify those expenses

d'entreprise. Dans un autre cas, on pourrait pondérer ces arguments de façon différente puisque l'existence d'un objet lié à l'entreprise au sens de l'al. 18(1)a) est une question de fait, et que l'importance relative des facteurs analysés variera d'un cas à l'autre. Toutefois, d'une manière générale, je suis d'avis que les frais de garde d'enfants sont foncièrement différents des autres: les frais de garde d'enfants peuvent représenter un pourcentage important du revenu du contribuable et ces dépenses sont généralement liées à la capacité du contribuable de tirer ou de faire produire un revenu, et pourtant ces dépenses sont engagées pour que le contribuable soit disponible pour l'entreprise et sont engagées aussi en partie dans le cadre du développement d'un autre être humain. Il peut être difficile de déterminer quels éléments personnels et quels éléments liés à l'entreprise entrent en jeu.

À cet égard, le professeur Arnold a analysé la nature des frais de garde d'enfants peu après l'insertion de l'art. 63 dans la *Loi*. Après avoir examiné dans quelle mesure les tribunaux canadiens ont généralement rationalisé la distinction entre les dépenses personnelles et les dépenses d'entreprise, le professeur Arnold dit ceci (*loc. cit.*, à la p. 39):

[TRADUCTION] Cette analyse nous amène à conclure que la distinction entre les dépenses personnelles et les dépenses d'entreprise n'offre pas de justification satisfaisante quant au traitement à accorder aux frais de garde d'enfants. Ces frais comportent des éléments personnels, mais ils renferment également d'importants éléments d'entreprise qui les distinguent des dépenses «purement» personnelles.

Je suis d'accord avec cette déclaration dans la mesure où elle reconnaît que les frais de garde d'enfants peuvent demeurer difficiles à qualifier lorsque l'on examine leur déductibilité en fonction seulement de l'art. 9 et des al. 18(1)a) et 18(1)h).

Je suis conscient du fait que si j'étais obligé de décider de la classification appropriée des frais de garde d'enfants en me fondant uniquement sur l'art. 9 et les al. 18(1)a) et 18(1)h) de la *Loi*, ma conclusion devrait tenir compte de considérations de principe. D'un côté, il y a du bon dans le critère traditionnel en droit fiscal qui cherche à identifier

which simply make a taxpayer available to the business, and which proceeds to classify such expenses as “personal” for the reason that a “personal need” is being fulfilled. On the other hand, however, it is inappropriate to disregard lightly the policy considerations which suggest that choice and consumption have no role to play in the classification of child care expenses.

In the Federal Court of Appeal, a needs-based analysis carried the day. The court concluded that “the concept of a business expense has been developed exclusively in relation to the commercial needs of the business, without any regard to the particular needs of those in charge” (p. 523). If other policy considerations are disregarded, an availability analysis virtually compels this conclusion. In this regard, however, I find interesting the comments of Professor Macklin which relate to the conclusion of the Federal Court of Appeal just quoted (A. Macklin, “*Symes v. M.N.R.: Where Sex Meets Class*” (1992), 5 *C.J.W.L.* 498, at pp. 507-8):

This assertion failed to acknowledge that as long as business has been the exclusive domain of men, the commercial needs of business have been dictated by what men (think they) need to expend in order to produce income. The fact that these expenditures also have a “personal” element was never treated as a complete bar. . . . It seems closer to the truth to suggest that these practices inhere in the way men, or some men, engage in business. Of course, since men have (until very recently) been the only people engaging in business, it is easy enough to conflate the needs of businessmen with the needs of business. Women’s needs in doing business will necessarily be different, and one might reasonably demand a reconceptualization of “business expenses” that reflects the changing composition of the business class.

Although I wish to make no comment about expenses which have a “personal” element but which are nonetheless currently treated as business expenses, and although Professor Macklin fails to note the role of taxpayer availability in her discussion of “needs”, it is difficult to argue that history has not conflated the “needs of businessmen with

les frais qui permettent seulement au contribuable de se rendre disponible pour l’entreprise et qui les qualifient alors de frais «personnels» pour la raison qu’un besoin personnel est satisfait. De l’autre côté, par contre, il est malvenu d’écarter à la légère les considérations de principe qui indiquent que le choix et la consommation n’ont aucun rôle à jouer dans la classification des frais de garde d’enfants.

En Cour d’appel fédérale c’est l’analyse fondée sur les besoins qui a prévalu. La cour a conclu que «le concept de dépense d’entreprise a été développé exclusivement en fonction des besoins d’affaires de l’entreprise, en faisant abstraction des besoins particuliers des personnes qui dirigent» (p. 523). Si d’autres considérations de principe sont écartées, une analyse fondée sur la disponibilité commande virtuellement cette conclusion. À ce sujet, toutefois, je trouve intéressants les commentaires du professeur Macklin sur l’extrait précité de la conclusion de la Cour d’appel (A. Macklin, «*Symes v. M.N.R.: Where Sex Meets Class*» (1992), 5 *R.F.D.* 498, aux pp. 507 et 508):

[TRADUCTION] Cette affirmation ne tient pas compte du fait suivant: aussi longtemps que les affaires sont demeurées l’apanage des hommes, les besoins commerciaux en affaires étaient déterminés par ce dont les hommes avaient (croyaient avoir) besoin de dépenser pour produire un revenu. Le fait que ces dépenses comportent aussi un élément «personnel» n’a jamais été traité comme une interdiction complète. [. . .] On se rapproche davantage de la vérité en affirmant que ces pratiques sont propres aux hommes ou à certains hommes qui sont en affaires. Certes, puisque les hommes (jusqu’à tout récemment) étaient les seuls à œuvrer en affaires, il est assez facile de confondre les besoins des hommes d’affaires et les besoins des affaires. Les besoins des femmes en affaires différeront nécessairement, et on pourrait raisonnablement s’attendre à l’établissement d’un nouveau concept de «dépenses d’entreprise» adapté à l’évolution du monde des affaires.

Bien que je préfère m’abstenir de tout commentaire sur certaines dépenses qui comportent un élément «personnel» mais qui sont pourtant traitées comme des dépenses d’entreprise et bien que le professeur Macklin ait omis le rôle que joue l’aspect «disponibilité» de la contribuable dans sa discussion des besoins, il est difficile de contester que

the needs of business” as Professor Macklin suggests. Therefore, to the extent that traditional income tax law would classify child care expenses as “personal” simply because such expenses are incurred in order to make the taxpayer “available” to the business — and in the absence of s. 63 — it might be correct to assert that the changing composition of the business class and changing social structure demand a reconceptualization.

However, I find it unnecessary to determine whether reconceptualization is appropriate having regard to the presence of s. 63 in the *Act*. Section 63 cannot be lightly disregarded (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 87):

... 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.

In fact, as I will now attempt to demonstrate, I do not believe that ss. 9, 18(1)(a) and 18(1)(h) can be interpreted to account for a child care business expense deduction, in light of the language used in s. 63.

(iv) *The Effect of s. 63*

The appellant argues that the presence of s. 63 in the *Act* should not affect the deductibility of child care costs as business expenses. She suggests that the language of that provision does not operate to confine taxpayers in making deductions for child care expenses. Additionally, she relies upon the decision in *Olympia Floor & Wall Tile (Quebec) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1970] Ex. C.R. 274, to suggest that when a taxpayer has expenses which exceed an amount made deductible by a specific provision of the *Act*, the taxpayer can have recourse to a more general provision in order to deduct the full amount. In my opinion, her arguments must fail.

l’Histoire a confondu les «besoins des hommes d’affaires et les besoins des affaires», comme le suggère le professeur Macklin. Par conséquent, dans la mesure où le droit fiscal traditionnel placerait les frais de garde d’enfants dans les frais «personnels» pour la simple raison que ces dépenses sont faites pour que le contribuable soit «disponible» pour travailler — et en l’absence de l’art. 63 — on pourrait affirmer à bon droit que l’évolution de la composition de la classe des affaires et de la structure sociale exige une nouvelle approche conceptuelle.

Toutefois, j’estime inutile de décider si une nouvelle approche conceptuelle s’impose, en raison de l’art. 63 de la *Loi*, dont on ne peut ignorer l’existence à la légère (E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), à la p. 87):

[TRADUCTION] ... les mots d’une loi doivent être interprétés dans le contexte global, selon leur acception logique courante en conformité avec l’esprit et l’objet de la loi et l’intention du législateur.

En fait, comme je tenterai maintenant de le démontrer, compte tenu du libellé de l’art. 63, je ne crois pas que l’art. 9 et les al. 18(1)(a) et (h) puissent être interprétés de façon à justifier une déduction des frais de garde d’enfants à titre de dépense d’entreprise.

(iv) *L’incidence de l’art. 63*

L’appelante soutient que l’existence de l’art. 63 de la *Loi* ne devrait pas influencer sur la déductibilité des frais de garde d’enfants à titre de dépense d’entreprise. Elle dit que le libellé de cette disposition n’a pas pour effet de limiter les déductions demandées par les contribuables pour les frais de garde d’enfants. En outre, elle se fonde sur l’arrêt *Olympia Floor & Wall Tile (Quebec) Ltd. c. Ministre du Revenu National*, [1970] R.C. de l’É. 274, pour soutenir que, si un contribuable a des dépenses qui excèdent le montant de la déduction prévue dans une disposition spécifique de la *Loi*, il peut recourir à une disposition plus générale pour déduire le plein montant. À mon avis, ses arguments doivent échouer.

Considering first the language of s. 63, it is readily apparent that the *Act's* definition of "child care expenses" specifically comprehends the purpose for which the appellant incurred her nanny expenses. According to part of that definition, a child care expense is one incurred in order to provide child care services "to enable the taxpayer . . . to carry on a business either alone or as a partner": s. 63(3)(a)(i)(B). Furthermore, s. 63(1)(e) operates to cap the deduction with reference to "earned income", which is defined in s. 63(3)(b)(iii) to include "incomes from all businesses carried on either alone or as a partner actively engaged in the business".

The fact that this language accurately describes the situation at hand — i.e., a law partner paying child care in order to work — is itself persuasive reason to suppose that ss. 9, 18(1)(a) and 18(1)(h) cannot be interpreted to permit a child care business expense deduction. Décary J.A., in the Federal Court of Appeal below, considered this language to be "clear and not open to question", and suggested that s. 63 is "really a code in itself, complete and independent" (p. 525). In addition to the plain language of the quoted provisions, however, there are other reasons to believe that this is the correct interpretation.

One such reason is the structure of s. 63 itself. Section 63 places a number of limitations upon the child care deduction. It varies the deduction according to the taxpayer's earned income, or according to the product obtained when a fixed sum is multiplied by the number of children requiring care, subject to an annual ceiling. In addition, when two or more taxpayers have contributed during a year to the support of a child, the scheme established by s. 63 ordinarily limits the deduction in a further way: it makes the deduction available only to the lower earning supporter — see s. 63(2).

Examinons tout d'abord le libellé de l'art. 63: il est évident que la définition de «frais de garde d'enfants» dans la *Loi* mentionne spécifiquement l'objet pour lequel l'appelante a engagé des dépenses de garde d'enfants. Selon une partie de cette définition, les frais de garde d'enfants sont engagés dans le but de faire assurer la garde d'un enfant par des services de garde «pour permettre au contribuable [...] d'exploiter une entreprise, soit seul, soit comme associé»: div. 63(3)(a)(i)(B). Par ailleurs, l'al. 63(1)(e) a pour effet de limiter la déduction en fonction du «revenu gagné» incluant, selon le sous-al. 63(3)(b)(iii), «des revenus qu'il tire de toutes les entreprises qu'il exploite soit seul, soit comme associé participant activement à l'exploitation de l'entreprise».

Le fait que ces dispositions décrivent exactement la situation en l'espèce — une associée dans un cabinet d'avocats qui paie des frais de garde afin de pouvoir travailler — est en soi un motif convaincant de supposer que l'art. 9 et les al. 18(1)(a) et 18(1)(h) ne peuvent être interprétés de façon à autoriser une déduction des frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise. Le juge Décary de la Cour d'appel fédérale a dit, en l'espèce, que l'art. 63 «de par ses termes mêmes, clairs, indiscutables» est «un véritable code en soi, complet, autonome» (p. 525). Toutefois, outre les termes clairs des dispositions mentionnées, il existe d'autres motifs de croire que c'est l'interprétation correcte.

Un de ces motifs est l'économie même de l'art. 63. L'article 63 prévoit un certain nombre de restrictions quant aux déductions pour frais de garde d'enfants. Le montant de la déduction varie en fonction du revenu gagné, ou du produit obtenu par la multiplication d'une somme fixe par le nombre d'enfants ayant besoin de soins de garde, sous réserve d'une limite annuelle. En outre, si plus d'un contribuable a participé aux frais d'entretien d'un enfant, le régime établi par l'art. 63 limite habituellement les déductions d'une autre façon: seule la personne qui a le revenu le moins élevé peut se prévaloir des déductions — voir le par. 63(2).

To the extent that s. 63 intends to limit child care expense deductions to lower earning supporters, the appellant's position could substantially undermine that intent. In this case, the appellant and her husband admittedly made a "family decision" to the effect that the appellant alone bears the financial burden of child care: see Federal Court of Appeal judgment, at p. 513. By proffering evidence on this point, the appellant would seek to avoid the definition of "supporting person" in s. 63(3)(d) of the *Act*, which would statutorily define her husband as such a person, notwithstanding the "family decision". In the result, she would take a complete deduction of the child care expenses, free from the consideration of whether or not she is the lower earning supporter.

The appellant's approach is unworkable. For example, consider the case of two spouses living with an eligible child, one of whom is an employee earning a low income, and the other of whom is a businessperson earning a higher income. The approach of the appellant clearly invites this couple to make a "family decision" in order to establish that the cost of child care is the sole responsibility of the taxpayer with business income. Without casting aspersions upon the appellant, I fear that in many cases there would be more bookkeeping than reality about such a decision. The courts being poorly suited to assess the validity of "family decisions" of this sort, I am inclined to believe that the intent of s. 63 is to prevent the need for such assessments. Further, by statutorily defining both parents to be responsible for child care expenses for tax purposes, s. 63(3)(d) is entirely congruent with a contemporary understanding of parental obligations in that regard.

Additionally, it is important to acknowledge the context of s. 63 within the *Act* as a whole. Section 63 exists within Division B, subdivision e of the *Act*. As set out in s. 3(c), the deductions permitted by this subdivision are made only after income from each of the various sources has been calculated. In this regard, it is relevant to consider s. 4. Section 4(1)(a) of the *Act* provides that each

Si l'intention de l'art. 63 est de limiter les déductions aux personnes assumant les frais d'entretien qui ont un revenu moins élevé, la position de l'appelante pourrait grandement contrecarrer cet objet. En l'espèce, l'appelante et son mari ont admis avoir pris une «décision de famille» visant à ce que l'appelante assume seule les frais de garde d'enfants: voir le jugement de la Cour d'appel fédérale à la p. 513. En présentant des éléments de preuve sur ce point, l'appelante chercherait à se soustraire à la définition de «personne assumant les frais d'entretien» prévue à l'al. 63(3)d de la *Loi*, qui légalement définirait son conjoint comme répondant à cette définition, nonobstant la «décision de famille». En définitive, elle déduirait complètement les frais de garde d'enfants, qu'elle soit ou non la personne ayant le revenu le moins élevé.

La démarche de l'appelante est inapplicable. Prenons par exemple, le cas où deux conjoints vivent avec un enfant admissible; un des conjoints est un employé qui a un revenu peu élevé, l'autre est en affaires et gagne un revenu plus élevé. La démarche de l'appelante invite clairement le couple à prendre une «décision de famille» visant à établir que c'est le contribuable avec un revenu d'entreprise qui assumera en totalité les frais de garde. Sans vouloir dénigrer l'appelante, je crains que, dans de nombreux cas, ce soit là plus un exercice comptable qu'une image de la réalité. Les tribunaux étant mal placés pour évaluer la validité de telles «décisions de famille», je tendrais à croire que l'objet de l'art. 63 est justement d'empêcher le recours à ces évaluations. Par ailleurs, lorsqu'il dit que les deux parents sont responsables des frais d'entretien de l'enfant aux fins fiscales, l'al. 63(3)d est entièrement compatible avec la perception contemporaine que l'on a des obligations parentales à cet égard.

En outre, il importe de reconnaître le contexte dans lequel se situe l'art. 63 dans l'ensemble de la *Loi*. L'article 63 est situé dans la section B, sous-section e de la *Loi*. Comme le prévoit l'al. 3c), les déductions autorisées par cette sous-section sont faites seulement après le calcul du revenu en provenance des diverses sources. À cet égard, il est pertinent d'examiner l'art. 4. L'alinéa 4(1)a) de la



source of income is initially considered in isolation as one determines the taxpayer's overall income for the year. Then, s. 4(2) provides that in applying s. 4(1), "no deductions permitted by sections 60 to 63 are applicable either wholly or in part to a particular source".

Brief reference to s. 4(2) is made in the respondent's factum. Aside from this reference, the section was not otherwise discussed by the parties in this case, and it has not been the subject of any significant commentary of which I have been made aware. For this reason, I do not wish to overstate the importance of s. 4(2) to my analysis. Section 4(2) obviously means that the child care expense deduction in s. 63 is not referable to a particular source of income. In other words, the s. 63 calculation is not relevant to the computation of business income. Less obviously, however, it may also mean that the type of deduction provided for in s. 63 (i.e., any deduction in respect of child care expenses) cannot occur within the source calculations. In other words, s. 4(2) may be further evidence that s. 63 is intended to be a complete legislative response to the child care expense issue.

At this point, it is appropriate to discuss *Olympia Floor & Tile*, *supra*, upon which the appellant relied in order to deny that the specific deduction allowed by s. 63 must override the potential for a more general deduction elsewhere in the *Act*. In that case, unchallenged evidence was led to establish that between 25 and 30 percent of a taxpayer's sales in each of two taxation years went toward charitable gifts. The taxpayer sought to deduct the full amount of such gifts, arguing that the sums were expended in order to increase future sales, and that for this reason, they constituted business expenses. The Minister took the position, however, that the deductibility of the gifts was governed by s. 27(1)(a) of the *Act* (now see s. 118.1) which established that a taxpayer could deduct charitable

*Loi* dit qu'il faut examiner séparément chaque source de revenu pour déterminer le revenu global du contribuable pour l'année. Le paragraphe 4(2) prévoit ensuite que pour l'application du par. 4(1): «aucune des déductions autorisées par les articles 60 à 63 n'est applicable, en totalité ou en partie, à une source déterminée».

*b* Dans son mémoire, l'intimée fait brièvement mention du par. 4(2). À part cette mention, les parties en l'espèce n'ont pas examiné davantage cette disposition; à ma connaissance, celle-ci n'a pas fait l'objet de commentaires importants. C'est pourquoi je ne veux pas exagérer l'importance du par. 4(2) dans le cadre de mon analyse. Le paragraphe 4(2) signifie de toute évidence que la déduction pour frais de garde d'enfants selon l'art. 63 n'est pas applicable à une source particulière de revenus. En d'autres termes, le calcul visé à l'art. 63 n'est pas pertinent dans le calcul du revenu d'entreprise. Toutefois, il n'est peut-être pas aussi évident que le type de déduction prévue à l'art. 63 (c.-à-d. toute déduction ayant trait aux frais de garde d'enfants) ne peut avoir lieu dans le cadre du calcul du revenu. En d'autres termes, le par. 4(2) pourrait bien être une autre preuve que l'art. 63 se veut une réponse législative complète à la question des frais de garde d'enfants.

Il convient à ce stade d'analyser l'arrêt *Olympia Floor & Tile*, précité, sur lequel l'appelante se fonde pour nier que la déduction spécifique autorisée par l'art. 63 doit l'emporter sur toute autre déduction générale prévue ailleurs dans la *Loi*. Dans cette affaire, des éléments de preuve non contestés établissaient que les dons de charité représentaient entre 25 et 30 pour 100 des ventes du contribuable dans chacune des deux années d'imposition en cause. Le contribuable avait cherché à déduire la totalité du montant de ces dons, soutenant qu'il les avait faits pour accroître ses ventes futures et qu'ils constituaient en conséquence des dépenses d'entreprise. Cependant, le ministre avait adopté comme position que la déduction de ces dons était régie par l'al. 27(1)(a) de la *Loi* (maintenant l'art. 118.1) en vertu duquel un contribuable pouvait déduire les «dons» de cha-

“gifts” not exceeding 10 percent of the taxpayer’s taxable income for the year.

Jackett P. accepted the taxpayer’s position. He was convinced that the taxpayer made the contributions largely, if not entirely, “for the purpose of increasing its sales and only subsidiarily, if at all, for charitable or benevolent reasons” (p. 276). For this reason, he was satisfied that the expenses could constitute business expenses, and the important question became the effect of s. 27(1)(a). Jackett P. recognized that s. 27(1)(a) calculated the allowable charitable deduction with reference to the taxpayer’s income, and stated (at p. 282):

... it follows that what is being permitted by that provision is a deduction of an amount that has been given out of the corporation’s income after it has been earned and not a deduction of an amount that has been laid out as part of the income earning process. . . .

From this position, it was then a simple matter for Jackett P. to conclude that the taxpayer’s expense was not the sort of expense contemplated by the language of s. 27(1)(a). He did so in the following terms (at p. 284):

In my view, when a taxpayer makes an outlay for the purpose of producing income — *i.e.* as part of his profit making process — even though that outlay takes the form of a “gift” to a charitable organization, it is not a “gift” within the meaning of that word in section 27(1)(a) which, by reason of the place it holds in the process of computing taxable income, was obviously intended to confer a benefit on persons who made contributions *out of income* and was not intended to provide deductions for outlays made in the course of the income earning process. [Emphasis in original.]

In the result, therefore, the taxpayer could deduct the charitable donations as part of its business profit calculation, notwithstanding the specific provision relating to the deduction of charitable gifts.

The decision of Jackett P. in *Olympia Floor & Tile, supra*, has recently been followed in *Impenco Ltd. v. Minister of National Revenue*, 88 D.T.C. 1242 (T.C.C.). I wish to express neither approval

rité jusqu’à concurrence de 10 pour 100 de son revenu imposable pour l’année.

Le président Jackett a accepté la position de l’appelante. Il était convaincu que les contributions étaient versées essentiellement, sinon entièrement, «aux fins d’accroître ses ventes et seulement subsidièrement, le cas échéant, pour des motifs de charité ou de bienfaisance» (p. 277). Pour ce motif, il était convaincu que les dépenses pouvaient constituer des dépenses d’entreprise, et la question importante était alors de savoir quel était l’effet de l’al. 27(1)a). Le président Jackett a reconnu que l’al. 27(1)a) permettait de calculer la déduction de charité admissible relativement au revenu du contribuable; il affirme (à la p. 283):

... il s’ensuit que cet article autorise la déduction d’une somme qui a été donnée par la corporation sur son revenu après qu’il a été gagné, et non la déduction d’une somme qui a été engagée pour gagner ce revenu. . .

Se fondant sur cette position, il était ensuite facile pour le président Jackett de conclure que les dépenses du contribuable n’étaient pas du type de celles visées par l’al. 27(1)a) (à la p. 285):

À mon avis, lorsque un contribuable engage une dépense en vue de produire un revenu — c’est-à-dire afin de réaliser des bénéfices — même si cette dépense se présente sous la forme d’un «don» à une organisation de charité, il ne s’agit pas d’un «don» au sens que donne à ce terme l’article 27(1)a), qui, d’après le rôle qu’il joue dans la méthode de calcul du revenu imposable, avait certainement pour but de conférer un avantage aux personnes qui ont fait des contributions *en les retirant de leur revenu*, et non de permettre de déduire des débours engagés en vue de gagner un revenu. [En italique dans l’original.]

En définitive, le contribuable pouvait déduire les dons de charité dans le calcul de ses bénéfices d’entreprise, nonobstant la disposition spécifique relative à la déduction pour dons de charité.

La décision du président Jackett dans *Olympia Floor & Tile*, précité, a récemment été suivie dans l’arrêt *Impenco Ltée c. Minister of National Revenue*, 88 D.T.C. 1242 (C.C.I.). Je ne veux exprimer

nor disapproval of the approach taken in either case with respect to the charitable donation issue *per se*. Instead, it is sufficient to highlight the real basis for the decision in *Olympia Floor & Tile*. In my view, what that case says is that a particular expenditure, such as a charitable donation, may be made for more than one purpose. In such a case, it will be relevant to consider whether the actual purpose of the expenditure is addressed in the *Act*. If a specific provision exists which limits deductibility in respect of that purpose, then that should be the end of the matter. If, however, the purpose is not addressed in a specific provision, recourse may be had to more general rules governing deductibility.

In this case, the appellant willingly admits — indeed, she argues — that she has incurred child care expenses in order to gain or produce income. Only one purpose for the expenses has been advanced. On the facts of *Olympia Floor & Tile*, *supra*, a donation made with a truly charitable intent (out of a taxpayer's previously calculated "income") would undoubtedly have been limited by the specific language of s. 27(1)(a). Likewise, on the facts of this case, the purpose for which the appellant maintains she has incurred her child care expenses falls squarely within the language of s. 63; they were, she argues, incurred in order to "enable" her to "carry on a business . . . as a partner" within the meaning of s. 63(3)(a)(i)(B), and they were incurred for that reason alone. Since that purpose is specifically addressed in s. 63 of the *Act*, she cannot claim a deduction employing that same purpose under s. 9. Thus, I do not find persuasive support for the appellant's position from *Olympia Floor & Tile*, *supra*.

Although it is unnecessary to my conclusion, I wish to note, finally, that evidence of Parliamentary intent appears to support my view. At the outset of his reasons, Décary J.A. in the Federal Court of Appeal reviewed the fiscal history of child care expenses, as well as government policies on such expenses, and I consider his discussion helpful. I wish, however, to make particular note of the proposals which directly led to the 1972 introduction of s. 63. In *Proposals for Tax Reform* (1969) (E. J.

ni accord ni désaccord quant à la démarche adoptée dans ces deux cas relativement à la question des dons de charité. En fait, qu'il suffise de faire ressortir le véritable fondement de l'arrêt *Olympia Floor & Tile*. À mon avis, cet arrêt affirme qu'une dépense donnée, tel un don de charité, peut avoir plus d'un objet. Dans un tel cas, il sera pertinent d'examiner si le véritable objet de la dépense est prévu dans la *Loi*. S'il existe une disposition spécifique limitant la déduction relativement à l'objet en question, cela devrait clore la discussion. Toutefois, si l'objet en question n'est pas prévu dans une disposition spécifique, on pourrait alors recourir aux règles générales applicables aux déductions.

En l'espèce, l'appelante admet volontiers — en fait, elle soutient — qu'elle a engagé des frais de garde d'enfants pour tirer ou faire produire un revenu. Les dépenses n'avaient qu'un seul objet. D'après les faits de l'affaire *Olympia Floor & Tile*, précité, un don fait avec une intention véritablement charitable (sur le «revenu» calculé d'un contribuable) aurait sans aucun doute été assujéti aux restrictions explicites de l'al. 27(1)a). De même, d'après les faits en l'espèce, l'objet des frais de garde d'enfants, selon l'appelante, est précisément visé par le libellé de l'art. 63; ces frais, soutient-elle, ont été engagés pour lui «permettre» «d'exploiter une entreprise [. . .] comme associé participant» au sens de la div. 63(3)a)(i)(B), et ils ont été engagés pour ce motif seulement. Puisque cet objet est spécifiquement prévu à l'art. 63 de la *Loi*, elle ne peut demander une déduction utilisant le même objet en vertu de l'art. 9. En conséquence, je ne pense pas que l'arrêt *Olympia Floor & Tile*, précité, appuie d'une façon convaincante la position de l'appelante.

Enfin, bien que ce ne soit pas nécessaire pour étayer ma conclusion, je tiens à faire remarquer que la preuve de l'intention du législateur paraît appuyer mon point de vue. Au début de ses motifs, le juge Décary de la Cour d'appel fédérale examine l'historique fiscal des frais de garde d'enfants ainsi que les politiques gouvernementales en cette matière; son analyse est utile. Je tiens cependant à faire tout particulièrement état des propositions qui ont directement abouti à l'adoption de l'art. 63 en

Benson, Minister of Finance), the following approach to child care expenses is advocated (at p. 15):

2.7 We propose to permit deduction of the child care expenses that face many working parents today. The problem of adequately caring for children when both parents are working, or when there is only one parent in the family and she or he is working, is both a personal and a social one. We consider it desirable on social as well as economic grounds to permit a tax deduction for child care expenses, under carefully controlled terms, in addition to the general deduction for children.

2.9 This new deduction for child care costs would be a major reform. While it is not possible to make an accurate forecast of the number who would benefit from this new deduction, it seems likely to be several hundred thousand families. It would assist many mothers who work or want to work to provide or supplement the family income, but are discouraged by the cost of having their children cared for. [Emphasis added.]

These proposals suggest to me that s. 63 was intended by Parliament to address comprehensively child care expenses. I cannot imagine that a system which allowed some parents to deduct expenses under general provisions respecting business income, but which confined others to a s. 63 regime, would permit deductibility “under carefully controlled terms” within the meaning of the above quotation. Further, I am not impressed by the suggestion that Parliament intended s. 63 to limit deductibility only for employees. The proposals do not specify the kind of “work” which is to be encouraged, and the language of s. 63 clearly addresses income from business.

For these reasons, a straightforward approach to statutory interpretation has led me to conclude that the *Act* intends to address child care expenses, and does so in fact, entirely within s. 63. It is not necessary for me to decide whether, in the absence of

1972. Voici comment les «*Propositions de réforme fiscale*» (1969) (E. J. Benson, ministre des Finances), proposaient de traiter les frais de garde d'enfants (aux pp. 17 et 18):

2.7 Nous proposons de permettre aux parents qui travaillent de déduire certaines dépenses afférentes à la garde des enfants. Lorsque les deux conjoints travaillent ou lorsque l'enfant n'a qu'un parent et que ce dernier travaille, bien prendre soin des enfants est un problème personnel aussi bien que social. Nous estimons souhaitable, tant du point de vue social qu'économique, qu'il soit possible de déduire du revenu, en plus de la déduction générale accordée à l'égard des enfants, certaines dépenses afférentes à la garde des enfants, sous certaines conditions bien déterminées.

2.9 Cette nouvelle déduction pour la garde des enfants constituera une réforme majeure. Le nombre exact des familles qui pourront en bénéficier ne peut pas être prévu mais, selon toute probabilité, il se chiffrera par plusieurs centaines de milliers. Cette nouvelle déduction aidera les nombreuses mères qui travaillent ou qui veulent travailler afin d'accroître le revenu familial, mais qui reculent devant les dépenses qu'entraîne la garde de leurs enfants. [Je souligne.]

À mon avis, ces propositions laissent entendre que le législateur avait l'intention que l'art. 63 couvre de façon exhaustive la question des frais de garde d'enfants. Je ne peux concevoir comment un régime, qui autoriserait certains parents à déduire des dépenses en vertu de dispositions générales relatives au revenu d'entreprise, mais qui limiterait les autres au régime établi par l'art. 63, permettrait les déductions «sous certaines conditions bien déterminées» au sens du passage que je viens de citer. Par ailleurs, je n'appuie pas l'idée que le législateur a voulu limiter aux employés seulement les déductions visées à l'art. 63. Les propositions ne précisent pas le type de «travail» qu'il faut favoriser, et le libellé de l'art. 63 traite clairement du revenu d'entreprise.

Pour ces motifs, une analyse simple des principes d'interprétation des lois m'amène à conclure que la *Loi* vise à traiter des frais de garde d'enfants, et qu'elle le fait entièrement à l'intérieur de l'art. 63. Il n'est pas nécessaire de décider si, en

s. 63, ss. 9, 18(1)(a) and 18(1)(h) are capable of comprehending a business expense deduction for child care. Given s. 63, however, it is clear that child care cannot be considered deductible under principles of income tax law applicable to business deductions.

(b) If child care expenses are not otherwise deductible under principles of income tax law applicable to business deductions, are they deductible as such using the values of the Charter as an interpretive aid?

The appellant argued that the values of the Charter can be used in this case as an interpretive aid. In particular, reliance is placed upon the decisions of this Court in *Hills v. Canada (Attorney General)*, *supra*, and *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, *supra*.

In *Hills*, *supra*, this Court was asked to interpret the meaning of the word “financing” in unemployment insurance legislation. In reaching a decision, this Court referred, *inter alia*, to the purpose of the provision containing the word, to the purpose of the statute as a whole, and to the proposition that doubt should be resolved in favour of the claimant. Finally, my colleague L’Heureux-Dubé J. had occasion to state the following (at p. 558):

Appellant, while not relying on any specific provision of the Charter, nevertheless urged that preference be given to Charter values in the interpretation of a statute, namely freedom of association. I agree that the values embodied in the Charter must be given preference over an interpretation which would run contrary to them. . . .

In a similar fashion, in *Slaight Communications*, *supra*, this Court was asked to determine whether the language of certain labour legislation conferred upon an adjudicator the power to make a particular kind of order. In responding, Lamer J. (as he then was) stated the following (at p. 1078):

Although this Court must not add anything to legislation or delete anything from it in order to make it consistent with the Charter, there is no doubt in my mind that it should also not interpret legislation that is open to more

l’absence de l’art. 63, l’art. 9 et les al. 18(1)a) et 18(1)h) pourraient englober une déduction des frais de garde d’enfants à titre de dépense d’entreprise. Toutefois, compte tenu de l’art. 63, il est clair que les frais de garde d’enfants ne peuvent être considérés comme déductibles en vertu des principes de droit fiscal applicables aux déductions de dépenses d’entreprise.

b) Si les frais de garde d’enfants ne sont pas déductibles en vertu des principes de droit fiscal applicables aux déductions de dépenses d’entreprise, le sont-ils par le recours aux valeurs de la Charte dans l’interprétation?

L’appelante soutient que les valeurs de la Charte peuvent être utilisées en l’espèce pour aider à l’interprétation. Elle invoque tout particulièrement les arrêts *Hills c. Canada (Procureur général)* et *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précités.

Dans l’arrêt *Hills*, précité, notre Cour devait interpréter le mot «finance» dans le contexte d’une loi sur l’assurance-chômage. Pour arriver à sa décision, notre Cour a notamment parlé de l’objet de la disposition où se trouvait le terme en question, de l’objet de la loi dans son ensemble et du fait que tout doute doit bénéficier au prestataire. Enfin, ma collègue le juge L’Heureux-Dubé a fait la déclaration suivante (à la p. 558):

Bien qu’il n’invoque aucune disposition précise de la Charte, l’appelant a néanmoins soutenu que, dans l’interprétation d’une loi, on doit donner la préférence aux valeurs consacrées dans la Charte, notamment à celle de la liberté d’association. Je suis d’accord que ces valeurs doivent être préférées à une interprétation qui leur serait contraire. . . .

De la même façon, dans l’arrêt *Slaight Communications*, précité, notre Cour devait déterminer si le libellé de la législation du travail conférait à un arbitre le pouvoir de rendre une ordonnance particulière. Dans sa réponse, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) a dit (à la p. 1078):

Or, quoique cette Cour ne doive pas ajouter ou retrancher un élément à une disposition législative de façon à la rendre conforme à la Charte, elle ne doit pas par ailleurs interpréter une disposition législative, susceptible

than one interpretation so as to make it inconsistent with the *Charter* and hence of no force or effect. Legislation conferring an imprecise discretion must therefore be interpreted as not allowing the *Charter* rights to be infringed.

I agree with the sentiment reflected in both of these quotations, but I fail to see their relevance in this case. In both *Hills* and *Slaight Communications*, this Court was confronted with statutory language which was ambiguous. In each case, the values of the *Charter* were consulted to resolve the ambiguity. However, each case recognizes that to consult the *Charter* in the absence of such ambiguity is to deprive the *Charter* of a more powerful purpose, namely, the determination of a statute's constitutional validity. If statutory meanings must be made congruent with the *Charter* even in the absence of ambiguity, then it would never be possible to apply, rather than simply consult, the values of the *Charter*. Furthermore, it would never be possible for the government to justify infringements as reasonable limits under s. 1 of the *Charter*, since the interpretive process would preclude one from finding infringements in the first place.

Had s. 63 not been present, it might be arguable that the equality values in the *Charter* could have informed the interpretation of ss. 9, 18(1)(a) and 18(1)(h) of the *Act*. However, as already discussed, s. 63 eliminates any question of ambiguity, and by so doing, also eliminates the need for recourse to *Charter* values in this case. My analysis of the *Income Tax Act* has ineluctably led me to conclude that the *Act* does not permit a business expense deduction in respect of child care as part of its s. 9 profit calculation, but instead limits the child care deduction in accordance with s. 63.

Accordingly, with respect to those taxation years not directly reviewable in constitutional terms by s. 15(1) of the *Charter*, I would affirm the reassessments by Revenue Canada which disallowed the deductions claimed by the appellant.

de plus d'une interprétation, de façon à la rendre incompatible avec la *Charte* et, de ce fait, inopérante. Une disposition législative conférant une discrétion imprécise doit donc être interprétée comme ne permettant pas de violer les droits garantis par la *Charte*.

Je suis d'accord avec le sentiment exprimé dans ces deux citations, mais je ne réussis pas à en établir la pertinence en l'espèce. Dans les arrêts *Hills* et *Slaight Communications*, notre Cour devait examiner des dispositions législatives ambiguës. Dans chaque cas, on a examiné les valeurs de la *Charte* pour résoudre l'ambiguïté. Toutefois, chaque arrêt reconnaît que consulter la *Charte* en l'absence d'une telle ambiguïté la prive d'un objet plus important, la détermination de la constitutionnalité d'une loi. Si les dispositions législatives devaient être rendues compatibles avec la *Charte* même en l'absence d'ambiguïté, alors il ne serait jamais possible d'appliquer, plutôt que de simplement consulter, les valeurs de la *Charte*. En outre, le gouvernement ne pourrait jamais justifier une atteinte à la *Charte* comme une limite raisonnable en vertu de l'article premier puisque le processus d'interprétation empêcherait initialement de conclure à l'existence d'une atteinte à la *Charte*.

En l'absence de l'art. 63, on aurait peut-être pu soutenir que les valeurs en matière d'égalité prévues dans la *Charte* auraient pu servir à interpréter l'art. 9 et les al. 18(1)a) et 18(1)h) de la *Loi*. Toutefois, comme je l'ai déjà précisé, l'art. 63 élimine toute ambiguïté et, ce faisant, élimine aussi en l'espèce la nécessité du recours aux valeurs de la *Charte*. Mon analyse de la *Loi de l'impôt sur le revenu* m'amène inévitablement à conclure que la *Loi* n'autorise pas, dans le calcul du bénéfice visé à l'art. 9, une déduction de dépense d'entreprise relativement à la garde des enfants, mais limite plutôt la déduction des frais de garde en conformité avec l'art. 63.

En conséquence, en ce qui concerne les années d'imposition qui, du point de vue de la Constitution, ne peuvent être directement visées par le par. 15(1) de la *Charte*, je confirmerais les nouvelles cotisations établies par Revenue Canada qui avait refusé les déductions demandées par l'appelante.

2. *If child care expenses are not deductible as part of the determination of profit under s. 9(1) of the Act, has there been a violation of s. 15(1) of the Charter?*

(a) Can s. 15(1) of the Charter be Applied to the Income Tax Act?

A preliminary “debate” took place before this Court which questioned the propriety of using the *Charter* to challenge the scheme of deductibility created by the *Act*. With respect to this debate, I have two brief comments.

First, it has been suggested that to subject the *Act* to the *Charter* would risk “overshooting” the purposes of the *Charter*. However, the danger of “overshooting” relates not to the kinds of legislation which are subject to the *Charter*, but to the proper interpretive approach which courts should adopt as they imbue *Charter* rights and freedoms with meaning: see *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 344. Second, it has been said that courts should defer to legislatures with respect to difficult economic questions. However, support for this proposition is said to come from cases in which a degree of deference has been exhibited as part of a s. 1 *Charter* analysis: see, e.g., *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424, at p. 442. Such cases do not advocate a deferential approach at any earlier stage of *Charter* analysis.

Since neither of the two propositions upon which this preliminary “debate” was founded can withstand even brief critical analysis, I consider it unnecessary to comment further in this regard. The *Act* is certainly not insulated against all forms of *Charter* review.

(b) Section 15(1) of the Charter: A Method of Analysis

Before turning to the specifics of the s. 15(1) infringement alleged by the appellant, it is convenient to set forth some of the basic principles of *Charter* equality analysis which will structure my

2. *Si les frais de garde d'enfants ne sont pas déductibles dans le calcul d'un bénéfice en vertu du par. 9(1) de la Loi, y a-t-il violation du par. 15(1) de la Charte?*

a) Le paragraphe 15(1) de la Charte peut-il s'appliquer à la Loi de l'impôt sur le revenu?

Au cours d'un «débat» préliminaire devant notre Cour, on s'est demandé s'il convient d'utiliser la *Charte* pour contester le régime de déductions établi par la *Loi*. J'ai deux brefs commentaires sur ce débat.

Premièrement, on a soutenu que l'on court le risque d'«aller au delà» des objets de la *Charte* en assujettissant la *Loi* à la *Charte*. Toutefois, le risque dont il est question ne se rapporte pas aux types de lois qui sont assujetties à la *Charte*, mais à la méthode d'interprétation que les tribunaux devraient adopter lorsqu'ils donnent un sens aux droits et libertés garantis par la *Charte*: voir l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 344. Deuxièmement, on a affirmé que les tribunaux devraient faire preuve de déférence à l'égard des législatures dans le cas de questions économiques difficiles. Toutefois, cette proposition se fonderait sur des arrêts dans lesquels on a fait preuve de déférence dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*: voir par exemple l'arrêt *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, à la p. 442. Ces arrêts ne préconisent pas la déférence à aucune autre étape antérieure d'une analyse fondée sur la *Charte*.

Puisque ni l'une ni l'autre des propositions sur lesquelles se fonde le «débat» préliminaire ne peuvent résister à une analyse critique même brève, j'estime inutile de s'y arrêter davantage. La *Loi* n'est certainement pas à l'abri de toutes les formes d'examen fondé sur la *Charte*.

b) Le paragraphe 15(1) de la Charte: Une méthode d'analyse

Avant d'examiner les détails de la violation du par. 15(1) alléguée par l'appelante, il est utile de formuler certains des principes fondamentaux de l'analyse des principes d'égalité dans la *Charte*,

approach. Many of these principles are derived directly from *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*, wherein this Court began the important process of giving shape to s. 15(1) of the *Charter*. As I restate these principles, however, I must be mindful of the fact that equality “is an elusive concept and, more than any of the other rights and freedoms guaranteed in the *Charter*, it lacks precise definition”: *Andrews*, at p. 164.

At the outset, it is important to realize that, in order to determine whether particular facts demonstrate equality or inequality, one must necessarily undertake a form of comparative analysis. For the purposes of s. 15(1), *Andrews* has rejected that the analysis should be governed by the comparison of similarly situated persons. Section 15(1) guarantees more than formal equality; it guarantees that equality will be mainly concerned with “the impact of the law on the individual or the group concerned”: *Andrews*, at p. 165. McIntyre J. stated (at p. 164) that equality

is a comparative concept, the condition of which may only be attained or discerned by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises. It must be recognized at once, however, that every difference in treatment between individuals under the law will not necessarily result in inequality and, as well, that identical treatment may frequently produce serious inequality. [Emphasis added.]

The s. 15(1) challenge, of course, is to determine whether a “difference in treatment” between individuals, or an “identical treatment” of individuals, engages the *Charter*. Stated another way, the goal is to ensure that “a law expressed to bind all should not because of irrelevant personal differences have a more burdensome or less beneficial impact on one than another”: *Andrews*, at p. 165. In pursuit of this goal, McIntyre J. in *Andrews* took the comparative analysis a step further and suggested that the *Charter* was not intended to eliminate all distinctions, but, in keeping with the language and purpose of s. 15, only those distinctions which are “discriminatory”.

sur lesquels repose mon analyse. Bon nombre de ces principes sont directement tirés de l’arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, dans lequel notre Cour a entrepris l’importante démarche de préciser le contenu du par. 15(1) de la *Charte*. Toutefois, en exposant de nouveau ces principes, je ne dois pas oublier que l’égalité «est un concept difficile à saisir qui, plus que tous les autres droits et libertés garantis dans la *Charte*, ne comporte pas de définition précise»: voir l’arrêt *Andrews*, à la p. 164.

Tout d’abord, il est important de comprendre que, pour déterminer si des faits donnés établissent l’égalité ou l’inégalité, on doit nécessairement procéder à une forme d’analyse comparative. Aux fins du par. 15(1), l’arrêt *Andrews* a rejeté l’idée que l’analyse devrait être régie par la comparaison des personnes qui se trouvent dans une situation analogue. Le paragraphe 15(1) garantit davantage qu’une égalité formelle; il garantit que l’égalité s’intéressera principalement à «l’effet de la loi sur l’individu ou le groupe concerné»: *Andrews*, à la p. 165. Le juge McIntyre affirme, à la p. 164, que l’égalité

est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée. Il faut cependant reconnaître dès le départ que toute différence de traitement entre des individus dans la loi ne produira pas forcément une inégalité et, aussi, qu’un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités. [Je souligne.]

La contestation fondée sur le par. 15(1) vise bien entendu à déterminer si une «différence de traitement» entre des individus, ou si un «traitement identique» engendre l’application de la *Charte*. En d’autres termes, son but est de s’assurer qu’«une loi destinée à s’appliquer à tous n’[ait] pas, en raison de différences personnelles non pertinentes, [. . .] un effet plus contraignant ou moins favorable sur l’un que sur l’autre»: *Andrews*, à la p. 165. Vers la réalisation de cet objectif, le juge McIntyre mène à un stade plus poussé l’analyse comparative et laisse entendre que la *Charte* ne vise pas à éliminer toutes les distinctions, mais, compte tenu du libellé et de l’objet de l’art. 15, seulement celles qui sont «discriminatoires».



Fortunately, in both *Andrews* and the present case, this Court has been able to access a rich jurisprudence associated with human rights legislation. The concept of "discrimination" within s. 15(1) of the *Charter* has been informed by this jurisprudence, and McIntyre J.'s definition of the term in *Andrews* is proof of its utility. McIntyre J. stated (at p. 174):

I would say then that discrimination may be described as a distinction, whether intentional or not but based on grounds relating to personal characteristics of the individual or group, which has the effect of imposing burdens, obligations, or disadvantages on such individual or group not imposed upon others, or which withholds or limits access to opportunities, benefits, and advantages available to other members of society.

McIntyre J. went on to conclude that an approach to s. 15(1) which comprehends both enumerated and analogous grounds of discrimination most closely accords with this definition. One reason for his conclusion is that such an approach has the advantage of leaving questions of justification to s. 1 of the *Charter*.

It may be helpful at this stage to underscore two aspects of the discrimination concept which emanated from *Andrews*. First, it is clear that a law may be discriminatory even if it is not directly or expressly discriminatory. In other words, adverse effects discrimination is comprehended by s. 15(1): see also *Tétreault-Gadoury v. Canada (Employment and Immigration Commission)*, [1991] 2 S.C.R. 22, at p. 41; *McKinney v. University of Guelph*, [1990] 3 S.C.R. 229, at p. 279. In *Ontario Human Rights Commission v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, McIntyre J. contrasted direct discrimination to adverse effects discrimination in the employment context (at p. 551):

A distinction must be made between what I would describe as direct discrimination and the concept already referred to as adverse effect discrimination in connection with employment. Direct discrimination occurs in

Heureusement, dans l'arrêt *Andrews*, et dans le présent pourvoi, notre Cour a pu consulter une jurisprudence abondante sur l'application des lois en matière de droits de la personne. Le concept de «discrimination» au sens du par. 15(1) de la *Charte* a été précisé par cette jurisprudence, et la définition donnée à ce terme par le juge McIntyre est la preuve de son utilité. Le juge McIntyre affirme (à la p. 174):

J'affirmerais alors que la discrimination peut se décrire comme une distinction, intentionnelle ou non, mais fondée sur des motifs relatifs à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, qui a pour effet d'imposer à cet individu ou à ce groupe des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d'autres membres de la société.

Le juge McIntyre conclut ensuite que c'est une interprétation du par. 15(1) qui tient à la fois compte des motifs énumérés et des motifs analogues de discrimination qui se rapproche le plus de cette définition. Une des raisons de cette conclusion tient à ce qu'une telle analyse présente l'avantage de laisser les questions de justification à l'examen de l'article premier de la *Charte*.

Il peut être utile à ce stade de faire ressortir deux aspects du concept de discrimination qui se dégagent de l'arrêt *Andrews*. Premièrement, il est clair qu'une loi peut être discriminatoire même si elle n'est pas directement ou expressément discriminatoire. En d'autres termes, le par. 15(1) vise aussi la discrimination par suite d'un effet préjudiciable: voir aussi les arrêts *Tétreault-Gadoury c. Canada (Commission de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1991] 2 R.C.S. 22, à la p. 41; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229, à la p. 279. Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, le juge McIntyre a mis en contraste la discrimination directe et la discrimination par suite d'un effet préjudiciable dans le contexte de l'emploi (à la p. 551):

On doit faire la distinction entre ce que je qualifierais de discrimination directe et ce qu'on a déjà désigné comme le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable en matière d'emploi. À cet égard, il y

this connection where an employer adopts a practice or rule which on its face discriminates on a prohibited ground. For example, "No Catholics or no women or no blacks employed here." . . . On the other hand, there is the concept of adverse effect discrimination. It arises where an employer for genuine business reasons adopts a rule or standard which is on its face neutral, and which will apply equally to all employees, but which has a discriminatory effect upon a prohibited ground on one employee or group of employees in that it imposes, because of some special characteristic of the employee or group, obligations, penalties, or restrictive conditions not imposed on other members of the work force.

In the same case, McIntyre J. came to the related conclusion that *animus* is irrelevant to discrimination. A finding of discrimination can be made even if there has been no intention to discriminate.

The second aspect of discrimination I wish to note may be less a requirement of s. 15(1), and more of an analytical trend which can be discerned in *Andrews, supra*, and which has been expanded in subsequent cases. In considering the extent to which non-citizens permanently resident in Canada could claim the protection of s. 15(1), McIntyre J. suggested in *Andrews* that this group constitutes a "good example of a 'discrete and insular minority'" (at p. 183). In borrowing this statement from American jurisprudence, McIntyre J. adverted to the need to contextualize the discrimination analysis. Wilson J. expanded upon this beginning in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, where she stated (at pp. 1331-32):

In determining whether there is discrimination on grounds relating to the personal characteristics of the individual or group, it is important to look not only at the impugned legislation which has created a distinction that violates the right to equality but also to the larger social, political and legal context. . . . Accordingly, it is only by examining the larger context that a court can determine whether differential treatment results in inequality or whether, contrariwise, it would be identical treatment which would in the particular context result in inequality or foster disadvantage. A finding that there is

a discrimination directe lorsqu'un employeur adopte une pratique ou une règle qui, à première vue, établit une distinction pour un motif prohibé. Par exemple, «Ici, on n'embauche aucun catholique, aucune femme ni aucun Noir». [. . .] D'autre part, il y a le concept de la discrimination par suite d'un effet préjudiciable. Ce genre de discrimination se produit lorsqu'un employeur adopte, pour des raisons d'affaires véritables, une règle ou une norme qui est neutre à première vue et qui s'applique également à tous les employés, mais qui a un effet discriminatoire pour un motif prohibé sur un seul employé ou un groupe d'employés en ce qu'elle leur impose, en raison d'une caractéristique spéciale de cet employé ou de ce groupe d'employés, des obligations, des peines ou des conditions restrictives non imposées aux autres employés.

Dans le même arrêt, le juge McIntyre est arrivé à la conclusion connexe que l'*animus* n'est pas pertinent en matière de discrimination. On pourra conclure à la discrimination même s'il n'existe pas d'intention de discriminer.

Le deuxième aspect de la discrimination qui m'intéresse est moins une exigence du par. 15(1) qu'une tendance d'analyse qui se dégage de l'arrêt *Andrews*, précité, et qui a été précisée dans des arrêts ultérieurs. En examinant dans quelle mesure des personnes qui n'ont pas la citoyenneté et qui sont résidents permanents au Canada peuvent réclamer la protection du par. 15(1), le juge McIntyre a indiqué dans l'arrêt *Andrews* que ce groupe constitue «un bon exemple [. . .] d'une «minorité discrète et isolée»» (à la p. 183). En empruntant cette citation à la jurisprudence américaine, le juge McIntyre a fait ressortir la nécessité de situer dans son contexte l'analyse de la discrimination. Le juge Wilson a précisé cette ligne de pensée dans l'arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, lorsqu'elle affirme (aux pp. 1331 et 1332):

Pour déterminer s'il y a discrimination pour des motifs liés à des caractéristiques personnelles d'un individu ou d'un groupe d'individus, il importe d'examiner non seulement la disposition législative contestée qui établit une distinction contraire au droit à l'égalité, mais aussi d'examiner l'ensemble des contextes social, politique et juridique. [. . .] En conséquence, ce n'est qu'en examinant le contexte général qu'une cour de justice peut déterminer si la différence de traitement engendre une inégalité ou si, au contraire, l'identité de traitement engendre, à cause du contexte particulier, une inégalité

discrimination will, I think, in most but perhaps not all cases, necessarily entail a search for disadvantage that exists apart from and independent of the particular legal distinction being challenged.

What is recognized by both *Andrews* and *Turpin* is that the working definition of “discrimination” established in the former case is not self-applying. Instead, within the analytical parameters established by that definition, this Court must “search for indicia of discrimination”: *Turpin*, at p. 1333.

In *R. v. Swain*, [1991] 1 S.C.R. 933, Lamer C.J. summarized s. 15(1) jurisprudence in terms which encapsulate the main elements of the s. 15(1) discussion I have set out here. He stated (at p. 992):

The court must first determine whether the claimant has shown that one of the four basic equality rights has been denied (i.e., equality before the law, equality under the law, equal protection of the law and equal benefit of the law). This inquiry will focus largely on whether the law has drawn a distinction (intentionally or otherwise) between the claimant and others, based on personal characteristics. Next, the court must determine whether the denial can be said to result in “discrimination”. This second inquiry will focus largely on whether the differential treatment has the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others. Furthermore, in determining whether the claimant’s s. 15(1) rights have been infringed, the court must consider whether the personal characteristic in question falls within the grounds enumerated in the section or within an analogous ground, so as to ensure that the claim fits within the overall purpose of s. 15 — namely, to remedy or prevent discrimination against groups subject to stereotyping, historical disadvantage and political and social prejudice in Canadian society.

Before making this statement, the Chief Justice acknowledged that it is unwise to attempt exhaustive definitions during the early years of s. 15(1) interpretation (see *Turpin*, *supra*, at p. 1326). Likewise, I must mention that by repeating points set out in other cases, I am not proposing that those

ou présente un désavantage. À mon avis, la constatation d’une discrimination nécessitera le plus souvent, mais peut-être pas toujours, de rechercher le désavantage qui existe indépendamment de la distinction juridique précise contestée.

Les arrêts *Andrews* et *Turpin*, précités, reconnaissent tous deux que la définition de base du terme «discrimination» établie dans *Andrews* n’est pas d’application automatique. En fait, à l’intérieur des paramètres analytiques établis par cette définition, notre Cour doit chercher «des signes de discrimination»: voir *Turpin*, à la p. 1333.

Dans l’arrêt *R. c. Swain*, [1991] 1 R.C.S. 933, le juge en chef Lamer a résumé la jurisprudence sur le par. 15(1) en des termes qui récapitulent les principaux éléments de l’analyse du par. 15(1) que j’ai exposés (à la p. 992):

La cour doit d’abord déterminer si le plaignant a démontré que l’un des quatre droits fondamentaux à l’égalité a été violé (i.e. l’égalité devant la loi, l’égalité dans la loi, la même protection de la loi et le même bénéfice de la loi). Cette analyse portera surtout sur la question de savoir si la loi fait (intentionnellement ou non) entre le plaignant et d’autres personnes une distinction fondée sur des caractéristiques personnelles. Ensuite, la cour doit établir si la violation du droit donne lieu à une «discrimination». Cette seconde analyse portera en grande partie sur la question de savoir si le traitement différent a pour effet d’imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres. De plus, pour déterminer s’il y a eu atteinte aux droits que le par. 15(1) reconnaît au plaignant, la cour doit considérer si la caractéristique personnelle en cause est visée par les motifs énumérés dans cette disposition ou un motif analogue, afin de s’assurer que la plainte correspond à l’objectif général de l’art. 15, c’est-à-dire corriger ou empêcher la discrimination contre des groupes victimes de stéréotypes, de désavantages historiques ou de préjugés politiques ou sociaux dans la société canadienne.

Avant de faire cette déclaration, le Juge en chef reconnaît qu’il serait mal avisé d’essayer de donner des définitions exhaustives pendant les débuts de l’interprétation du par. 15(1) (voir *Turpin*, précité, à la p. 1326). De la même manière, je dois signaler qu’en reprenant les points énoncés dans

points now constitute a “test” for s. 15(1). Rather, I simply believe that on the facts of this case, it is not necessary to go beyond the view of equality summarized above.

(c) Section 15(1) of the Charter in this Case

The appellant argues that she has been denied the equal benefit of the law in this case, and she further argues that this inequality constitutes sex-based discrimination. More particularly, in light of my interpretation of the *Act*, the appellant would seem to argue two related points. First, she seems to argue that an *Income Tax Act* deduction may be characterized as a benefit of which she can be deprived. Second, she seems to argue that s. 15(1) of the *Charter* is infringed by s. 63 of the *Act* to the extent that s. 63 prevents her from fully deducting her child care expenses under s. 9. The appellant’s arguments relate only to that portion of her child care expenses incurred after April 17, 1985, the date on which s. 15(1) became operative.

It is important to clarify my understanding of the appellant’s *Charter* challenge at the outset, since the focus of her s. 15(1) attack is by no means obvious. In particular, I must deal with the appellant’s preliminary characterization of *Income Tax Act* deductions as “benefits” which are equivalent to “government expenditures”. This characterization implicitly involves a tax theory concept known as the “tax expenditure”. To prevent that concept from introducing confusion with respect to the s. 15(1) challenge, I must comment upon it briefly.

In his important work, *Pathways to Tax Reform* (1973), Professor Stanley S. Surrey of Harvard proposed that a deduction which departs from the normative tax system is, in many ways, the logical equivalent of a direct government subsidy. Such deductions have been called “tax expenditures”, and they have been explained in the following

d’autres arrêts, je ne dis pas que ces points constituent un «critère» aux fins du par. 15(1). Je pense plutôt qu’il n’est pas nécessaire, compte tenu des faits en l’espèce, d’aller au-delà de la conception d’égalité que je viens de résumer.

c) L’application du par. 15(1) de la Charte en l’espèce

L’appelante soutient qu’elle a été privée de l’égalité de bénéfice de la loi et, en outre, que cette inégalité constitue un acte de discrimination fondé sur le sexe. Plus particulièrement, compte tenu de l’interprétation que je donne à la *Loi*, l’appelante semble soutenir deux points connexes. Premièrement, elle semble soutenir qu’une déduction en vertu de la *Loi de l’impôt sur le revenu* peut être qualifiée de bénéfique dont elle peut être privée. Deuxièmement, elle semble soutenir que l’art. 63 de la *Loi* porte atteinte au par. 15(1) de la *Charte* dans la mesure où il l’empêche de déduire le plein montant de ses frais de garde d’enfants en vertu de l’art. 9. Les arguments de l’appelante se rapportent seulement à la partie des frais de garde d’enfants engagés après le 17 avril 1985, date d’entrée en vigueur du par. 15(1).

Il importe que je clarifie dès maintenant la façon dont j’interprète la contestation de l’appelante puisque le pivot de son argument concernant le par. 15(1) n’est pas du tout évident. Plus particulièrement, je dois examiner la qualification préliminaire des déductions de la *Loi de l’impôt sur le revenu* qui, selon l’appelante, sont des «bénéfices» équivalant à des «dépenses gouvernementales». Cette qualification fait implicitement appel au concept de la théorie fiscale appelé «dépense fiscale». Pour éviter que ce concept ne sème la confusion à l’égard de la contestation fondée sur le par. 15(1), je dois le commenter brièvement.

Dans son important ouvrage, *Pathways to Tax Reform* (1973), le professeur Stanley S. Surrey de Harvard a dit qu’une déduction s’écartant du régime fiscal normatif est, à de nombreux égards, l’équivalent logique d’une subvention gouvernementale directe. Ces déductions sont appelées «dépenses fiscales», et sont expliquées de la façon

terms (S. S. Surrey and P. R. McDaniel, *Tax Expenditures* (1985), at p. 3):

The tax expenditure concept posits that an income tax is composed of two distinct elements. The first element consists of structural provisions necessary to implement a normal income tax, such as the definition of net income, the specification of accounting rules, the determination of the entities subject to tax, the determination of the rate schedule and exemption levels, and the application of the tax to international transactions. These provisions compose the revenue-raising aspects of the tax. The second element consists of the special preferences found in every income tax. These provisions, often called tax incentives or tax subsidies, are departures from the normal tax structure and are designed to favor a particular industry, activity, or class of persons. They take many forms, such as permanent exclusions from income, deductions, deferrals of tax liabilities, credits against tax, or special rates. Whatever their form, these departures from the normative tax structure represent government spending for favored activities or groups, effected through the tax system rather than through direct grants, loans, or other forms of government assistance.

I believe that to characterize initially the child care expense deduction as a tax expenditure in this case can be problematic. In order to view the child care expense deduction as a government expenditure within the meaning of the above quotation, one must conclude that the deduction is allowed outside the normative tax system, a system which directly disallows the deduction. Following this line of argument, it then seems that two *Charter* challenges rather than one would arise: one would challenge the expenditure as a benefit, the other would challenge the scheme of the normative system.

In this case, however, my approach to statutory interpretation does not involve any attempt to determine whether s. 63 constitutes a part of the normative tax system or not. In fact, that determination is not a legal goal, but a goal of tax theory. Instead, I have simply found that s. 63 constitutes a complete code with respect to child care expenses. In my view, therefore, there is only one *Charter*

suivante (S. S. Surrey et P. R. McDaniel, *Tax Expenditures* (1985), à la p. 3):

[TRADUCTION] Le concept des dépenses fiscales pose comme postulat qu'un impôt sur le revenu se compose de deux éléments distincts. Le premier élément comprend des dispositions structurelles nécessaires à la mise en œuvre d'un impôt normal, comme la définition de revenu net, l'établissement des règles comptables, la détermination des entités imposables, des taux d'impôt et des exemptions, et l'application de l'impôt aux opérations internationales. Ces dispositions visent les aspects perception dans le régime fiscal. Le deuxième élément comprend les préférences spéciales que l'on retrouve dans tout régime d'impôt sur le revenu. Ces dispositions, souvent appelées stimulants fiscaux ou subventions fiscales, s'écartent de la structure fiscale normale et sont conçues pour favoriser des industries, des activités ou des catégories de personnes particulières. Elles prennent de nombreuses formes, comme les exclusions permanentes de revenus, les déductions, les reports d'impôt, les crédits d'impôt ou les taux spéciaux. Quelle qu'en soit la forme, ces écarts par rapport à la structure fiscale normative représentent des dépenses gouvernementales en faveur d'activités ou de groupes, par l'intermédiaire du régime fiscal plutôt que par la voie de subventions, de prêts ou d'autres types directs d'aide gouvernementale.

À mon avis, qualifier initialement la déduction des frais de garde d'enfants de dépense fiscale en l'espèce peut soulever des problèmes. Pour considérer la déduction des frais de garde d'enfants comme une dépense gouvernementale au sens de l'extrait que je viens de citer, il faut conclure que la déduction est autorisée en dehors du régime fiscal normatif, régime qui interdit directement la déduction. Si l'on poursuit ce raisonnement, il semble qu'il n'y a plus alors une seule contestation fondée sur la *Charte*, mais deux: une première concernant la dépense à titre de bénéficiaire, l'autre concernant la structure du régime normatif.

Toutefois, en l'espèce, mon analyse des principes d'interprétation des lois ne comporte aucune tentative de déterminer si l'art. 63 fait partie du régime fiscal normatif ou non. En fait, le but d'une telle détermination ne relève pas du domaine juridique, mais du domaine de la théorie fiscale. Au lieu de cela, j'ai simplement conclu que l'art. 63 crée un code complet à l'égard des frais de garde

argument available in this case, and the proper focus of that argument is s. 63.

I acknowledge that in enacting s. 63, Parliament chose to dissociate child care expenses from those provisions traditionally viewed as part of the “revenue-raising aspects of the tax”: *Surrey and McDaniel*, *supra*, at p. 3. In other words, through s. 63, Parliament chose not to deal with the exclusionary interpretation placed upon ss. 9, 18(1)(a) and 18(1)(h), which has traditionally precluded the deductibility of child care expenses. Parliament chose instead to establish a separate system to address such expenses. Having created such a system in s. 63, however, the relevant question is not whether the government’s response should have been theoretically attached to the so-called normative provisions located elsewhere in the *Act*, since the *Act* is silent with respect to normative and tax expenditure classifications. There is no *Charter* “right” which demands that the *Act* label a particular deduction as a “business expense deduction”. There is only a right to ensure that the *Act*’s systemic response to child care expenses is coherent with the *Charter*.

In this respect, I agree with the following statement which considers the impact of the tax expenditure concept in *Charter* analysis (Woodman, “Some Modest Proposals”, *supra*, at p. 386):

Tax expenditure analysis is based on the concept of a normative tax system. In other words, tax expenditures are deviations from something; that is, the revenue-raising part of the tax system. Therein lies the Achilles heel of the concept. Deciding what comprises the normative tax system is no easy task. . . .

Tax expenditure analysis does not solve the problems inherent in *Charter* challenges to the income tax system. It does, however, make it clearer what the argument is about. [Emphasis added.]

As alluded to within this quotation, it may become useful, at some stage of a *Charter* analysis of

d’enfants. En conséquence, à mon avis, un seul argument fondé sur la *Charte* peut être invoqué en l’espèce, et cet argument doit être axé sur l’art. 63.

a Je reconnais que le législateur, en adoptant l’art. 63, a choisi de dissocier les frais de garde d’enfants des dispositions traditionnellement considérées comme faisant partie [TRADUCTION] «des aspects perception dans le régime fiscal»: *Surrey et McDaniel*, *op. cit.*, à la p. 3. En d’autres termes, par l’art. 63, le législateur a choisi de ne pas s’occuper de l’interprétation donnée à l’art. 9 et aux al. 18(1)a) et 18(1)h), qui a traditionnellement été d’exclure les frais de garde d’enfants. Au lieu de cela, le législateur a choisi d’établir un régime distinct pour ces frais de garde. Ce régime étant établi par l’art. 63, la question pertinente n’est pas de savoir si les mesures gouvernementales auraient théoriquement dû se rattacher aux prétendues dispositions normatives existant ailleurs dans la *Loi*, puisque la *Loi* ne traite nulle part de classifications normatives ou de classifications de dépenses fiscales. Il n’existe pas de «droit» garanti par la *Charte* qui exige que la *Loi* désigne une déduction particulière comme «déduction à titre de dépense d’entreprise». Le seul droit tient à la nécessité de veiller à ce que la réponse systémique de la *Loi* à la question des frais de garde d’enfants soit compatible avec la *Charte*.

À cet égard, je suis d’accord avec la description qui suit de l’incidence du concept de la dépense fiscale dans le cadre d’une analyse fondée sur la *Charte* (Woodman, «Some Modest Proposals», *loc. cit.*, à la p. 386):

[TRADUCTION] L’analyse fondée sur les dépenses fiscales se fonde sur le concept d’un régime fiscal normatif. En d’autres termes, les dépenses fiscales sont des écarts par rapport à quelque chose; c’est-à-dire l’aspect perception du régime fiscal. C’est le talon d’Achille du concept: il n’est pas facile de décider ce qui fait partie du régime fiscal normatif. . . .

L’analyse fondée sur les dépenses fiscales ne résout pas les problèmes propres aux contestations du régime fiscal fondées sur la *Charte*. Toutefois, elle aide à préciser le débat. [Je souligne.]

Comme y fait allusion cette citation, il pourrait être utile, à une certaine étape d’une analyse de l’impo-

income taxation, to return to the notion that a deduction can be viewed as a kind of expenditure, since such an approach allows one to examine the government's overall approach to related expenditures. Such an examination, however, is not the first problem to be addressed under a s. 15(1) *Charter* analysis. As will be discussed, such an examination more properly belongs within a s. 1 analysis.

These brief remarks will, I hope, clarify the proper focus for the appellant's *Charter* challenge. To proceed, the *Charter* s. 15(1) question can be restated. Since this Court is confronted with a provision in a federal statute, there is no doubt that a "law", i.e. s. 63, exists within the meaning of s. 15(1): *Andrews, supra*, at p. 164. The relevant question is, therefore, the following: does s. 63 of the *Act* infringe the right to equality guaranteed by s. 15(1) of the *Charter*?

As my summary of s. 15(1) jurisprudence above demonstrates, the answer to this question must come in parts. First, it must be determined whether s. 63 establishes an inequality: does s. 63 draw a distinction (intentionally or otherwise) between the appellant and others, based upon a personal characteristic? Second, if an inequality is found, it must be determined whether the inequality results in discrimination: does the distinction drawn by s. 63 have the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others? Finally, assuming that both an inequality and discrimination can be found, it must be determined whether the personal characteristic at issue constitutes either an enumerated or analogous ground for the purposes of s. 15(1) of the *Charter*.

With respect to whether s. 63 creates a distinction, the language of s. 63 must be separated from its effect. Clearly, the language of that provision does not include terms which expressly limit the child care expense deduction to one sex or the other. Instead, for the sake of simplicity in light of s. 63's multifaceted requirements, I can state that a

sition du revenu fondée sur la *Charte*, de revenir à la notion qu'une déduction peut être considérée comme un type de dépense, puisqu'elle permet d'examiner l'approche globale du gouvernement relativement aux dépenses connexes. Toutefois, cet examen n'est pas le premier problème à régler dans une analyse fondée sur le par. 15(1) de la *Charte*. Comme nous le verrons, il est préférable qu'un tel examen se fasse dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier.

Ces brefs commentaires clarifieront, je l'espère, l'axe d'analyse de la contestation fondée sur la *Charte* présentée par l'appelante. Pour commencer, on peut reformuler la question relative au par. 15(1) de la *Charte*. Puisque notre Cour examine une disposition d'une loi fédérale, il n'y a pas de doute qu'il existe une «loi», soit l'art. 63, au sens du par. 15(1): *Andrews*, précité, à la p. 164. La question pertinente est alors la suivante: l'art. 63 de la *Loi* porte-t-il atteinte au droit à l'égalité garanti par le par. 15(1) de la *Charte*?

Comme le démontre le résumé que j'ai fait de la jurisprudence du par. 15(1), la réponse à cette question se fait en plusieurs étapes. Premièrement, il faut déterminer si l'art. 63 crée une inégalité: l'art. 63 établit-il (intentionnellement ou non) une distinction entre l'appelante et d'autres personnes, qui est fondée sur des caractéristiques personnelles? Deuxièmement, s'il y a inégalité, la Cour doit déterminer si cette inégalité donne lieu à une discrimination: la distinction établie par l'art. 63 a-t-elle pour effet d'imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d'autres ou d'empêcher ou de restreindre l'accès à des possibilités, bénéfices et avantages offerts à d'autres? Enfin, s'il y a à la fois inégalité et discrimination, il faut déterminer, aux fins du par. 15(1) de la *Charte*, si la caractéristique personnelle en cause est un motif énuméré ou un motif analogue.

Quant à savoir si l'art. 63 crée une distinction, le libellé de l'art. 63 doit être dissocié de son effet. De toute évidence, le libellé de cette disposition ne comporte pas de termes qui limitent expressément la déduction des frais de garde d'enfants aux membres d'un sexe ou de l'autre. En fait, par souci de simplicité, compte tenu des exigences multiples

63 creates a facial distinction between those supporting persons who incur child care expenses with respect to an eligible child, and those persons who do not. In passing, I note that, while the trial judge discussed s. 15(1) of the *Charter* with respect to the “personal characteristics of sex and family or parental status” (p. 84), the appellant’s arguments before this Court narrowed and effectively dealt only with the first of these. Facially, then, the distinction created by s. 63 is not based upon the personal characteristic put forward by the appellant, namely, sex.

What, however, is the effect of the distinction created by s. 63? Does s. 63 have an effect which draws a distinction on the basis of sex? More particularly, in light of the manner in which this appeal has been framed, does s. 63 have an adverse effect upon women who must incur child care expenses to enable the pursuit of business income?

An abundance of information was placed before this Court which conclusively demonstrates that women bear a disproportionate share of the child care burden in Canada. For example, at trial, the expert witness asserted this point, and stated further that the burden is disproportionate whether or not women work outside the home. Similarly, Statistics Canada reports that working men are primarily responsible for child care in only six percent of families: S. Crompton, “Who’s Looking After the Kids? Child Care Arrangements of Working Mothers”, in Statistics Canada, *Perspectives on Labour and Income*, vol. 3, No. 2 (Summer 1991), at p. 68. Likewise, it has been noted that “most women, even those with very young children, are now in the labour force”, and that “fully 70% of employed mothers with children younger than 6 years old work full time”: D. S. Lero, et al., *Canadian National Child Care Study: Parental Work Patterns and Child Care Needs* (1992), at p. 23.

de l’art. 63, je peux affirmer que cet article crée, d’après sa formulation, une distinction entre les personnes qui assument les frais d’entretien d’un enfant admissible et les personnes qui ne sont pas dans cette situation. Je tiens à signaler que le juge de première instance a examiné le par. 15(1) de la *Charte* du point de vue des «caractéristiques personnelles que sont le sexe et l’état familial ou parental» (p. 84), mais que l’appelante a en fait restreint son argumentation devant notre Cour à l’argument fondé sur le sexe seulement. À première vue, la distinction créée par l’art. 63 n’est pas fondée sur la caractéristique personnelle invoquée par l’appelante, savoir le sexe.

Toutefois, quel est l’effet de la distinction créée par l’art. 63? Cet article a-t-il pour effet d’établir une distinction fondée sur le sexe? Plus précisément, compte tenu de la façon dont a été formulé le présent pourvoi, l’art. 63 a-t-il un effet préjudiciable sur les femmes qui doivent payer des frais de garde d’enfants pour leur permettre de gagner un revenu d’entreprise?

La documentation abondante présentée à notre Cour démontre de façon concluante que les femmes assument une part disproportionnée du fardeau de la garde des enfants au Canada. Par exemple, en première instance, le témoin expert a fait ressortir ce point et a affirmé que ce fardeau est disproportionné, que la femme travaille ou non à l’extérieur du foyer. De même, Statistique Canada rapporte que les hommes qui travaillent sont principalement responsables de la garde des enfants dans 6 pour 100 des familles seulement: S. Crompton, «Qui s’occupe des enfants lorsque la mère travaille à l’extérieur?», dans Statistique Canada, *L’Emploi et le revenu en perspective*, vol. 3, n° 2 (été 1991), à la p. 72. De même, on a fait remarquer que «la plupart des femmes, même celles ayant des enfants en très bas âge, sont maintenant actives» et «qu’au moins 70 % des mères occupées ayant des enfants de moins de six ans travaillent à temps plein»: D. S. Lero et autres, *Étude nationale canadienne sur la garde des enfants: les régimes de travail des parents et leurs besoins en matière de garde des enfants* (1992), à la p. 24.



Other material before this Court makes similar points with respect to women entrepreneurs, and particularly, women lawyers. Worthy of note in this regard is the study entitled *The Glass Box: Women Business Owners in Canada* (M. Belcourt, R. J. Burke and H. Lee-Gosselin (Canadian Advisory Council on the Status of Women, 1991)), which found that most women entrepreneurs assume primary responsibility for raising and caring for children. Further, I have already made reference to survey results obtained by the Law Society of Upper Canada. Those results suggest that women lawyers spend an average of 48.82 hours per week on child care, whereas the people they live with spend 21.38 hours per week on such care: *Transitions, supra*, at p. 47. In other words, women lawyers, too, have the primary responsibility for child care, notwithstanding their professional positions.

Based upon this information — indeed, even based upon judicial notice — I have no doubt that women disproportionately incur the social costs of child care. Whether or not such costs are imposed by society upon women, however, is not the s. 15(1) issue. The s. 15(1) issue is whether s. 63 of the *Act* has an adverse effect upon women in that it unintentionally creates a distinction on the basis of sex. In my view, in order to establish such an effect, it is not sufficient for the appellant to show that women disproportionately bear the burden of child care in society. Rather, she must show that women disproportionately pay child care expenses. Only if women disproportionately pay such expenses can s. 63 have any effect at all, since s. 63's only effect is to limit the tax deduction with respect to such expenses.

Unfortunately, the factual background of this case tends to obscure the problem faced by the appellant with respect to s. 15(1). As I have already discussed, the appellant and her husband made a "family decision" to the effect that the appellant alone was to bear the financial burden of

D'autres documents soumis à notre Cour indiquent la même chose dans le cas des femmes entrepreneures, plus particulièrement, les avocates. Il vaut la peine de signaler à ce sujet l'étude intitulée *Une cage de verre: les entrepreneures au Canada* (M. Belcourt, R. J. Burke et H. Lee-Gosselin, (Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme, 1991), qui a conclu que la plupart des femmes entrepreneures sont principalement responsables de l'éducation et de la garde des enfants. Par ailleurs, j'ai déjà fait allusion aux résultats d'enquête obtenus par le Barreau du Haut-Canada. D'après ces résultats, les avocates consacrent en moyenne 48,82 heures par semaine à la garde des enfants, comparativement à 21,38 heures pour leur conjoint: *Transitions, op. cit.*, à la p. 47. En d'autres termes, les avocates ont aussi la responsabilité principale du soin des enfants, nonobstant leur situation professionnelle.

À partir de ces renseignements — et même par connaissance d'office de cette question — il n'y a pas de doute que les femmes assument une part disproportionnée des coûts sociaux de la garde des enfants. Toutefois, la question soulevée par le par. 15(1) ne vise pas à déterminer si la société impose ou non aux femmes ces coûts. Du point de vue du par. 15(1), il faut plutôt déterminer si l'art. 63 de la *Loi* a un effet préjudiciable sur les femmes en ce qu'il crée de façon non intentionnelle une distinction fondée sur le sexe. À mon avis, pour établir cet effet, il ne suffit pas pour l'appelante d'établir que les femmes assument une part disproportionnée de la garde des enfants dans la société. Elle doit plutôt démontrer que les femmes paient une part disproportionnée des frais de garde d'enfants. C'est seulement si les femmes paient une part disproportionnée de ces frais que l'art. 63 peut avoir un effet quelconque, puisque le seul effet de cette disposition est de limiter le montant de la déduction fiscale à cette fin.

Malheureusement, les faits en l'espèce ont tendance à masquer le problème de l'appelante par rapport au par. 15(1). Comme je l'ai déjà dit dans mon analyse, l'appelante et son époux ont pris une «décision de famille» selon laquelle c'était l'appelante seule qui devait assumer le fardeau financier

having children. If, extrapolating from this circumstance, it could be said that women, far more than men, pay child care expenses, the limitations imposed by s. 63 might well create the adverse effect the appellant must demonstrate. However, it is difficult to imagine how such statistics could arise. I say this because the “family decision” made by the appellant and her husband is not mandated by law and public policy. In the *Criminal Code* provisions alluded to, *supra*, in contemporary family law, and particularly in the definition of “supporting person” in s. 63(3)(d) of the *Act*, parents (and particularly parents living with children) are viewed as having joint legal responsibility to care for children. In most households involving more than one supporting person, therefore, regardless of “family decisions”, the law will impose the legal duty to share the burden of child care expenses, if not necessarily a duty to share the child care burden itself.

Stated another way, I believe that the appellant has presented this Court with evidence of the social burden of child care, and has asked that from this burden, we infer that a positive child care expense burden is also placed directly upon women, and particularly upon businesswomen, including businesswomen who are married. I note the following remark from the Abella Report on equality in employment (R. S. Abella, *Report of the Commission on Equality in Employment* (1984), at p. 177):

By Canadian law both parents have a duty to care for their children, but by custom this responsibility has consistently fallen to the mother. It is the mother, therefore, who bears any guilt or social disapprobation for joining the workforce. And it is the mother who normally bears the psychological and actual responsibility for making childcare arrangements.

If the adverse effects analysis is to be coherent, it must not assume that a statutory provision has an effect which is not proved. We must take care to

des enfants. Si, par extrapolation, on pouvait affirmer que les femmes, beaucoup plus souvent que les hommes, paient les frais de garde d'enfants, les limites imposées par l'art. 63 pourraient bien créer l'effet préjudiciable que l'appelante doit démontrer. Toutefois, il est difficile de concevoir comment ces statistiques pourraient se présenter. J'affirme cela parce que ni la loi ni l'ordre public n'exigent que l'appelante et son époux prennent la «décision de famille» qu'ils ont prise. Dans les dispositions du *Code criminel* auxquelles j'ai fait allusion, en droit familial contemporain et, plus particulièrement, dans la définition de «personne assumant les frais d'entretien» à l'al. 63(3)d) de la *Loi*, on considère que les parents (et en particulier les parents qui vivent avec des enfants) ont une responsabilité légale conjointe de la garde des enfants. En conséquence, dans la plupart des foyers où plus d'une personne assume les frais d'entretien, indépendamment des «décisions de famille», la loi impose une obligation de partager les frais de garde d'enfants, sinon nécessairement l'obligation de partager la responsabilité de l'entretien des enfants.

Autrement dit, je crois que l'appelante a présenté à notre Cour des éléments de preuve quant au fardeau social de la garde des enfants, et qu'elle demande que nous inférons, à partir de ce fardeau, qu'une charge positive en matière de frais de garde d'enfants est également imposée directement aux femmes, plus particulièrement aux femmes d'affaires, y compris les femmes d'affaires mariées. Je tiens à citer le commentaire suivant qui est tiré du rapport Abella sur l'égalité en matière d'emploi (R. S. Abella, *Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi* (1984), à la p. 195):

Selon le droit canadien, il incombe aux deux parents de prendre soin des enfants. Toutefois, selon la coutume, c'est la mère qui s'est toujours vu attribuer cette responsabilité. Par conséquent, c'est sur elle que retombe la culpabilité ou qui est critiquée par la société lorsqu'elle se joint à la population active. Et c'est elle qui habituellement a la responsabilité morale de faire garder les enfants et de prendre les dispositions nécessaires.

Pour que l'analyse des effets préjudiciables soit cohérente, il ne faut pas présumer qu'une disposition législative possède un effet qui n'est pas

distinguish between effects which are wholly caused, or are contributed to, by an impugned provision, and those social circumstances which exist independently of such a provision. In this case, that means that one must be cognizant of the fact that s. 63 defines child care expenses as an actual expense of money. In order to demonstrate a distinction between the sexes within an adverse effects analysis, one therefore needs to prove that s. 63 disproportionately limits the deduction with respect to actual expenses incurred by women.

In my opinion, the appellant taxpayer has failed to demonstrate an adverse effect created or contributed to by s. 63, although she has overwhelmingly demonstrated how the issue of child care negatively affects women in employment terms. Unfortunately, proof that women pay social costs is not sufficient proof that women pay child care expenses. Those social costs, although very real, exist outside of the *Act*. In the same fashion that our income taxation system does not recognize various forms of imputed income, it equally does not involve itself with any form of imputed expense. In this respect, this appeal was not argued to suggest that the government had a positive obligation to account for the social costs of child care prior to taxing its citizens. Such a suggestion would lead this Court well beyond the confines of the present appeal.

I conclude, therefore, that the appellant is unable to demonstrate a violation of s. 15(1) of the *Charter* with respect to s. 63 of the *Act*, since she has not proved that s. 63 draws a distinction based upon the personal characteristic of sex. In reaching this conclusion, however, I wish to note that I do not reject that such a distinction might be proved in another case. The appellant in this case belongs to a particular subgroup of women, namely, married women who are entrepreneurs. It is important

prouvé. Nous devons prendre soin d'établir une distinction entre les effets qui sont causés en totalité ou en partie par une disposition contestée et les circonstances sociales qui existent indépendamment de la disposition en question. En l'espèce, cela signifie qu'il faut savoir que l'art. 63 définit les frais de garde d'enfants comme une dépense réelle. Pour démontrer l'existence d'une distinction fondée sur le sexe à l'intérieur d'une analyse des effets préjudiciables, il faut donc prouver que l'art. 63 limite d'une façon disproportionnée les déductions au titre des dépenses réelles engagées par les femmes.

À mon avis, la contribuable appelante n'a pas réussi à établir que l'art. 63 avait créé un effet préjudiciable ou y avait contribué; cependant, elle a fort bien établi comment la question de la garde des enfants a, du point de vue de l'emploi, un effet négatif sur les femmes. Malheureusement, la preuve que les femmes paient les coûts sociaux ne suffit pas à établir que ce sont elles qui paient les frais de garde d'enfants. Ces coûts sociaux, quoique très réels, existent indépendamment de la *Loi*. Notre régime fiscal ne reconnaît pas certains types de revenus théoriques; de la même façon, il ne vise pas non plus les dépenses théoriques quelle qu'en soit la forme. À cet égard, l'argumentation dans le présent pourvoi ne visait pas à prétendre que le gouvernement avait, avant d'assujettir ses citoyens à l'impôt, l'obligation positive de tenir compte des coûts sociaux de la garde des enfants. Une telle supposition entraînerait notre Cour à examiner des questions qui dépassent de beaucoup le cadre du pourvoi.

En conséquence, je conclus que l'appelante n'a pas été en mesure de démontrer que l'art. 63 de la *Loi* constituait une violation du par. 15(1) de la *Charte*, puisqu'elle n'a pas prouvé que cet article établit une distinction fondée sur la caractéristique personnelle que constitue le sexe. Toutefois, en arrivant à cette conclusion, je tiens à préciser que je ne dis pas qu'une telle distinction ne pourrait pas être établie dans un autre cas. L'appelante appartient à un sous-groupe particulier de femmes,

to realize that her evidentiary focus was skewed in this direction.

I pause to note that the appellant's focus upon self-employed women to the exclusion of women employees is a very curious aspect of this case. It is useful to note the following commentary by Professor Macklin, *supra*, at p. 512:

If the goal of section 15 in this context is to redress the discriminatory impact of tax laws on members of disadvantaged groups, there can be no pretext for confining the inquiry to section 18(1) of the Act or the remedy to business women. Insofar as tax deductions are concerned, the real issue would be the inadequacy of the partial deduction under section 63 in facilitating self-employed and salaried women's access to the paid workforce. . . . Their identity as self-employed or salaried women is largely immaterial to the question of whether the existing system perpetuates their subordination. [Emphasis in original.]

Undoubtedly, it was the juxtaposition of s. 8(2) with s. 9 of the *Act* which led the appellant to take the position she took. By virtue of s. 8(2) of the *Act*, employees are generally prohibited from making any deductions from employment income. Accordingly, the appellant thought it desirable to distance herself from employees in this case. When considering her arguments with respect to statutory interpretation, this approach is understandable. When considering her *Charter* arguments, it is less so.

In another case, a different subgroup of women with a different evidentiary focus involving s. 63 might well be able to demonstrate the adverse effects required by s. 15(1). For example, although I wish to express no opinion on this point, I note that no particular effort was made in this case to establish the circumstances of single mothers. If, for example, it could be established that women are more likely than men to head single-parent households, one can imagine that an adverse effects analysis involving single mothers might

celui des femmes mariées entrepreneures. Il est important de comprendre que c'est sur cet aspect qu'elle a axé ses éléments de preuve.

Je tiens à faire remarquer qu'un aspect curieux du pourvoi tient à ce que le pourvoi de l'appelante est axé sur la situation des travailleuses indépendantes à l'exclusion des femmes ayant un revenu d'emploi. Il est utile de signaler le commentaire du professeur Macklin, *loc. cit.*, à la p. 512:

[TRADUCTION] Si l'article 15 vise dans ce contexte à remédier à l'incidence discriminatoire des lois fiscales sur les membres des groupes défavorisés, il n'existe aucun prétexte pour limiter l'examen au paragraphe 18(1) de la Loi ou les réparations aux femmes d'affaires. En ce qui concerne les déductions fiscales, la véritable question serait l'insuffisance de la déduction partielle prévue à l'article 63 quand il s'agit de faciliter l'accès des travailleuses indépendantes et salariées au marché du travail rémunéré. [. . .] Le fait qu'une femme soit qualifiée de travailleuse indépendante ou salariée n'a aucune importance lorsqu'il faut déterminer si le régime existant perpétue un état de subordination. [En italique dans l'original.]

C'est certainement la juxtaposition du par. 8(2) et de l'art. 9 de la *Loi* qui a amené l'appelante à prendre la position qu'elle a adoptée. En vertu du par. 8(2) de la *Loi*, il est généralement interdit aux employés de faire des déductions sur un revenu d'emploi. C'est pourquoi l'appelante a jugé souhaitable en l'espèce de particulariser sa situation par rapport à celle des personnes ayant un revenu d'emploi. Lorsqu'on examine ses arguments à partir des principes d'interprétation des lois, ce raisonnement est compréhensible. Lorsque l'on se fonde sur la *Charte*, il l'est moins.

Dans un autre contexte, un sous-groupe différent de femmes, qui présenterait des éléments de preuve différents relativement à l'art. 63, pourrait bien arriver à démontrer les effets préjudiciables exigés par le par. 15(1). Par exemple, bien que je ne désire pas exprimer d'opinion sur ce sujet, je remarque que l'on ne s'est pas efforcé en l'espèce de faire ressortir la situation des mères célibataires. Si, par exemple, on pouvait démontrer que plus de femmes que d'hommes sont chefs de familles monoparentales, on peut imaginer que l'analyse

well take a different course, since child care expenses would thus disproportionately fall upon women. That would be a question of proof, and it might involve other complicated questions associated with the alimony and maintenance provisions of the *Act*. This Court has not had the benefit of argument with respect to any of these issues.

Equally, the material which has been placed before this Court demonstrates certain distinctions created by s. 63, but no attempt has been made to link these distinctions to personal characteristics comprehended by an enumerated or analogous grounds approach to s. 15(1) of the *Charter*. In this respect, I note the following comment from the *Report of the Task Force on Child Care, supra*, at p. 173, which relates to the earned income limitations in s. 63:

These limitations penalize families in which one spouse, either regularly or temporarily, has a very low income. This affects primarily part-time-working women with low earnings, business people who experience short-term business losses, and farmers who experience a loss or a period of low income. . . . Even if the other spouse has earned income, no deduction is allowed because only the lower-income spouse can make the claim.

To the extent that this quotation discusses a s. 63 distinction between parents and others, I reiterate that the appellant's equality argument before this Court effectively ignored the relevance of a parental status distinction. The same is certainly true with respect to business people in a loss position and farmers. Finally, to the extent that this quotation discusses an effect upon "part-time-working women with low earnings" and, therefore, seems to indicate an effect upon women as a class, I have two comments.

First, to say that the s. 63 deduction is more often denied to women is to recognize a reality,

des effets préjudiciables concernant la situation des mères célibataires pourrait bien avoir un cheminement différent, puisque les frais de garde d'enfants incomberaient alors, dans une mesure disproportionnée, à des femmes. Il s'agirait d'une question de preuve, susceptible de soulever d'autres questions complexes se rattachant aux dispositions alimentaires de la *Loi*. Notre Cour n'a pas eu l'avantage d'entendre des arguments relativement à ces questions.

De même, les documents déposés devant notre Cour démontrent que l'art. 63 crée certaines distinctions; toutefois, on n'a pas tenté d'établir un lien entre ces distinctions et les caractéristiques personnelles visées dans l'analyse des motifs énumérés ou analogues relativement au par. 15(1) de la *Charte*. À cet égard, je cite un extrait du *Rapport du Groupe d'étude sur la garde des enfants, op. cit.*, (à la p. 202) qui parle des limites du revenu gagné visé à l'art. 63:

Ces limites pénalisent les familles où l'un des conjoints, que ce soit de façon régulière ou intermittente, ne gagne qu'un revenu très modique. Ces mesures touchent principalement les femmes qui travaillent à temps partiel et dont les gains sont faibles, les gens d'affaires qui subissent des pertes commerciales à court terme et les agriculteurs qui subissent une perte de revenus ou traversent une période de faibles revenus. [. . .] Même si l'autre conjoint a gagné un revenu, aucune déduction n'est permise, car seul le conjoint dont le revenu est le moins élevé peut se prévaloir de la déduction.

Dans la mesure où ce passage traite d'une distinction à l'art. 63 entre les parents et d'autres, je tiens à répéter que, devant notre Cour, l'appelante, dans son argument fondé sur l'égalité, a écarté en fait la pertinence d'une distinction fondée sur l'état parental. On peut en dire autant des gens d'affaires qui subissent une perte et des agriculteurs. Enfin, dans la mesure où cet extrait parle d'un effet des mesures en question sur «les femmes qui travaillent à temps partiel et dont les gains sont faibles» et, en conséquence, semble indiquer un effet sur les femmes en tant que catégorie, j'ai deux commentaires.

Premièrement, affirmer que l'on refuse plus souvent aux femmes la déduction visée à l'art. 63 est

namely, that when there are two supporting persons in a household, the woman is more often the lower income earner. Although both supporting persons contribute to the actual child care expenses incurred, the deduction will be denied to the woman as the lower income earner. In this sense, then, the woman is more often “affected” by s. 63. However, to describe s. 63 in this fashion is not to admit that s. 63 has an “adverse effect” which subordinates women. As I described above, to deny the deduction to women would only exaggerate a societal inequality if the woman in question actually paid more child care expenses. Since, as I have already indicated, proof is lacking on this point, the only obvious distinction is a parental one. And, as just noted, the appellant’s focus has effectively excluded parental status arguments.

My second comment follows from the first. If one accepts that two supporting persons actually contribute in monetary terms to child care expenses, by denying a deduction through the earned income limitation, s. 63 will not always work a hardship. For example, in families involving part-time working women with low income, s. 63 may provide limited recognition of “the untaxed preference that the tax system gives to imputed family income contributed by non-earning spouses by way of non-market household services”: *Report of the Task Force on Child Care, supra*, at p. 295. The earned income limitation would, under this reasoning, underscore a position of inequality in the case of families with an overall low income. Such families would arguably be denied the s. 63 deduction in the face of a demonstrated need for it. Certainly, there has been no attempt to involve the circumstances of low income Canadians in this *Charter* challenge.

Having discussed the manner in which this s. 15(1) case was brought forward, it is only fair to

reconnaître une réalité: lorsque deux personnes dans un ménage assument les frais d’entretien, la femme est beaucoup plus souvent celle qui a le revenu le moins élevé. Bien que ces deux personnes participent aux frais réels de garde des enfants, la déduction est alors refusée à la femme du fait de son revenu moins élevé. En ce sens alors, la femme est plus souvent «touchée» par l’art. 63. Toutefois, cette façon de décrire l’art. 63 ne revient pas à admettre que l’art. 63 a un «effet préjudiciable» qui subordonne les femmes. Comme je l’indiquais précédemment, refuser la déduction à la femme ne ferait qu’exagérer une inégalité sociale si c’est la femme qui a assumé la plus grande partie des frais de garde des enfants. Puisqu’il manque, comme je l’ai déjà indiqué, des éléments de preuve sur ce point, la seule distinction évidente est celle qui repose sur l’état parental, et, comme je viens de le mentionner, l’argumentation de l’appelante revenait à exclure les moyens fondés sur l’état parental.

Mon deuxième commentaire découle du premier. Si l’on accepte que deux personnes assumant les frais d’entretien contribuent financièrement aux frais de garde d’enfants, l’art. 63, en refusant une déduction par application de la limite du revenu gagné, n’entraînera pas toujours un préjudice. Par exemple, dans le cas des familles où la femme occupe un emploi à temps partiel lui procurant un revenu peu élevé, l’art. 63 peut reconnaître dans une certaine mesure «la préférence non imposée que le système fiscal accorde au revenu familial imputé hors-marché assuré par les épouses non rémunérées»: *Rapport du Groupe d’étude sur la garde des enfants, op. cit.*, à la p. 346. D’après ce raisonnement, la limite en fonction du revenu gagné mettrait en évidence une situation d’inégalité dans le cas de familles possédant un revenu global peu élevé. On pourrait soutenir que ces familles se verraient privées de la déduction visée à l’art. 63 dans un cas de besoin démontré. Les arguments fondés sur la *Charte* en l’espèce n’ont en aucune façon tenté de traiter de la situation des Canadiens à revenus peu élevés.

Après avoir examiné ainsi la façon dont le par. 15(1) a été invoqué en l’espèce, il est juste d’ajou-

add a few comments with respect to the remainder of the s. 15(1) analysis, which is not, strictly speaking, necessary to decide. As my comments immediately above relating to single mothers imply, if I were convinced that s. 63 has an adverse effect upon some women (for example, in this case, self-employed women), I would not be concerned if the effect was not felt by all women. That an adverse effect felt by a subgroup of women can still constitute sex-based discrimination appears clear to me from a consideration of past decisions: *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, *supra*; *Janzen v. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1252; see also *Schachtschneider v. Minister of National Revenue* (1993), 154 N.R. 321 (F.C.A.), *per* Linden J.A.

At issue in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.* was whether a health insurance plan which denied benefits to pregnant women was discriminatory on the basis of sex. Obviously, not all women become pregnant, nor do those women who become pregnant all become pregnant at the same time. Nonetheless, discrimination on the basis of sex was found. Dickson C.J. stated (at p. 1247):

While pregnancy-based discrimination only affects part of an identifiable group, it does not affect anyone who is not a member of the group. Many, if not most, claims of partial discrimination fit this pattern.

Similarly, in *Janzen v. Platy Enterprises*, *supra*, sexual harassment was realized to constitute discrimination on the basis of sex, notwithstanding the reality that a harasser will not uniformly harass all women. Dickson C.J. expressed this realization in the following way (at pp. 1288-89):

While the concept of discrimination is rooted in the notion of treating an individual as part of a group rather than on the basis of the individual's personal characteristics, discrimination does not require uniform treatment of all members of a particular group. It is sufficient that ascribing to an individual a group characteristic is one factor in the treatment of that individual. If a finding of

ter quelques commentaires quant au reste de l'analyse fondée sur le par. 15(1), à laquelle il n'est pas, à strictement parler, nécessaire de procéder. Comme le laissent entendre les commentaires que je viens de faire sur les mères célibataires, si j'étais convaincu que l'art. 63 a un effet préjudiciable sur certaines femmes (par exemple, en l'espèce, les travailleuses indépendantes), je ne serais pas préoccupé par le fait que toutes les femmes ne se trouvent pas à subir cet effet préjudiciable. Mon examen de la jurisprudence montre clairement qu'un effet préjudiciable subi par un sous-groupe de femmes peut quand même constituer une discrimination: *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, précité; *Janzen c. Platy Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; voir aussi *Schachtschneider c. Minister of National Revenue* (1993), 154 N.R. 321 (C.A.F.), le juge Linden.

Dans l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, il fallait décider si un régime d'assurance maladie qui privait les femmes enceintes de certaines prestations créait une discrimination fondée sur le sexe. De toute évidence, toutes les femmes ne deviennent pas enceintes et elles ne le sont pas toutes en même temps. Néanmoins, on a conclu qu'il y avait discrimination fondée sur le sexe. Le juge en chef Dickson affirmait (à la p. 1247):

Quoique la discrimination fondée sur la grossesse ne puisse frapper qu'une partie d'un groupe identifiable, elle ne peut frapper personne en dehors de ce groupe. Un grand nombre, sinon la majorité, des cas de discrimination partielle possèdent cette caractéristique.

De même, dans l'arrêt *Janzen c. Platy Enterprises*, précité, on a statué que le harcèlement sexuel constituait une discrimination fondée sur le sexe, même si l'auteur du harcèlement n'harcèle pas uniformément toutes les femmes. Le juge en chef Dickson exprime ce point de vue de la façon suivante (aux pp. 1288 et 1289):

Bien que le concept de discrimination trouve sa source dans le traitement accordé à un particulier en raison de son appartenance à un groupe plutôt qu'en raison de ses caractéristiques personnelles, il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait discrimination, que tous les membres du groupe concerné soient traités de la même façon. Il suffit que l'attribution d'une caractéristique du groupe visé

discrimination required that every individual in the affected group be treated identically, legislative protection against discrimination would be of little or no value.

In my view, if it were possible in another case to prove that s. 63 of the *Act* caused an adverse effect for some subgroup of women, s. 63 would be discriminatory on the basis of sex following both *Brooks, supra*, and *Janzen, supra*. In some respects, this seems like a broad result, in so far as the basis of discrimination is not narrowed beyond "sex". However, a finding of sex discrimination need not necessarily have widespread effects. One must always consider whether the discriminatory provision could be saved by s. 1 of the *Charter*. And, assuming it could not be, it would seem self-evident that if only some women were adversely affected by a provision, it might be possible to fashion remedies to respond only to the affected subgroup, rather than to all women.

In addition to recognizing remedial issues which might need to be addressed, I acknowledge that to find sex-based discrimination with respect to s. 63 would involve a feature not present in either *Brooks* or *Janzen*. Whereas in *Brooks* it was noted that "only women have the capacity to become pregnant" (at p. 1242), and whereas in *Janzen* it was noted that "only female employees . . . ran the risk of sexual harassment" (at p. 1290), in a case involving an adverse effects analysis under s. 63 of the *Act*, it would be possible to point to both men and women who would be negatively affected by a limitation on the child care expense deduction.

Following upon this acknowledgment, however, the important thing to realize is that there is a difference between being able to point to individuals negatively affected by a provision, and being able to prove that a group or subgroup is suffering an adverse effect in law by virtue of an impugned

à un de ses membres en particulier constitue un facteur du traitement dont il fait l'objet. S'il fallait, pour conclure à la discrimination, que tous les membres du groupe visé soient traités de façon identique, la protection législative contre la discrimination aurait peu ou pas de valeur.

À mon avis, s'il était possible d'établir dans un autre cas que l'art. 63 de la *Loi* a un effet préjudiciable sur un certain groupe de femmes, cet article serait discriminatoire pour un motif fondé sur le sexe, selon les arrêts *Brooks* et *Janzen*, précités. À certains égards, cela semble un résultat général, dans la mesure où le fondement de la discrimination n'est pas particularisé au-delà du «sexe». Toutefois, conclure qu'il y a discrimination fondée sur le sexe n'aura pas nécessairement des effets généraux. Il faut toujours examiner si la disposition discriminatoire peut se justifier en vertu de l'article premier de la *Charte*. En supposant qu'elle ne puisse l'être, il semble évident que l'on pourrait, dans le cas où une disposition préjudiciale quelques femmes seulement, concevoir des réparations visant seulement le sous-groupe préjudicié, et non toutes les femmes.

En plus de reconnaître les questions que pourraient soulever les réparations, je tiens à préciser que conclure que l'art. 63 établit une distinction fondée sur le sexe impliquerait un élément que l'on ne retrouve ni dans *Brooks* ni dans *Janzen*. Alors que dans l'arrêt *Brooks* on a fait remarquer que «seules les femmes ont la possibilité de devenir enceintes» (à la p. 1242) et que, dans l'arrêt *Janzen*, on a précisé que «seules les employées étaient exposées au harcèlement sexuel» (à la p. 1290), dans un cas nécessitant une analyse des effets préjudiciables relativement à l'art. 63 de la *Loi*, on pourrait faire ressortir qu'une limite de la déduction pour frais de garde d'enfants pourrait avoir une incidence négative tant sur les hommes que sur les femmes.

Cela étant, il importe maintenant de se rendre compte qu'il existe une différence entre l'identification de personnes subissant l'effet défavorable d'une disposition et la démonstration qu'un groupe ou un sous-groupe subit un effet préjudiciable en droit en raison d'une disposition contestée.



provision. As already noted, proof of inequality is a comparative process: *Andrews, supra*. If a group or subgroup of women could prove the adverse effect required, the proof would come in a comparison with the relevant body of men. Accordingly, although individual men might be negatively affected by an impugned provision, those men would not belong to a group or subgroup of men able to prove the required adverse effect. In other words, only women could make the adverse effects claim, and this is entirely consistent with statements such as that found in *Brooks, supra*, to the effect that “only women have the capacity to become pregnant” (at p. 1242).

Looking at this point a different way, if s. 63 creates an adverse effect upon women (or a subgroup) in comparison with men (or a subgroup), the initial s. 15(1) inquiry would be satisfied: a distinction would have been found based upon the personal characteristic of sex. In the second s. 15(1) inquiry, however, the sex-based distinction could only be discriminatory with respect to either women or men, not both. The claimant would have to establish that the distinction had “the effect of imposing a burden, obligation or disadvantage not imposed upon others or of withholding or limiting access to opportunities, benefits and advantages available to others” (*Swain, supra*, at p. 992). The burden or benefit could not, as a logical proposition, fall upon both sexes. Likewise, to the extent that a court might undertake a broader search for “disadvantage that exists apart from and independent of the particular legal distinction being challenged” (*Turpin, supra*, at p. 1332), I cannot imagine how such disadvantage could be located for both men and women at the same time.

(d) Conclusions With Respect to s. 15(1) of the Charter

Given the evidentiary focus of this case, I have concluded that the appellant has not proved that s. 63 of the *Act* involves a distinction between men

Comme je l’ai déjà fait remarquer, la preuve de l’inégalité est un processus comparatif: *Andrews, précité*. Si un groupe ou un sous-groupe de femmes pouvait prouver l’effet préjudiciable requis, la preuve proviendrait d’une comparaison avec le groupe d’hommes pertinent. En conséquence, bien qu’une disposition contestée puisse avoir une incidence négative sur des hommes pris individuellement, ceux-ci ne feraient pas partie d’un groupe ou sous-groupe d’hommes en mesure de prouver l’effet préjudiciable requis. En d’autres termes, seulement des femmes pourraient soutenir qu’il y a effet préjudiciable, ce qui est entièrement compatible avec les énoncés formulés dans l’arrêt *Brooks, précité*, savoir que «seules les femmes ont la possibilité de devenir enceintes» (à la p. 1242).

Prenons ce point sous un autre angle: si l’art. 63 créait un effet préjudiciable sur les femmes (ou un sous-groupe) par rapport aux hommes (ou un sous-groupe), l’étape initiale de l’analyse fondée sur le par. 15(1) serait satisfaite: il se trouverait à exister une distinction fondée sur la caractéristique personnelle que constitue le sexe. Toutefois, au deuxième stade de l’analyse fondée sur le par. 15(1), la distinction fondée sur le sexe ne pourrait être discriminatoire qu’à l’endroit des femmes ou des hommes, et non pas des deux. Le demandeur devrait établir si la distinction «a pour effet d’imposer des fardeaux, des obligations ou des désavantages non imposés à d’autres ou d’empêcher ou de restreindre l’accès aux possibilités, aux bénéfices et aux avantages offerts à d’autres» (voir l’arrêt *Swain, précité*, à la p. 992). En toute logique, le fardeau ou l’avantage ne pourrait exister à la fois pour les femmes et les hommes. De même, si un tribunal pouvait entreprendre la recherche plus large d’un «désavantage qui existe indépendamment de la distinction juridique précise contestée» (arrêt *Turpin, précité*, à la p. 1332), je ne peux voir comment ce désavantage pourrait exister à la fois pour les hommes et les femmes.

d) Conclusions quant au par. 15(1) de la Charte

Vu l’orientation de la preuve en l’espèce, je conclus que l’appelante n’a pas établi que l’art. 63 de la *Loi* comporte une distinction entre les hommes

and women, as required by the equality challenge she has brought under s. 15(1) of the *Charter*. Accordingly, the limitations upon child care deductions in that section have not been proved to be unconstitutional in this case. Revenue Canada's reassessment of the appellant's deductions in respect of taxation year 1985 is affirmed.

3. *Concluding comments with respect to s. 1 of the Charter*

Although many complex equality issues inform the present appeal, I have concluded that the appeal should be dismissed since the evidentiary foundation inadequately supports the appellant's position. In concluding in that fashion, however, I felt compelled above to make certain remarks relating to the kind of evidence needed in such a case, and relating to the nature of sex discrimination in an adverse effects case involving the *Income Tax Act*. To complete this process, it may be helpful to make two remarks with respect to s. 1 of the *Charter*, notwithstanding that recourse to s. 1 is unnecessary in this case, and notwithstanding that I do not intend to engage in a s. 1 analysis as such.

First, I must express some concerns with the extent to which the respondent presented a s. 1 argument. The government, of course, bears the burden of proving that a *Charter* infringement is a reasonable limit, demonstrably justified in a free and democratic society: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, at pp. 136-37. Although a variety of information was placed before this Court which could be used in a s. 1 analysis (such as the white papers, Hansard, and reports on child care referred to by the Federal Court of Appeal below), most of this information was not specifically related to s. 1 of the *Charter* in any way. Instead, these materials formed a background with respect to the statutory interpretation of the *Act*. As noted by this Court in *Schachter v. Canada*, [1992] 2 S.C.R. 679, at p. 695, courts should not be left in a factual vac-

et les femmes, comme l'exige la contestation fondée sur l'égalité qu'elle a engagée en vertu du par. 15(1) de la *Charte*. En conséquence, on n'a pas établi en l'espèce que les limites des déductions pour frais de garde d'enfants sont inconstitutionnelles. La nouvelle cotisation de Revenu Canada quant aux déductions de l'appelante pour l'année d'imposition 1985 est confirmée.

3. *Conclusions quant à l'article premier de la Charte*

Bien que de nombreuses questions complexes soient soulevées dans le présent pourvoi, je conclus qu'il doit être rejeté puisque la preuve présentée ne suffit pas à appuyer la position de l'appelante. Toutefois, j'estime devoir ajouter à cette conclusion certaines remarques quant au type de preuve nécessaire dans ce type de dossier, et à la nature de la discrimination fondée sur le sexe dans le cadre d'une affaire portant sur des effets préjudiciables entraînés par la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Pour clore la discussion, il pourrait être utile d'ajouter deux remarques relativement à l'article premier de la *Charte*, quoiqu'il ne soit pas nécessaire de l'appliquer en l'espèce et que je n'aie pas l'intention de procéder à une véritable analyse fondée sur l'article premier.

Premièrement, je tiens à exprimer certaines préoccupations quant à la façon dont l'intimée a présenté son argumentation relative à l'article premier. Certes, il incombe au gouvernement d'établir qu'une violation de la *Charte* constitue une limite raisonnable dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, aux pp. 136 et 137. Bien que divers documents aient été présentés à notre Cour aux fins d'une analyse fondée sur l'article premier (les livres blancs, le compte rendu officiel des débats et des rapports sur la garde des enfants mentionnés devant la Cour d'appel fédérale), la plupart ne se rapportaient pas spécifiquement à l'article premier de la *Charte*. Ces documents visaient plutôt à établir un contexte d'interprétation de la *Loi*. Comme l'a souligné notre Cour dans l'arrêt *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679, à la p. 695, les tribunaux ne devraient pas être devant un vide factuel lorsqu'il

uum when the legislative objective embodied in an impugned provision falls to be determined.

Having expressed this point, however, I must nonetheless make a second point which relates to the analysis of legislative objective under s. 1 of the *Charter*. As I discussed at the outset of the s. 15(1) analysis, the appellant's *Charter* arguments did not consider the importance of viewing s. 63 as a complete response to child care expenses. I believe that one effect of this approach is that the appellant's arguments were presented in a curious isolation. We were invited to consider the *Charter* only with respect to self-employed women, and it was suggested to us that a remedy could be granted, without the need to consider the position of other women, other parents, or the government's overall response to child care needs.

Instead of focusing upon the manner in which s. 63 of the *Act* operates as a child care system, the present appeal focused only upon the propriety of an instrumental result. This Court was invited to use the *Charter* to rectify a disadvantage allegedly suffered by businesswomen *vis à vis* businessmen, and, in the process, this Court was invited to ignore the effect of allowing a complete deduction on the rest of the system. At the s. 1 stage of *Charter* analysis, however, such an instrumental approach is inappropriate. In order to examine properly the validity of legislative objectives in a case such as the present one, it is important to consider both the operation of the *Act* as a whole, and the operation of other government systems relating to child care.

With respect to the *Act* itself, it is certainly relevant to consider how income tax deductions affect the class of taxpayers who need help with child care. In particular, I advert to the well known fact that tax deductions operate as upside-down subsidies. This feature of deductions was well canvassed in the *Report of the Task Force on Child Care* (*supra*, at p. 169):

faut déterminer l'objectif législatif de la disposition attaquée.

Toutefois, même après avoir exprimé ce point de vue, je dois faire une deuxième observation sur l'analyse de l'objectif législatif en vertu de l'article premier de la *Charte*. Comme je l'ai précisé au début de mon analyse fondée sur le par. 15(1), l'appelante, dans le cadre de ses arguments fondés sur la *Charte*, n'a pas envisagé l'importance de considérer l'art. 63 comme une réponse complète à la question des frais de garde d'enfants. À mon avis, en procédant ainsi, l'appelante s'est trouvée à présenter ses arguments d'une façon curieusement isolée. On nous a demandé d'examiner la *Charte* par rapport aux travailleuses indépendantes seulement; on a aussi indiqué qu'une réparation pourrait être accordée sans qu'il soit nécessaire d'examiner la situation d'autres femmes ou d'autres parents, ni l'ensemble des mesures gouvernementales relatives aux besoins de garde d'enfants.

Au lieu d'examiner comment l'art. 63 de la *Loi* crée un régime relatif aux frais de garde d'enfants, le présent pourvoi a mis l'accent seulement sur le bien-fondé d'un résultat fractionné. On a invité notre Cour à utiliser la *Charte* pour remédier à un désavantage allégué des femmes d'affaires par rapport aux hommes d'affaires et, de ce fait, à ne pas considérer l'incidence d'une déduction complète sur le reste du système. Toutefois, à l'étape de l'analyse fondée sur l'article premier de la *Charte*, une telle analyse fractionnée ne convient pas. Pour bien examiner la validité des objectifs législatifs dans un cas comme en l'espèce, il importe d'examiner à la fois l'effet de la *Loi* dans son ensemble ainsi que l'effet d'autres régimes gouvernementaux sur la garde des enfants.

En ce qui concerne la *Loi*, il est certainement pertinent d'examiner comment les déductions fiscales touchent la catégorie des contribuables qui ont besoin d'aide relativement à la garde d'enfants. Je fais allusion au fait bien connu que les déductions fiscales agissent à titre de subventions inversées. Cet aspect des déductions est fort bien examiné dans le *Rapport du Groupe d'étude sur la garde des enfants* (*loc. cit.*, à la p. 196):

... because the value of the deduction is dependent on the taxpayer's highest marginal rate of tax, the value of the deduction is greater for high-income earners than for low-income earners, a prime characteristic of a regressive tax measure. Indeed, surprisingly, the premise of the deduction seems to be that a person's need for it rises proportionately with income. Moreover, the deduction is of no benefit whatsoever to individuals who, because of insufficient income, do not have tax to pay, although their need is greatest of all.

The Task Force on Child Care did not recommend that the future development of a child care system contain relief in the form of tax measures, although, in the interim, it was recommended that the deductibility levels established by s. 63 be left intact: *supra*, at p. 375. In my opinion, it would be strange indeed for this Court to consider uncapping a child care expense deduction, without even considering the very real drawbacks of tax deductions in equality terms.

In a similar fashion, I do not believe that the tax deduction for child care expenses could be properly examined by this Court without consideration being given to the entire range of government responses to family and child care issues. If inequities are proved to exist within s. 63, surely it must be relevant to consider the extent to which other government programs respond to those inequities. I do not, by any means, wish to suggest that a complete response to child care exists in Canada, nor do I say that courts need only arrange the pieces of a complicated child care puzzle. Instead, I simply wish to recognize that proper examination of a taxation response to child care expenses requires one to contextualize the fiscal response to the greatest degree possible, in order to determine whether an apparent inequality discloses a justifiable legislative objective of a much broader kind.

Having made these brief remarks, I consider it unnecessary to further consider s. 1 of the *Charter*,

... comme la valeur de la déduction dépend du taux d'imposition marginal le plus élevé du contribuable, la valeur de la déduction est plus intéressante pour les personnes qui touchent des revenus élevés que pour celles qui touchent des revenus modiques; il s'agit là d'une caractéristique marquante d'une mesure fiscale régressive. En fait, et cela est surprenant, la déduction semble reposer sur le principe que la nécessité de cette déduction augmente proportionnellement au revenu. Par ailleurs, la déduction n'est d'aucun avantage aux personnes qui, n'ayant pas gagné de revenus suffisants, n'ont pas d'impôt à payer, même si ce sont elles qui en ont le plus besoin.

Le Groupe d'étude sur la garde des enfants n'a pas recommandé que l'élaboration d'un système de garde des enfants prévoie une assistance sous forme de mesures fiscales, mais il a recommandé que dans l'intervalle les limites actuelles des déductions pour frais de garde demeurent inchangées: *op. cit.*, à la p. 437. À mon avis, il serait plutôt étrange que notre Cour lève la limite de la déduction pour frais de garde, sans même tenir compte des désavantages très réels des déductions fiscales sur le plan de l'égalité.

De même, je ne crois pas que notre Cour puisse correctement examiner la déduction fiscale pour frais de garde d'enfants sans se pencher sur toute la gamme des mesures gouvernementales relatives à la famille et à la garde des enfants. Si l'on établit que l'art. 63 entraîne des inégalités, il doit certainement être pertinent d'examiner dans quelle mesure d'autres programmes gouvernementaux répondent à ces inégalités. Je ne veux pas laisser entendre qu'il existe au Canada un ensemble exhaustif de mesures en matière de garde d'enfants, ni que les tribunaux doivent seulement organiser les pièces du casse-tête fort compliqué de la garde des enfants. En fait, je veux tout simplement reconnaître qu'il faut le plus possible situer dans le contexte approprié les mesures fiscales en matière de frais de garde d'enfants lorsqu'il s'agit de déterminer si une apparente inégalité révèle un objectif législatif justifiable de beaucoup plus grande envergure.

Compte tenu de ces brefs commentaires, j'estime inutile de pousser davantage l'analyse en

or the appropriateness of the s. 15(1) challenge in this case.

## VI. Conclusion

For the foregoing reasons, I conclude that child care expenses are deductible solely under s. 63 of the *Act*, and that s. 63 represents a systemic response to child care in income tax terms. With respect to the constitutional questions, I conclude that no violation of s. 15 of the *Charter* has been proved in this case, and, in particular, that s. 63 has not been proved to violate the appellant's right to equality. This being the case, it is unnecessary to consider the second constitutional question.

More specifically, I would answer the constitutional questions as follows:

Question 1: If ss. 9, 18 and 63 of the *Income Tax Act* are not open to an interpretation other than that full child care expenses of the appellant are not deductible as business expenses, does any part, or do any or all of these sections, infringe or deny rights guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Answer: No.

Question 2: To the extent that the above sections of the *Income Tax Act* infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are these sections justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: It is not necessary to answer this question.

I would dismiss the appeal with costs and affirm the Minister's reassessments which disallowed the deductions claimed by the appellant.

vertu de l'article premier de la *Charte* ou d'examiner le bien-fondé de la contestation fondée sur le par. 15(1) en l'espèce.

## <sup>a</sup> VI. Conclusion

Pour les motifs qui précèdent, je conclus que les frais de garde d'enfants sont déductibles seulement en vertu de l'art. 63 de la *Loi*, et que l'art. 63 représente une réponse systémique à la question de la garde des enfants du point de vue fiscal. En ce qui concerne les questions constitutionnelles, je conclus qu'on n'a pas établi en l'espèce la violation de l'art. 15 de la *Charte*, et plus particulièrement, la violation des droits à l'égalité de l'appelante par l'art. 63. Cela étant, il est inutile d'examiner la deuxième question constitutionnelle.

<sup>d</sup> Je répondrais de la façon suivante aux questions constitutionnelles:

Question 1: Si les art. 9, 18 et 63 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne se prêtent pas à une interprétation autre que celle selon laquelle il est impossible pour l'appelante de déduire tous ses frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise, l'un ou l'autre ou l'ensemble de ces articles, en tout ou en partie, portent-ils atteinte aux droits garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

Réponse: Non.

<sup>g</sup> Question 2: Dans la mesure où les articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* mentionnés ci-dessus portent atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, conformes à la *Loi constitutionnelle de 1982*?

<sup>i</sup> Réponse: Il n'est pas nécessaire de répondre à cette question.

<sup>j</sup> Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de confirmer les nouvelles cotisations du ministre qui rejetaient les déductions demandées par l'appelante.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — Ms. Elizabeth Symes is a lawyer and as such a business-woman; she is also the mother of two children. During the taxation years 1982 through 1985, she claimed her child care expenses as a “business expense” under the provisions of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 (the “*Act*”). This appeal concerns the statutory interpretation of the *Act* and, in particular, ss. 9, 18(1)(a), 18(1)(h) and 63. It also requires that we ask fundamental and complex questions about the visions of equality and inclusivity that mould our legal constructs.

#### I. Facts

The relevant facts can be easily summarized and are not contested. Elizabeth Symes practises in the legal profession and between 1982 and 1985 hired a nanny, Mrs. Simpson, to care for her two children so that she could work. During the 1982, 1983, 1984 and 1985 taxation years, she deducted the salary she paid to Mrs. Simpson as a business expense. The Minister of National Revenue (MNR) disallowed these deductions, although he allowed a revised child care deduction under s. 63(1) of the *Act* of \$1,000 for the 1982 expense, a \$2,000 deduction for the 1983 and 1984 expense and a \$4,000 deduction for the 1985 expense. The MNR disallowed the deductions on the basis that the wages paid were personal or living expenses under s. 18(1)(h) of the *Act*, and not outlays or expenses incurred for the purpose of gaining or producing income from business under s. 18(1)(a) of the *Act*.

Ms. Symes appealed the MNR's reassessments to the Federal Court, Trial Division. Cullen J. concluded that the child care expenses could be deducted as a business expense. The respondent appealed to the Federal Court of Appeal, which

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Madame Elizabeth Symes est avocate et, en conséquence, femme d'affaires; elle est également mère de deux enfants. Au cours des années d'imposition de 1982 à 1985, elle a réclamé la déduction de ses frais de garde d'enfants à titre de «dépense d'entreprise» en vertu des dispositions de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148 (la «*Loi*»). Le présent pourvoi porte sur l'interprétation de la *Loi*, plus particulièrement l'art. 9, les al. 18(1)a) et 18(1)h) et l'art. 63. Il nous oblige également à nous poser des questions fondamentales et complexes sur les principes d'égalité et de participation qui imprègnent nos concepts juridiques.

#### d I. Les faits

Les faits pertinents peuvent être facilement résumés et ne sont pas contestés. Elizabeth Symes pratique la profession d'avocat et, pour pouvoir l'exercer, elle a engagé, entre 1982 et 1985, une gardienne d'enfants, M<sup>me</sup> Simpson, pour s'occuper de ses deux enfants. Pour les années d'imposition 1982, 1983, 1984 et 1985, elle a déduit le salaire versé à M<sup>me</sup> Simpson à titre de dépense d'entreprise. Le ministre du Revenu national (MRN) a refusé ces déductions tout en permettant une déduction révisée pour frais de garde d'enfants en vertu du par. 63(1) de la *Loi*, soit 1 000 \$ à titre de dépense pour 1982, 2 000 \$ pour les années 1983 et 1984 et une déduction de 4 000 \$ pour 1985. Le MRN a refusé les déductions réclamées au motif que le salaire versé constituait des frais personnels ou des frais de subsistance en vertu de l'al. 18(1)h) de la *Loi*, et non un débours ou une dépense engagés en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou de faire produire un revenu à l'entreprise en vertu de l'al. 18(1)a) de la *Loi*.

Madame Symes en a appelé des nouvelles cotisations auprès de la Section de première instance de la Cour fédérale. Le juge Cullen a conclu que les frais de garde d'enfants pouvaient être déduits à titre de dépense d'entreprise. L'intimée a porté

allowed the appeal and restored the notices of reassessment issued by the MNR.

## II. Relevant Statutory Provisions

*Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended:

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 . . . 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;

4. (1) For the purposes of this Act,

(a) a taxpayer's income . . . for a taxation year from an office, employment, business, property or other source . . . is the taxpayer's income . . . computed in accordance with this Act on the assumption that he had during the taxation year no income . . . except from that source . . . and was allowed no deductions in computing his income for the taxation year except such deductions as may reasonably be regarded as wholly applicable to that source . . . and except such part of any other deductions as may reasonably be regarded as applicable thereto . . .

(2) Subject to subsection (3), in applying subsection (1) for the purposes of this Part, no deductions permitted by sections 60 to 63 are applicable either wholly or in part to a particular source. . . .

(4) Unless a contrary intention is evident, no provision of this Part shall be read or construed to require the inclusion or to permit the deduction, in computing the income of the taxpayer for a taxation year or his income or loss for a taxation year from a particular source or from sources in a particular place, of any amount to the extent that that amount has been included or deducted, as the case may be, in computing such income or loss

cette décision en appel devant la Cour d'appel fédérale, laquelle a accueilli l'appel et rétabli les avis de nouvelle cotisation émis par le MRN.

## a II. Les dispositions législatives pertinentes

*Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, modifiée:

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 [. . .] 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;

4. (1) Aux fins de la présente loi,

a) le revenu [. . .] d'un contribuable pour une année d'imposition, provenant d'une charge, d'un emploi, d'une entreprise, de biens ou d'une autre source [. . .] signifie le revenu [. . .] du contribuable, calculé conformément à la présente loi, en supposant que ce contribuable n'a eu, durant l'année d'imposition, aucun revenu [. . .] sauf ce qui provenait de cette source [. . .] et qu'il n'avait droit à aucune déduction lors du calcul de son revenu pour l'année d'imposition à l'exception des déductions qui peuvent raisonnablement être considérées comme entièrement applicables à cette source [. . .] et à l'exception de la partie de toutes autres déductions qui peut raisonnablement être considérée comme applicable à cette source . . .

(2) Sous réserve du paragraphe (3), pour l'application du paragraphe (1) aux fins de la présente Partie, aucune des déductions autorisées par les articles 60 à 63 n'est applicable, en totalité ou en partie, à une source déterminée . . .

(4) Sauf intention contraire évidente, aucune des dispositions de la présente Partie ne doit s'interpréter comme exigeant l'inclusion ou permettant la déduction, lors du calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition ou du revenu ou de la perte de ce contribuable pour une année d'imposition, provenant d'une source déterminée ou de sources situées dans un endroit déterminé, de toute somme dans la mesure où

under, in accordance with or by virtue of any other provision of this Part.

9. (1) Subject to this Part, a taxpayer's income for a taxation year from a business or property is his profit therefrom for the year.

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;

(h) personal or living expenses of the taxpayer except travelling expenses (including the entire amount expended for meals and lodging) incurred by the taxpayer while away from home in the course of carrying on his business;

63. (1) Subject to subsection (2), in computing the income of a taxpayer for a taxation year the aggregate of all amounts each of which is an amount paid in the year as or on account of child care expenses in respect of an eligible child of the taxpayer for the year may be deducted

(b) by the taxpayer or a supporting person of the child for the year . . .

to the extent that

(c) the amount is not included in computing the amount deductible under this subsection by an individual (other than the taxpayer), and

(d) the amount is not an amount (other than an amount that is included in computing a taxpayer's income and that is not deductible in computing his taxable income) in respect of which any taxpayer is or was entitled to a reimbursement or any other form of assistance,

and the payment of which is proven by filing with the Minister one or more receipts each of which was issued by the payee and contains, where the payee is an individual, that individual's Social Insurance Number; but not exceeding the amount, if any, by which

(e) the least of

celle-ci a été, selon le cas, incluse ou déduite lors du calcul de ce revenu ou de cette perte en conformité ou en vertu de toute autre disposition de la présente Partie.

9. (1) Sous réserve des dispositions de la présente Partie, le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise ou d'un bien pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année.

18. (1) Dans le calcul du revenu du contribuable, tiré d'une entreprise ou d'un bien, les éléments suivants ne sont pas déductibles:

a) un débours ou une dépense sauf dans la mesure où elle a été faite ou engagée par le contribuable en vue de tirer un revenu des biens ou de l'entreprise ou de faire produire un revenu aux biens ou à l'entreprise;

h) le montant des frais personnels ou frais de subsistance du contribuable, sauf les frais de déplacement (y compris la somme intégrale dépensée pour les repas et le logement) engagés par le contribuable alors qu'il était absent de chez lui, dans le cadre de l'exploitation de son entreprise;

63. (1) Sous réserve du paragraphe (2), il peut être déduit dans le calcul du revenu d'un contribuable pour une année d'imposition le total des montants dont chacun représente un montant payé dans l'année à titre ou au titre de frais de garde d'enfants pour un enfant admissible du contribuable pour l'année.

b) par le contribuable ou la personne assumant les frais d'entretien de l'enfant pour l'année . . .

dans la mesure où le montant

c) n'est pas inclus par un autre particulier dans le calcul du montant déductible en vertu du présent paragraphe,

d) n'est pas un montant (sauf un montant qui est inclus dans le calcul du revenu d'un particulier et qui n'est pas déductible dans le calcul de son revenu imposable) à l'égard duquel un particulier a droit, ou avait droit, à un remboursement ou à une autre forme d'aide,

et dont le paiement est établi en produisant auprès du Ministre un ou plusieurs reçus délivrés par le bénéficiaire du paiement et portant, lorsque celui-ci est un particulier, le numéro d'assurance sociale de ce particulier; le total ne doit pas être supérieur à l'excédent éventuel

e) du moins élevé des montants suivants:



(i) \$8,000,

(ii) the product obtained when \$2,000 is multiplied by the number of eligible children of the taxpayer for the year in respect of whom the child care expenses were incurred, and

(iii) 2/3 of the taxpayer's earned income for the year

exceeds

(f) the aggregate of all amounts each of which is an amount deducted, in respect of the eligible children of the taxpayer that are referred to in subparagraph (e)(ii), under this subsection for the year by an individual (other than the taxpayer) to whom subsection (2) is applicable for the year.

(3) In this section,

(a) "child care expense" means an expense incurred for the purpose of providing in Canada, for any eligible child of a taxpayer, child care services including baby sitting services, day nursery services or lodging at a boarding school or camp if the services were provided

(i) to enable the taxpayer, or the supporting person of the child for the year, who resided with the child at the time the expense was incurred,

(A) to perform the duties of an office or employment,

(B) to carry on a business either alone or as a partner actively engaged in the business,

(b) "earned income" of a taxpayer means the aggregate of

(i) all salaries, wages and other remuneration, including gratuities, received by him in respect of, in the course of, or by virtue of offices and employments, and all amounts included in computing his income by virtue of sections 6 and 7,

(ii) amounts included in computing his income by virtue of paragraph 56(1)(m), (n) or (o), and

(iii) his incomes from all businesses carried on either alone or as a partner actively engaged in the business.

(i) \$8,000,

(ii) le produit de \$2,000 par le nombre d'enfants admissibles du contribuable pour l'année pour lesquels les frais de garde d'enfants ont été supportés, ou

(iii) 2/3 du revenu gagné par le contribuable pour l'année

sur

f) le total des montants dont chacun représente un montant déduit, à l'égard des enfants admissibles du contribuable visés au sous-alinéa e)(ii), en vertu du présent paragraphe pour l'année par un particulier (autre que le contribuable) à qui le paragraphe (2) s'applique pour l'année.

(3) Dans le présent article

a) «frais de garde d'enfants» signifie tous frais engagés dans le but de faire assurer au Canada la garde de tout enfant admissible du contribuable, en le confiant à des services de garde d'enfants, notamment à une gardienne d'enfants, à une garderie ou en le plaçant dans un pensionnat ou dans une colonie de vacances, si les services étaient assurés

(i) pour permettre au contribuable, ou à la personne assumant les frais d'entretien de l'enfant pour l'année, qui résidait avec l'enfant au moment où les frais ont été engagés,

(A) de remplir les fonctions d'une charge ou d'un emploi,

(B) d'exploiter une entreprise, soit seul, soit comme associé participant activement à l'exploitation de l'entreprise,

b) «revenu gagné» d'un contribuable signifie le total

(i) des traitements, salaires et autre rémunération, y compris les gratifications, reçus par lui dans le cadre de charges ou d'emplois, et de toutes les sommes incluses dans le calcul de son revenu en vertu des articles 6 et 7,

(ii) des sommes incluses dans le calcul de son revenu, en vertu de l'alinéa 56(1)m), n) ou o), et

(iii) des revenus qu'il tire de toutes les entreprises qu'il exploite soit seul, soit comme associé participant activement à l'exploitation de l'entreprise;

(c) "eligible child" of a taxpayer for a taxation year means

- (i) a child of the taxpayer or of his spouse, or
- (ii) a child in respect of whom the taxpayer deducted an amount under section 109 for the year,

if, at any time during the year, the child was under 14 years of age or was over 13 years of age and dependent on the taxpayer by reason of mental or physical infirmity; and

(d) "supporting person" of an eligible child of a taxpayer for a taxation year means

- (i) a parent of the child,
- (ii) the taxpayer's spouse, or
- (iii) an individual who deducted an amount under section 109 for the year in respect of the child,

if the parent, spouse or individual, as the case may be, resided with the taxpayer at any time during the year and at any time within 60 days after the end of the year.

### III. Judgments

*Federal Court, Trial Division*, [1989] 3 F.C. 59 (Cullen J.)

Finding for the appellant Symes, the trial judge stated that to determine which expenses may be considered business expenses in the calculation of business profit, one should examine whether the expense was consistent with "ordinary principles of commercial trading or well accepted principles of business practice" (pp. 66-67). Furthermore, the expense should be made or incurred "for the purpose of gaining or producing income from the business" (p. 67). Cullen J. found that there was an increasing tendency to interpret s. 18(1)(a) of the *Act* more liberally. He added that, since the term "profit" in s. 9 of the *Act* was not defined, it was up to the courts to "infuse the term with meaning, which will reflect the realities of the times" (p. 71).

To that end, Cullen J. took note of the testimony of the expert witness, Dr. Patricia Armstrong, who

c) «enfant admissible» d'un contribuable pour une année d'imposition désigne

- (i) l'enfant du contribuable ou de son conjoint, ou
- (ii) un enfant à l'égard duquel le contribuable a déduit un montant pour l'année en vertu de l'article 109,

si, à une date quelconque de l'année, l'enfant était âgé de moins de 14 ans ou était âgé de plus de 13 ans et était, en raison d'une infirmité physique ou mentale, à la charge du contribuable; et

d) «personne assumant les frais d'entretien» d'un enfant admissible d'un contribuable pour une année d'imposition désigne

- (i) un parent de l'enfant,
- (ii) le conjoint du contribuable, ou
- (iii) un particulier qui a déduit un montant à l'égard de l'enfant pour l'année en vertu de l'article 109,

si le parent, le conjoint ou le particulier, selon le cas, a résidé avec le contribuable à une date quelconque au cours de l'année et à une date quelconque dans les 60 jours de la fin de l'année.

### e III. Les jugements

*La Section de première instance de la Cour fédérale*, [1989] 3 C.F. 59 (le juge Cullen)

En donnant gain de cause à l'appelante Symes, le juge de première instance a précisé qu'il faut, lorsqu'il s'agit de déterminer les dépenses qui doivent être considérées comme des dépenses d'entreprise dans le calcul des bénéfices d'entreprise, se demander si la dépense est conforme «aux principes ordinaires des affaires commerciales ou aux principes bien reconnus de la pratique courante des affaires» (pp. 66 et 67). De plus, la dépense doit être faite ou engagée «en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou de faire produire un revenu à l'entreprise» (p. 67). Le juge Cullen a conclu qu'on a de plus en plus tendance à interpréter l'al. 18(1)a) de la *Loi* de façon plus libérale. Il a ajouté que, puisque aucune définition du mot «bénéfice» ne figure à l'art. 9 de la *Loi*, il appartient aux tribunaux de «dégager[r] du terme le sens qui reflète les réalités de l'époque» (p. 71).

À cette fin, le juge Cullen a tenu compte du témoignage du témoin expert, le D<sup>r</sup> Patricia Arm-

indicated that there has been significant social change in the late 1970s and into the 1980s, in terms of the influx of women of child-bearing age into business and into the workplace. Since this change post-dated the cases in which child care expenses were not allowed as a legitimate business deduction, Cullen J. found that his interpretation was not restricted by these cases.

He concluded that "it can be said that there is a causal relationship between the dedication of resources generated in [the appellant's] practice to child care and the generation of those resources" (p. 73). He also was satisfied that the plaintiff exercised good business judgment in deciding to dedicate part of her resources from the law practice to the provision of child care. He stated, at p. 73:

This decision was acceptable according to business principles which include the development of intellectual capital, the improvement of productivity, the provision of services to clients and making available the resource which she sells, namely her time.

Further, Armstrong's evidence supports the notion that the availability of child care increases productivity by enhancing the peace of mind of employees. Enhancing productivity is something that is totally in keeping with well established business practices.

Cullen J. then examined s. 63 of the *Act*, which deals with child care expenses, and found that this section had been enacted "to facilitate the entry of women into the labour force, thereby promoting economic equality between the sexes as well as providing relief for low income families" (p. 75). However, he concluded that, since the nanny's salary was deductible as a business expense pursuant to ss. 9 and 18(1)(a) of the *Act*, s. 63 could not "prevent it from being allowed as such" (p. 75).

Having found that Ms. Symes' child care expenses were legitimate business expenses, Cullen J. was not required to examine the impact of s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. However, he did. He held that s. 15 of the

strong, qui a indiqué que la fin des années 70 et le début des années 80 ont connu un changement social important avec l'afflux des femmes en âge d'avoir des enfants, dans les affaires et en milieu de travail. Puisque ce changement est survenu depuis les décisions qui avaient rejeté les frais de garde d'enfants à titre de déduction légitime d'entreprise, le juge Cullen a affirmé que son interprétation n'était pas affectée par ces décisions.

Il a conclu que l'«on peut dire qu'il existe un rapport de cause à effet entre la consécration des ressources provenant de l'exercice de [l]a profession [de l'appelante] au soin des enfants et la production de ces ressources» (p. 73). Il était également convaincu que la demanderesse a fait preuve d'un bon sens des affaires en décidant de consacrer une partie de ses ressources tirées de la pratique du droit au soin de ses enfants. Il affirme, à la p. 73:

Cette décision est acceptable selon les principes commerciaux qui incluent le développement du capital intellectuel, l'amélioration de la productivité, la fourniture des services aux clients et la disponibilité de la ressource qu'elle vend, c'est-à-dire son temps.

De plus, le témoignage d'Armstrong étaye l'idée que la disponibilité du soin des enfants augmente la productivité en ce sens qu'elle accroît la tranquillité d'esprit des employés. Augmenter la productivité est quelque chose qui correspond parfaitement à la pratique bien établie des affaires.

Le juge Cullen a ensuite examiné l'art. 63 de la *Loi* qui porte sur les frais de garde d'enfants et a affirmé que l'adoption de cette disposition visait «à faciliter l'entrée des femmes dans la population active, favorisant par là l'égalité économique entre les sexes et soulageant les familles à faible revenu» (p. 75). Toutefois, il a conclu que, puisque le salaire payé à la gardienne d'enfants était déductible à titre de dépense d'entreprise en vertu de l'art. 9 et de l'al. 18(1)a) de la *Loi*, l'art. 63 ne saurait «l'empêcher d'être accueillie comme telle» (p. 75).

Ayant déterminé que les frais de garde d'enfants de M<sup>me</sup> Symes constituaient des dépenses légitimes d'entreprise, le juge Cullen n'avait pas à examiner l'incidence de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Toutefois, il l'a

*Charter*, which was proclaimed into force on April 17, 1985, was applicable to part of the 1985 taxation year and to the subsequent taxation years. Cullen J., relying on the decision of the Supreme Court of Canada in *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, concluded that the MNR, by refusing the appellant's deduction, was "treating her differently from other taxpayers with expenses that are considered necessary to generate business income" (p. 80). He added that the MNR was not treating the appellant "like a serious business person with a serious expense incurred for a legitimate purpose" (p. 81). In fact, the appellant was "treated like any employer who is incurring a business expense but yet she is not allowed to deduct that expense", which meant that she was paying more taxes. He found this to be contrary to the purpose of s. 15 of the *Charter*.

Cullen J. also used s. 15 of the *Charter* as an aid in interpreting the *Act*. In his view, since the *Andrews* decision, the *Act* must be interpreted in a way which recognizes the specific experience of women as principally responsible for child care. He also observed that an interpretation of the *Act* which ignores the reality that women bear a major responsibility for child rearing and which ignores that the cost of child care is a major barrier to women's participation in the workforce would by itself violate s. 15 of the *Charter*.

Thus, the trial judge concluded that the appellant had suffered discrimination based on her personal characteristics as a parent and a woman and that this had the effect of imposing on her burdens, obligations and disadvantages not borne by others.

Turning, then, to s. 1 of the *Charter*, Cullen J. found that the respondent had not proven a "pressing and substantial" objective to justify the disallowance of child care expenses as a business deduction, and felt no need to engage in a lengthy

fait. Il a statué que l'art. 15 de la *Charte*, entré en vigueur le 17 avril 1985, était applicable à une partie de l'année 1985 et aux années d'imposition ultérieures. Le juge Cullen, se fondant sur l'arrêt de notre Cour *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, a conclu que le MRN, en refusant à l'appelante la déduction réclamée, «lui réserve un traitement différent de celui destiné aux autres contribuables pour ce qui est des dépenses qui sont considérées comme nécessaires à la production d'un revenu d'entreprise» (p. 80). Il a ajouté que le MRN ne traite pas l'appelante «comme une personne sérieuse qui s'engage dans des affaires et qui fait une dépense sérieuse en vue d'une fin légitime» (p. 81). En fait, l'appelante «est traitée comme n'importe quel employeur qui engage une dépense d'entreprise et, pourtant, elle n'est pas autorisée à déduire cette dépense», ce qui signifie qu'elle paie plus d'impôts. Il a statué que cela allait à l'encontre de l'objet de l'art. 15 de la *Charte*.

Le juge Cullen a également utilisé l'art. 15 de la *Charte* comme moyen pour interpréter la *Loi*. À son avis, depuis l'arrêt *Andrews*, la *Loi* doit être interprétée d'une manière qui reconnaît l'expérience spécifique des femmes comme principalement responsables de la garde des enfants. Il a également fait remarquer qu'une interprétation de la *Loi* qui ne tient pas compte que, dans la réalité, les femmes sont principalement responsables du soin des enfants et que les frais de garde d'enfants constituent un obstacle important à la participation des femmes au marché du travail, violerait en soi l'art. 15 de la *Charte*.

En conséquence, le juge de première instance a conclu que l'appelante avait été victime de discrimination pour des motifs fondés sur ses caractéristiques personnelles en tant que parent et que femme, ce qui a eu pour effet de lui imposer des charges, obligations et désavantages qu'on n'impose pas aux autres.

Examinant l'article premier de la *Charte*, le juge Cullen a statué que l'intimée n'avait prouvé aucun objectif «réel et urgent» pour justifier le refus de la déduction des frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise, et n'a pas jugé nécessaire de

s. 1 analysis. He asserted that his interpretation of the word "profit" in the *Act* was in conformity with the *Charter*.

In the result, Cullen J. held that the appellant was allowed to deduct the cost of her nanny as a business expense, pursuant to the relevant provisions of the *Act*. He added (at p. 87) that, although the concepts of profit and business expense permitted the deduction of the nanny's salary in the present case, "[t]his is not to say that nanny expenses will always be treated as a business expense, or that section 63 of the *Act* has been invalidated under section 52 of the *Charter*".

*Federal Court of Appeal*, [1991] 3 F.C. 507 (Décary J.A., Pratte and MacGuigan J.J.A. concurring)

The Federal Court of Appeal reversed the decision of Cullen J. Décary J.A., for the court, dismissed the argument that the existence of a legal obligation to care for children was a reason for allowing child care expenses to be deducted as a business expense. According to him, this obligation, imposed equally on both sexes, was a "natural obligation" which affected parents at all times, since "[t]he law does not impose an obligation on the [appellant] to look after her children because she is operating a business" (p. 522). While agreeing that judicial interpretation should be "flexible and sensitive to adapt to changing circumstances", Décary J.A. pursued at p. 523:

... the concept of a business expense has been developed exclusively in relation to the commercial needs of the business, without any regard to the particular needs of those in charge of the business, and I have difficulty in seeing how a change in the particular needs of these persons could justify modifying an interpretation which has nothing to do with these needs. . . . I consider that the case at bar does not require a conclusion on this point for the simple reason that Parliament has itself

procéder à une analyse détaillée fondée sur l'article premier. Il a soutenu que son interprétation du terme «bénéfice» était conforme à la *Charte*.

<sup>a</sup> En définitive, le juge Cullen a conclu que l'appelante avait droit de déduire le coût de sa gardienne d'enfants à titre de dépense d'entreprise, conformément aux dispositions pertinentes de la *Loi*. Il a ajouté (à la p. 87) que, si les concepts de bénéfice et de dépense d'entreprise permettaient en l'espèce la déduction du salaire de la gardienne d'enfants, «[c]ela ne veut pas dire que les dépenses liées à l'engagement d'une bonne d'enfants vont toujours être considérées comme des dépenses d'entreprise, ni que l'article 63 de la *Loi* a été rendu inopérant en vertu de l'article 52 de la *Charte*».

<sup>d</sup> *La Cour d'appel fédérale*, [1991] 3 C.F. 507 (le juge Décary, avec l'appui des juges Pratte et MacGuigan)

<sup>e</sup> La Cour d'appel fédérale a infirmé la décision du juge Cullen. Le juge Décary, s'exprimant au nom de la cour, a rejeté la prétention que l'existence d'une obligation légale de s'occuper de ses enfants est un élément qui permet la déduction des frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise. À son avis, cette obligation, imposée également aux personnes d'un sexe ou l'autre, constitue une «obligation naturelle» qui suit les parents en tout temps puisque «[c]e n'est pas parce que [l'appelante] exploite une entreprise que la loi lui impose l'obligation de surveiller ses enfants» (p. 522). Tout en reconnaissant que l'interprétation judiciaire doit être «souple et perméable pour s'adapter aux changements de circonstances», le juge Décary précise à la p. 523:

... le concept de dépense d'entreprise a été développé exclusivement en fonction des besoins d'affaires de l'entreprise, en faisant abstraction des besoins particuliers des personnes qui dirigent cette entreprise, et je vois difficilement en quoi un changement dans les besoins particuliers de ces personnes justifierait qu'on modifiât une interprétation qui n'a rien à voir avec ces besoins. [. . .] je n'ai pas vraiment à trancher cette question, pour la simple raison que le Parlement, de lui-

already amended the *Income Tax Act* to provide for the specific situation relied on by the [appellant].

Décary J.A. based his conclusion on the fact that, in his view, ss. 63(3)(a)(i) and 63(3)(b) of the Act covered self-employed parents as well as salaried parents, the term “parent” meaning the individual providing support for a child. He held that “[h]ad section 63 been drafted to apply specifically to the [appellant’s] case, it would not have been drafted otherwise” and added that s. 63(3)(b)(iii) of the Act, which defined “earned income” as including “incomes from all businesses carried on either alone or as a partner actively engaged in the business”, led him to the conclusion that the appellant’s earned income which derived from her partnership was “income which is covered by section 63” (p. 524). He stated at p. 525:

Section 63 is really a code in itself, complete and independent, and it does not matter in the circumstances whether it was inserted in one subdivision of the Act rather than another, as by its very wording, which is clear and not open to question, it covers a parent carrying on a business and income earned by the parent from the operation of a business.

In his view, s. 63 of the Act had been amended many times to take into account social and economic changes and he concluded that the appellant’s situation was exactly the kind of situation that Parliament had in mind when it enacted s. 63 of the Act and its amendments.

Décary J.A., then, turned to s. 15 of the Charter, in the context of economic rights. To that end, he examined the jurisprudence and, in particular, *Andrews v. Law Society of British Columbia*, *supra*, and *PSAC v. Canada*, [1987] 1 S.C.R. 424, to conclude that the appellant’s approach “risks trivializing the Charter” and, moreover, at pp. 530-31, that:

The respondent’s proposition appears to mean, for all practical purposes, that through the right to equality recognized in section 15, the Charter guarantees individuals every right, whether or not included in those

même, a déjà modifié la *Loi de l’impôt sur le revenu* de manière à tenir compte de la situation précise qu’invoque [l’appelante].

a Le juge Décary a fondé sa conclusion sur le fait que, selon lui, le sous-al. 63(3)(a)(i) et l’al. 63(3)(b) de la *Loi* visaient les parents à leur propre compte et les parents salariés, le terme «parent» signifiant le particulier assurant les frais d’entretien de l’enfant. Il a conclu que «[l]’article 63 eût été rédigé en vue de s’appliquer précisément au cas de l’[appelante], qu’il n’aurait pas été rédigé autrement», et il a ajouté que le sous-al. 63(3)(b)(iii) de la *Loi* qui définit l’expression «revenu gagné» comme comprenant «des revenus qu’il tire de toutes les entreprises qu’il exploite soit seul, soit comme associé participant activement à l’exploitation de l’entreprise», l’amène à conclure que le revenu gagné par l’appelante est le revenu qu’elle a tiré de sa société, et c’est «ce revenu que vise l’article 63» (p. 524). Il affirme à la p. 525:

L’article 63 est un véritable code en soi, complet, autonome, et il importe peu en l’espèce qu’il ait été inséré dans une sous-section de la *Loi* plutôt que dans une autre, car de par ses termes mêmes, clairs, indiscutables, il vise le parent qui exploite une entreprise et le revenu tiré par le parent de l’exploitation d’une entreprise.

f Le juge Décary a affirmé que l’art. 63 de la *Loi* a été modifié à maintes reprises afin de tenir compte des changements socio-économiques, et il a conclu que la situation de l’appelante est clairement celle que le Parlement avait en vue lorsqu’il a adopté, puis modifié, l’art. 63.

h Le juge Décary s’est ensuite penché sur l’art. 15 de la *Charte* dans le contexte des droits économiques. À cette fin, il a examiné la jurisprudence, plus particulièrement les arrêts *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité, et *AFPC c. Canada*, [1987] 1 R.C.S. 424, pour conclure que l’approche proposée par l’appelante «risque au fond de banaliser la Charte», et il ajoute aux pp. 530, 531 et 532:

La proposition de l’intimée signifierait, à toutes fins utiles, que par le biais du droit à l’égalité reconnu à l’article 15, la *Charte* garantirait aux citoyens tous les droits, qu’ils soient ou non de ceux définis expressément

expressly defined in the Charter. For example, in the case at bar, though the right to work and the right to be in a position to work are not recognized by the Charter, an individual — on these facts a woman, a parent, but it could be anyone who can make use of the provisions of section 15 — could under cover of section 15 require legislatures to adopt measures enabling him or her to work and be in a position to work. That is not the effect of section 15.

In my opinion, no one could have required Parliament to adopt section 63 and allow a parent to deduct child care costs. Parliament adopted section 63 in the enlightened exercise of its discretion, and I do not see on what basis a particular group of professional women or parents, benefitting from the deduction allowed by that section, could require that the section be amended by the legislature or interpreted by the courts so as to give the group the right to take a further deduction. . . .

I do not see how a provision which favours all women could directly or indirectly infringe the right of women to equality, and I am not prepared to concede that professional women make up a disadvantaged group against whom a form of discrimination recognized by section 15 has been perpetrated by the adopting of section 63, or would be perpetrated by this Court's refusal to interpret paragraph 18(1)(a) so as to give a self-employed mother an additional deduction for a business expense. . . .

In the event, however, that there was discrimination within the meaning of s. 15 of the *Charter*, Décaré J.A. felt that it was not the function of the court, based on the evidence of justification presented before the court, to substitute its choice for that of Parliament.

#### IV. Issues

The Chief Justice formulated the following constitutional questions:

1. If ss. 9, 18 and 63 of the *Income Tax Act* are not open to an interpretation other than that full child care expenses of the appellant are not deductible as business expenses, does any part, or do any or all of these sections, infringe or deny rights guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

dans la Charte. Par exemple, dans le cas présent, même si le droit au travail et le droit d'être en mesure de travailler ne sont pas reconnus par la Charte, un individu — une femme, un parent, en l'espèce, mais ce pourrait être quiconque peut se prévaloir des dispositions de l'article 15 — pourrait, sous le couvert de l'article 15, exiger des législatures qu'elles adoptent les mesures nécessaires pour lui permettre de travailler et d'être en mesure de travailler. Tel n'est pas l'effet de l'article 15.

b Personne, à mon avis, ne pouvait exiger du Parlement qu'il adoptât l'article 63 et permît à un parent de déduire les frais de garde d'enfants. Le Parlement a adopté l'article 63 dans l'exercice éclairé de sa discrétion, et je ne vois pas en vertu de quel fondement un groupe particulier de femmes ou de parents professionnels, qui profite de la déduction établie à cet article, pourrait exiger que l'article soit modifié par le législateur ou interprété par les tribunaux de manière à donner au groupe la possibilité d'une déduction additionnelle. . . .

d Je ne vois pas comment une disposition qui favorise toutes les femmes pourrait porter directement ou indirectement atteinte au droit des femmes à l'égalité, et je ne suis pas prêt à reconnaître que les femmes professionnelles forment un groupe défavorisé à l'égard duquel une forme de discrimination reconnue par l'article 15 a été exercée par l'adoption de l'article 63 ou serait exercée par le refus de cette Cour d'interpréter l'alinéa 18(1)a de manière à accorder à une mère travaillant à son propre compte une déduction additionnelle pour dépense d'entreprise.

Toutefois, quoi qu'il en soit, si tant est qu'il y avait discrimination au sens de l'art. 15 de la *Charte*, le juge Décaré a été d'avis, à la lumière de la preuve de justification présentée, qu'il n'appartenait pas à la cour de substituer son choix à celui qu'a fait le Parlement.

#### h IV. Les questions en litige

Le Juge en chef a formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. Si les art. 9, 18 et 63 de la *Loi de l'impôt sur le revenu* ne se prêtent pas à une interprétation autre que celle selon laquelle il est impossible pour l'appelante de déduire tous ses frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise, l'un ou l'autre ou l'ensemble de ces articles, en tout ou en partie, portent-ils atteinte aux droits garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

2. To the extent that the above sections of the *Income Tax Act* infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, are these sections justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

In order to reach these constitutional questions, one must first determine whether ss. 9, 18 and 63 of the *Act* are open to an interpretation that child care expenses are, in fact, deductible as a business expense. Although this issue is primarily one of statutory interpretation, nevertheless, this case remains deeply pervaded by issues of equality. The appellant asks that the Court find that s. 15 of the *Charter* would be infringed by an interpretation of the *Act* that would disallow the deduction of child care as a legitimate business expense. The arguments of the parties and interveners make it clear that, though ostensibly about the proper statutory interpretation of the *Act*, this case reflects a far more complex struggle over fundamental issues, the meaning of equality and the extent to which these values require that women's experience be considered when the interpretation of legal concepts is at issue. The answer, with regard to the statutory interpretation of the *Act*, requires that the Court consider the reality of the relationship of both women and men to child care and to work, as well as the impact of concepts of equality on the interpretation of legislation. As Professor Claire F. L. Young has written in "Impact of Feminist Analysis on Tax Law and Policy" in *Feminist Analysis: Challenging Law and Legal Processes* (1992 Institute of Continuing Legal Education, Canadian Bar Association — Ontario, January 31, 1992), at p. 1:

The tax system is . . . a powerful tool used to direct social and economic activity in Canada.

The role that this "powerful tool" may play in the prevention of the attainment of substantive equality for women cannot be overlooked.

2. Dans la mesure où les articles de la *Loi de l'impôt sur le revenu* mentionnés ci-dessus portent atteinte aux droits et libertés garantis par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, sont-ils justifiés par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, conformes à la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Pour répondre à ces questions constitutionnelles, il faut tout d'abord déterminer si les art. 9, 18 et 63 de la *Loi* sont susceptibles d'être interprétés comme signifiant que les frais de garde d'enfants sont, en fait, déductibles à titre de dépense d'entreprise. Bien qu'il s'agisse principalement d'une question d'interprétation de la *Loi*, il demeure néanmoins qu'elle est intimement liée à des questions d'égalité. L'appelante demande à notre Cour de statuer que ce serait aller à l'encontre de l'art. 15 de la *Charte* que d'interpréter la *Loi* de façon à refuser la déduction des frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise légitime. Les arguments des parties et des intervenants établissent clairement que le présent pourvoi, même s'il porte en apparence sur l'interprétation de la *Loi*, englobe un débat beaucoup plus complexe sur des questions fondamentales, soit comment interpréter le concept d'égalité et la mesure dans laquelle les valeurs en cause exigent que l'on tienne compte de la situation des femmes dans l'interprétation de concepts juridiques. En ce qui concerne l'interprétation de la *Loi*, notre Cour doit examiner le rapport qui existe entre les femmes et les hommes à l'égard de la garde des enfants et du travail, ainsi que l'incidence des concepts d'égalité sur l'interprétation des lois. Comme le professeur Claire F. L. Young l'indique dans son article intitulé: «Impact of Feminist Analysis on Tax Law and Policy», dans *Feminist Analysis: Challenging Law and Legal Processes* (1992 Institut d'éducation permanente juridique, Association du Barreau canadien — Ontario, le 31 janvier 1992), à la p. 1:

[TRADUCTION] Le régime fiscal est [...] un important mécanisme utilisé pour orienter l'activité sociale et économique au Canada.

On ne peut faire abstraction du rôle que cet «important mécanisme» peut jouer pour empêcher la réalisation de l'égalité fondamentale des femmes.



## V. Statutory Interpretation

What type of expense constitutes a business expense? In order to rule on the meaning to be given to the term "business expense" in the *Act*,<sup>a</sup> the following questions must be answered:

1. What is the meaning of income from business or property in s. 9?
2. How do the limitations set out in s. 18(1) as expenses made or incurred for the purpose of gaining or producing income (paragraph (a)), or as personal or living expenses (under paragraph (h)), affect this determination?
3. Does s. 63 affect a taxpayer's ability to deduct child care as a business expense?

I do not agree with my colleague Iacobucci J.'s reasons with regard to s. 63 of the *Act*, nor to s. 15 of the *Charter* and the eventual result he reaches. I do, however, substantially agree with the approach he has taken with regard to the definition of "business expense" through ss. 9(1), 18(1)(a) and 18(1)(h) of the *Act* and, as a result, I will not repeat a similarly detailed analysis in this regard, but will only review the essential points and provide my own insight into the two first questions at hand. In my view, the logical conclusion to my colleague's analysis, although he does not state it as such, is that ss. 9, 18(1)(a) and 18(1)(h) do not prevent the deduction of child care expenses as a business expense. My analysis, therefore, will focus primarily on the clear differences between our two positions, specifically with respect to s. 63 of the *Act*.

### A. *Section 9 of the Income Tax Act: The Ordinary Principles of Commercial Trading*

Before embarking upon a detailed analysis of these questions, it is crucial to recognize that the Canadian system of taxation is premised on taxation of income based on source distinctions, pursu-

## V. L'interprétation de la Loi

Quel type de dépense constitue une dépense d'entreprise? Pour interpréter l'expression «dépense d'entreprise» visée dans la *Loi*, il faut répondre aux questions suivantes:

1. Quel est le sens de l'expression revenu tiré d'une entreprise ou d'un bien à l'art. 9?
2. Dans quelle mesure les restrictions prévues au par. 18(1), relativement aux dépenses faites ou engagées en vue de tirer un revenu (alinéa a)), ou aux frais personnels ou frais de subsistance (alinéa h)), influenceront-elles sur cette détermination?
3. L'article 63 influe-t-il sur la possibilité pour un contribuable de déduire les frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise?

Je ne suis pas d'accord avec les motifs que mon collègue le juge Iacobucci invoque à l'égard de l'art. 63 de la *Loi*, ni de l'art. 15 de la *Charte* ni d'ailleurs, avec la décision à laquelle il arrive. Toutefois, je souscris, pour l'essentiel, à son approche relativement à la définition de l'expression «dépense d'entreprise» par application du par. 9(1) et des al. 18(1)a) et 18(1)h) de la *Loi*, et, en conséquence, je ne reprendrai pas une analyse aussi détaillée sur cette question. J'examinerai donc uniquement les points essentiels apportant ma propre réponse aux deux premières questions. À mon avis, la conclusion logique de l'analyse de mon collègue, bien qu'il ne l'énonce pas ainsi, est que l'art. 9 et les al. 18(1)a) et 18(1)h) n'empêchent pas la déduction des frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise. Par conséquent, mes observations porteront principalement sur les différences évidentes qui existent entre nos deux positions, plus particulièrement en ce qui concerne l'art. 63 de la *Loi*.

### A. *L'article 9 de la Loi de l'impôt sur le revenu: Les principes ordinaires des échanges commerciaux*

Avant de procéder à un examen détaillé des questions soulevées, il est essentiel de reconnaître que le régime fiscal canadien repose sur l'imposition du revenu en provenance de sources diverses,

ant to s. 3 of the *Act*, reproduced above. One such source of income is income from business, pursuant to s. 3(a), and it is this source with which we are concerned in the present appeal.

Pursuant to s. 9(1) of the *Act*, reproduced earlier, a taxpayer's income for a taxation year from a business is the taxpayer's profit therefrom for the year. "Profit", although not defined in the *Act*, has been interpreted to be a net concept. The determination of "profit" is dependent upon the question of whether an expenditure is a proper business expense to be included in the calculation of such net gain (*Daley v. Minister of National Revenue*, [1950] Ex. C.R. 516). In order to arrive at a calculation of net profit, the all-encompassing question one must ask is whether a deduction is prohibited because it is not incurred for the purpose of earning income as required by s. 18(1)(a), or because the expense is personal pursuant to s. 18(1)(h). It is my view, a view shared by my colleague Iacobucci J., that this determination is essentially an examination of the interplay between s. 9, which allows deductions, and the prohibition of some of these potential deductions by ss. 18(1)(a) and (h).

These two significant criteria emerged in Cullen J.'s analysis of the case law for the purposes of determining whether an expense may be deducted from business income. He held that: (1) it must be in accordance with ordinary commercial principles and business practice, having regard to the circumstances of each case; and (2) it must be made or incurred for the purpose of gaining or producing income from the business. This test has been applied by this Court in *Mattabi Mines Ltd. v. Ontario (Minister of Revenue)*, [1988] 2 S.C.R. 175, in which Wilson J. asserted (at p. 189):

The only thing that matters is that the expenditures were a legitimate expense made in the ordinary course of business with the intention that the company could generate a taxable income some time in the future. [Emphasis added.]

conformément à l'art. 3 de la *Loi*, que j'ai déjà reproduit. L'une de ces sources est le revenu tiré d'une entreprise, conformément à l'al. 3a), et c'est cette source qui nous intéresse dans le présent pourvoi.

Conformément au par. 9(1) de la *Loi*, que j'ai aussi déjà reproduit, le revenu tiré par un contribuable d'une entreprise pour une année d'imposition est le bénéfice qu'il en tire pour cette année. Le terme «bénéfice» n'est pas défini dans la *Loi*, mais on lui a donné le sens de bénéfice net. La détermination du «bénéfice» se rattache à la question de savoir si une dépense constitue une véritable dépense d'entreprise devant être incluse dans le calcul du gain net (*Daley c. Minister of National Revenue*, [1950] R.C. de l'É. 516). Dans le calcul du bénéfice net, la question cruciale est de savoir si une déduction est interdite parce que la dépense n'a pas été engagée en vue de tirer un revenu comme l'exige l'al. 18(1)a), ou parce que la dépense est de nature personnelle conformément à l'al. 18(1)h). À l'instar du juge Iacobucci, je crois que, pour répondre à cette question, il faut essentiellement explorer l'interaction de l'art. 9, qui autorise les déductions, et des al. 18(1)a) et h), qui interdisent certaines des déductions possibles.

Ces deux importants critères ressortent de l'analyse que fait le juge Cullen de la jurisprudence pour déterminer si une dépense peut être déduite du revenu de l'entreprise. Il a statué: (1) qu'elle doit être conforme aux principes commerciaux ordinaires et à la pratique courante des affaires, compte tenu des circonstances de chaque cas, et (2) qu'elle doit avoir été faite ou engagée en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou de faire produire un revenu à l'entreprise. Ce critère a été appliqué par notre Cour dans l'arrêt *Mattabi Mines Ltd. c. Ontario (Ministre du Revenu)*, [1988] 2 R.C.S. 175, dans lequel le juge Wilson affirme (à la p. 189):

Tout ce qui importe, c'est que les dépenses aient été engagées légitimement dans le cours ordinaire des affaires et dans le but qu'il en découle ultérieurement un revenu imposable pour la compagnie. [Je souligne.]

Such a broad strategy was adopted by the trial judge, as well as by my colleague Iacobucci J. Its main function is to focus on a particular taxpayer and to consider what that taxpayer has legitimately expended in order to do business.

The Court of Appeal, however, rejected this approach considering that “the concept of a business expense has been developed exclusively in relation to the commercial needs of the business, without any regard to the particular needs of those in charge of the business” (p. 523). As a result, Décary J.A. found that child care expenses did not constitute a “business expense”, since he had “difficulty in seeing how a change in the particular needs of these persons [businesspersons] could justify modifying an interpretation which has nothing to do with these needs” (p. 523). I cannot agree with the approach taken by the Court of Appeal. What, in my view, has traditionally been recognized as a “commercial need” has everything to do with those persons who have traditionally held positions in the commercial sphere — primarily men. Further, a review of the developments in income tax legislation and its interpretation clearly demonstrates that, as the needs of those pursuing business have changed, the definition of what constitutes a business expense has similarly expanded. I will review some of these developments and then, briefly, the foundation upon which the determination of these complex questions must be made.

**B. Section 18(1)(a) of the Income Tax Act: For the Purpose of Gaining or Producing Income from Business**

There is a long history of jurisprudence with respect to the meaning of this section, which my colleague Iacobucci J. has thoroughly reviewed, and, as a result, I will not. What I do wish to re-emphasize, however, is that in *Premium Iron Ores Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1966] S.C.R. 685, at p. 702, this Court contemplated the present wording of s. 18(1)(a). Martland J., for the Court, held that the wording change, from the ear-

Le juge de première instance et mon collègue le juge Iacobucci ont tous deux adopté cette conception large, dont l'objet principal est de mettre l'accent sur un contribuable donné et sur les dépenses que celui-ci fait légitimement dans le cours de ses affaires.

Toutefois, la Cour d'appel a rejeté cette interprétation parce que, à son avis, «le concept de dépense d'entreprise a été développé exclusivement en fonction des besoins d'affaires de l'entreprise, en faisant abstraction des besoins particuliers des personnes qui dirigent cette entreprise» (p. 523). En conséquence, le juge Décary a statué que les frais de garde d'enfants ne constituaient pas une «dépense d'entreprise» puisqu'il voyait «difficilement en quoi un changement dans les besoins particuliers de ces personnes justifierait qu'on modifiât une interprétation qui n'a rien à voir avec ces besoins» (p. 523). Je ne peux souscrire à l'approche de la Cour d'appel. À mon avis, ce qui a traditionnellement été reconnu comme un «besoin d'affaires» a justement été établi par rapport aux personnes qui détiennent des postes dans le domaine commercial — principalement les hommes. Par ailleurs, un examen de l'évolution des dispositions législatives de nature fiscale et de leur interprétation indique clairement que la définition de ce qui constitue un besoin d'affaires a aussi été élargie parallèlement aux besoins des gens d'affaires. J'examinerai certains de ces développements et ensuite, brièvement, le fondement sur lequel doit reposer la réponse à ces questions complexes.

**B. L'alinéa 18(1)a) de la Loi de l'impôt sur le revenu: en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou de faire produire un revenu à l'entreprise**

Il existe une abondante jurisprudence sur l'interprétation de cette disposition; mon collègue le juge Iacobucci en a fait un examen approfondi et je ne reviendrai pas sur cette question. Toutefois, je tiens à rappeler que dans l'arrêt *Premium Iron Ores Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1966] R.C.S. 685, à la p. 702, notre Cour a examiné le libellé actuel de l'al. 18(1)a). Le juge Martland, s'exprimant au nom de la Cour, a statué que la modifica-

lier section which stated: "purpose of earning the income", to the new one which provided for: "gaining or producing income", was intended to broaden the definition of deductible expenses. My colleague speculates that this expansion is perhaps due to the fact that, prior to subsequent amendments, deductions for capital intangibles were unavailable other than through the general deduction provided for by the predecessor of s. 18(1)(a) and, as such, an expansive view of s. 18(1)(a) developed. This expansive approach to s. 18(1)(a) may actually demonstrate that the income tax system has had a long-standing capacity to accommodate novel situations and developments, through the general sections allowing deductions. As my colleague points out, however, no test has any greater certainty and clarity than that which is proclaimed by the precise wording of the statute. Therefore, the basic question which must be asked is whether the appellant incurred child care expenses for the purpose of gaining or producing income from business.

At this time, I would like to make a brief comment on the gendered analysis entangled in the statutory interpretation in this case. While it happens that the appellant is a woman lawyer claiming child care expense deductions as a business expense, s. 9 of the *Act* is gender neutral. Such a claim may also have been made by a businessman in the same situation as Ms. Symes. If such a businessman were, for example, the primary caretaker of his children, the rationale as well as the end result would have been the same. The ability to deduct a legitimate business expense that one incurs in order to gain or produce income from business should not be based on one's sex. Any businessperson would be entitled to a deduction if he or she can prove that such expenses have been incurred for business purposes. The reality, however, is that generally women, rather than men, fulfil the role of sole or primary caregiver to children and, as such, it is they alone who incur and pay for such expenses. Men, until very recently, have rarely been primary caregivers, nor single parents and, as a result, they have not incurred direct child care expenses. In many traditional family situa-

tion du libellé (auparavant «en vue de la production du revenu» devenu «en vue de tirer un revenu [...] ou de faire produire un revenu...») avait pour but d'élargir la définition des dépenses déductibles. Mon collègue spécule que cet élargissement découle peut-être du fait qu'il n'existait pas, avant les modifications, de déductions pour les biens incorporels en immobilisations sauf pour ce qui est de la déduction générale prévue dans la disposition ayant précédé l'al. 18(1)a, ce qui expliquerait l'élargissement de la portée de cet alinéa. Cet élargissement pourrait, en fait, être la démonstration que le régime fiscal est depuis longtemps en mesure de s'adapter aux situations et aux développements nouveaux, grâce à l'application des dispositions générales allouant des déductions. Toutefois, comme le souligne mon collègue, aucun critère n'est plus certain et plus clair que le libellé même de la disposition. Par conséquent, la question fondamentale est de savoir si l'appelante a engagé des frais de garde d'enfants en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou de faire produire un revenu à l'entreprise.

J'aimerais ici faire un bref commentaire sur l'analyse fondée sur le sexe à laquelle donne lieu l'application des principes d'interprétation de la *Loi* en l'espèce. Bien que l'appelante soit une avocate qui demande une déduction pour frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise, l'art. 9 de la *Loi* n'établit aucune distinction fondée sur le sexe. Une telle demande aurait tout aussi bien pu être présentée par un homme d'affaires dans la même situation que M<sup>me</sup> Symes. Par exemple, si cet homme d'affaires se trouvait le principal gardien de ses enfants, la justification et la décision finale seraient les mêmes. La possibilité pour quiconque de déduire une dépense légitime d'entreprise, dépense encourue en vue de tirer un revenu d'une entreprise ou de faire produire un revenu à l'entreprise ne devrait pas être fondée sur le sexe de cette personne. En effet, toute personne en affaires aurait droit à une déduction si elle peut établir que les dépenses ont été engagées à des fins d'affaires. Toutefois, en réalité, ce sont généralement les femmes, plutôt que les hommes, qui s'occupent exclusivement ou principalement du soin des enfants, et ce sont elles qui encourent et paient

tions child care issues were not concrete business expenses for men in business, as most often their wives stayed home to care for their children or made such child care arrangements. Consequently, such a businessman would have no basis on which to claim child care expenses as a business expense. However, in light of our changing society, in which men are being called upon to bear a greater burden of child care responsibilities and expenses, which may impede their ability to earn a profit, it is quite possible that businessmen will accordingly be entitled to claim such expenses should they meet the criteria for business expense deductions, as set out in s. 18(1)(a). Regardless of this future possibility, however, at this time the reality is that it is primarily women who incur the cost, both social and financial, for child care and this decision cannot, as such, ignore the contextual truth when examining whether child care may be considered a business expense.

As my colleague asserts, child care expenses have traditionally been viewed as expenses that were not incurred for the purpose of gaining or producing income, as they were considered personal in nature and, accordingly, could not be regarded as commercial. My colleague is of the view (at pp. 742-43) that:

... there is value in the traditional tax law test which seeks to identify those expenses which simply make a taxpayer available to the business, and which proceeds to classify such expenses as "personal" for the reason that a "personal need" is being fulfilled. [Emphasis in original.]

In my view, such a test serves no purpose. The rationale of availability to the business is neither objective nor determinative. To be available for the

ces dépenses. Jusqu'à tout récemment, les hommes étaient rarement principal gardien ou chef de famille monoparentale, et n'encourageaient, en conséquence, aucune dépense directe de garde d'enfants. Traditionnellement, dans de nombreuses situations de famille, les questions de garde d'enfants ne constituaient pas des dépenses d'affaires concrètes pour les hommes d'affaires, car la plupart des femmes demeuraient au foyer pour s'occuper des enfants ou avaient pris des dispositions à cet égard. Par conséquent, un homme d'affaires dans cette situation n'était aucunement fondé à réclamer une déduction pour frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise. Toutefois, au sein de notre société en pleine évolution, dans laquelle on demande aux hommes d'assumer une plus grande part des responsabilités et des dépenses liées à la garde des enfants, ce qui est susceptible d'entraver leur capacité de bénéfices, les hommes d'affaires pourraient bien avoir le droit de se prévaloir d'une telle déduction à titre de dépense d'entreprise pour autant qu'ils satisfassent aux critères prévus à l'al. 18(1)a). Cependant, quelle que soit cette possibilité future, pour l'instant, ce sont principalement les femmes qui assument les coûts, tant sociaux que financiers, de la garde des enfants et notre Cour ne peut, en prenant sa décision, faire abstraction du véritable contexte lorsqu'elle examine si les frais de garde d'enfants peuvent être considérés comme une dépense d'entreprise.

Comme l'affirme mon collègue, les frais de garde d'enfants ont traditionnellement été considérés comme des dépenses qui n'étaient pas engagées en vue de tirer un revenu ou de faire produire un revenu puisqu'elles étaient considérées de nature personnelle et, en conséquence, non commerciales. Selon mon collègue (aux pp. 742 et 743):

... il y a du bon dans le critère traditionnel en droit fiscal qui cherche à identifier les frais qui permettent seulement au contribuable de se rendre disponible pour l'entreprise et qui les qualifient alors de frais «personnels» pour la raison qu'un besoin personnel est satisfait. [Souligné dans l'original.]

À mon avis, un tel critère n'est d'aucune utilité. Le raisonnement qui sous-tend le fait de se rendre disponible à l'entreprise n'est ni objectif ni détermi-

business is the first requirement of doing business, otherwise, there can be no business. In this regard, it would be unthinkable for a businessperson's special needs, for example those associated with a disability, to be ineligible for deduction because they satisfy a "personal need". A woman's need for child care in order to do business is no different. One's personal needs can simply not be objectively determined, they are by their very definition subjective.

Courts in the past, and the Court of Appeal in this case, have also always assumed that commercial needs were an objectively neutral set of needs. As a consequence, they did not examine the close relationship between child care and women's business income. It is crucial, in my view, to examine the link between child care and the generation of income from business, as did Cullen J. After consideration of the evidence of the expert witness Dr. Armstrong, the trial judge went on to say (at p. 72):

... there has been a significant social change in the late 1970's and into the 1980's, in terms of the influx of women of child-bearing age into business and into the workplace.

Dr. Armstrong testified that dramatic and fundamental changes have been taking place in both the labour market and the family structure over the past 40 years. In 1951, only 24 percent of Canadian women participated in the labour force. By 1987, this number had risen to 56 percent. With respect to how the increase took place Dr. Armstrong testified that:

It's been quite rapid from the mid-'70s — early '70s on. It was fairly slow to increase in the '50s, but then the '60s, the acceleration was faster and it increased in the '70s.

Further, the increase was most dramatic for women in their childbearing years, with nearly three-quarters of women between the ages of 16

nant. Être disponible à l'entreprise est l'exigence primordiale pour faire affaires, sinon, il n'y a pas d'entreprise. À cet égard, il serait impensable que les besoins spéciaux d'une personne en affaires, par exemple ceux qui se rapportent à une invalidité, ne puissent pas faire l'objet d'une déduction parce qu'ils servent à satisfaire un «besoin personnel». La nécessité pour une femme d'avoir recours à des services de garde d'enfants pour être en affaires n'est pas différente. Les besoins personnels d'un individu ne peuvent simplement pas être déterminés de façon objective, ils sont, de par leur nature même, subjectifs.

Par le passé, les tribunaux, et la Cour d'appel en l'espèce, ont, de même, toujours présumé que les besoins d'affaires étaient une gamme objectivement neutre de besoins. C'est pourquoi ils n'ont pas examiné le lien étroit entre la garde des enfants et les revenus d'entreprise des femmes. À mon avis, il est essentiel de considérer le lien entre la garde des enfants et la production de revenus d'entreprise, comme l'a fait le juge Cullen. Après avoir fait état du témoignage de l'expert, le Dr Armstrong, le juge de première instance a dit, à la p. 72:

... la fin des années 1970 et le début des années 1980 ont connu un changement social important avec l'afflux des femmes en âge d'avoir des enfants dans les affaires et en milieu de travail.

Dans son témoignage, le Dr Armstrong a affirmé qu'il s'était produit au cours des 40 dernières années des changements importants et fondamentaux au sein du marché du travail et de la structure de la famille. En 1951, seulement 24 pour 100 des femmes canadiennes étaient sur le marché du travail par rapport à 56 pour 100 en 1987. En ce qui concerne l'évolution de cet accroissement, le Dr Armstrong a affirmé:

[TRADUCTION] Ce fut assez rapide à partir du milieu des années 70 — du début des années 70. L'accroissement a été assez lent dans les années 50, mais dans les années 60, cet accroissement a été plus rapide et s'est poursuivi dans les années 70.

En outre, c'est dans le groupe des femmes en âge de procréer que s'est produit le changement le plus important: près des trois quarts des femmes entre

and 44 being counted as members of the labour force, particularly in the 1980s. Today, a majority of women, even those with very young children, are now in the labour force. Fully 70 percent of employed mothers with children younger than six years old work full time, as do 75 percent of employed mothers with school-age children (6 to 15 years). Current forecasts suggest that by the year 2000, fully 88 percent of women aged 25 to 34 years will be in the work force. This increasing trend is particularly noteworthy, since women aged 25 to 34 years are the group most likely to have young children at home, thus requiring child care. It is evident that for most Canadian families, the issue of child care is of crucial importance.

It is with these statistics and expert testimony in mind that we must consider whether child care expenses can be accommodated within the definition of a business expense. In this regard, I agree with Cullen J.'s thoughtful and thorough analysis of the complex issues in this case, which recognizes the evolution of our societal structure and mandates that the interpretation of statutes be done in context, not in a vacuum (*Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1355).

At the forefront of this analysis are general and well known concepts of statutory interpretation, for example, that the clear and unambiguous meaning of words which do not lead to an unreasonable result must be followed and further, that the interpretation of a law may change over time in order to coincide with an altered and ever-changing societal context. (See E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2nd ed. 1983), at p. 89, and P.-A. Côté, *The Interpretation of Legislation in Canada* (2nd ed. 1991), at p. 227.) Our Court has, in the past, altered its interpretation of legislation in a number of cases to conform with our changing social framework (see *Murdoch v. Murdoch*, [1975] 1 S.C.R. 423, *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R.

16 et 44 ans faisaient partie de la population active, notamment dans les années 80. De nos jours, une majorité de femmes, même celles avec de très jeunes enfants, font partie de la population active.

<sup>a</sup> Au moins 70 pour 100 des mères qui ont un emploi et dont les enfants ont moins de six ans travaillent à temps plein; c'est également le cas de 75 pour 100 de celles qui ont un emploi dont les enfants sont d'âge scolaire (entre 6 et 15 ans).  
<sup>b</sup> Selon les prévisions actuelles, d'ici l'an 2000, au moins 88 pour 100 des femmes entre 25 et 34 ans seront sur le marché du travail. Cet accroissement est particulièrement remarquable puisque ce sont  
<sup>c</sup> les femmes de ce groupe d'âge qui sont le plus susceptibles d'avoir de jeunes enfants à la maison, et d'avoir besoin de services de garde. De toute évidence, la question de la garde des enfants revêt une importance cruciale pour la plupart des familles  
<sup>d</sup> canadiennes.

C'est en tenant compte de ces statistiques et de ce témoignage d'expert que nous devons examiner si les frais de garde d'enfants peuvent être inclus dans la définition d'une dépense d'entreprise. À cet égard, je suis d'accord avec l'analyse sérieuse et approfondie que le juge Cullen fait des questions complexes soulevées en l'espèce, analyse qui, à la fois, reconnaît l'évolution de la structure de notre société et exige que les lois soient interprétées en fonction du contexte et non dans l'absolu (*Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1355).

Cette analyse part de principes généraux et bien connus d'interprétation des lois; par exemple, que le sens clair et non ambigu d'un mot qui n'aboutit pas à un résultat déraisonnable doit être respecté et, de plus, que l'interprétation d'une loi peut changer au fil des ans pour s'adapter à l'évolution constante de la société (voir E. A. Driedger, *Construction of Statutes* (2<sup>e</sup> éd. 1983), à la p. 89, et P.-A. Côté, *Interprétation des lois* (2<sup>e</sup> éd. 1990), aux pp. 252 et 253). Dans le passé, notre Cour a, dans certains arrêts, modifié l'interprétation qu'elle avait donnée à des textes législatifs de façon à tenir compte de l'évolution de la société (voir les arrêts *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423, *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, et, plus

436, and, most recently, *Canada (Attorney General) v. Mossop*, [1993] 1 S.C.R. 554). Furthermore, the respect of *Charter* values must be at the forefront of statutory interpretation (see *Hills v. Canada (Attorney General)*, [1988] 1 S.C.R. 513, and *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, [1989] 1 S.C.R. 1038).

As I noted in *Mossop*, *supra*, at p. 613, in *Canadian National Railway Co. v. Canada (Canadian Human Rights Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 1114 (“*Action Travail des Femmes*”), Dickson C.J. reviewed the jurisprudence on the interpretation of legislation and, at p. 1134, enunciated the following principle:

Human rights legislation is intended to give rise, amongst other things, to individual rights of vital importance, rights capable of enforcement, in the final analysis, in a court of law. I recognize that in the construction of such legislation the words of the Act must be given their plain meaning, but it is equally important that the rights enunciated be given their full recognition and effect. We should not search for ways and means to minimize those rights and to enfeeble their proper impact. Although it may seem commonplace, it may be wise to remind ourselves of the statutory guidance given by the federal *Interpretation Act* which asserts that statutes are deemed to be remedial and are thus to be given such fair, large and liberal interpretation as will best ensure that their objects are attained. [Emphasis added.]

In my view, this approach is equally apposite in the case at hand. The provision for deduction pursuant to s. 9(1) should also be given a “fair, large and liberal interpretation”.

In the past, the scope of deductible business disbursements has been expanded constantly. It has been held to include a wide array of expenditures, such as club dues, meals and entertainment expenses, car expenses, home office expenses, legal and accounting fees, to name only a few. In order that the expense the appellant claims as a business expense be analyzed in the context of other “business expenses”, I will briefly examine some of the many deductions that have been held

récemment l’arrêt *Canada (Procureur général) c. Mossop*, [1993] 1 R.C.S. 554). En outre, le respect des valeurs de la *Charte* doit jouer un rôle de premier plan dans l’interprétation des lois (voir les arrêts *Hills c. Canada (Procureur général)*, [1988] 1 R.C.S. 513, et *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, [1989] 1 R.C.S. 1038).

Comme je l’ai mentionné dans l’arrêt *Mossop*, précité, à la p. 613, dans l’arrêt *Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114 («*Action Travail des Femmes*»), le juge en chef Dickson a passé en revue la jurisprudence relative à l’interprétation des lois et a formulé le principe suivant, à la p. 1134:

La législation sur les droits de la personne vise notamment à favoriser l’essor des droits individuels d’importance vitale, lesquels sont susceptibles d’être mis à exécution, en dernière analyse, devant une cour de justice. Je reconnais qu’en interprétant la Loi, les termes qu’elle utilise doivent recevoir leur sens ordinaire, mais il est tout aussi important de reconnaître et de donner effet pleinement aux droits qui y sont énoncés. On ne devrait pas chercher par toutes sortes de façons à les minimiser ou à diminuer leur effet. Bien que cela puisse sembler banal, il peut être sage de se rappeler ce guide qu’offre la *Loi d’interprétation fédérale* lorsqu’elle précise que les textes de loi sont censés être réparateurs et doivent ainsi s’interpréter de la façon juste, large et libérale la plus propre à assurer la réalisation de leurs objets. [Je souligne.]

À mon avis, cette analyse est également pertinente en l’espèce. La déduction établie par le par. 9(1) devrait aussi s’interpréter d’une «façon juste, large et libérale».

Dans le passé, on a constamment élargi la gamme des dépenses d’entreprise déductibles. Ainsi, il a été décidé qu’elles comprenaient un vaste éventail de dépenses: cotisations à un club, frais de repas et de représentation, dépenses liées à l’utilisation d’une voiture, d’un bureau à domicile, frais judiciaires et comptables, pour n’en nommer que quelques-uns. Afin d’analyser dans le contexte des autres «dépenses d’entreprise», les frais réclamés par l’appelante à titre de dépense d’entreprise, je ferai une brève revue de certaines des



to be legitimately expended for the purpose of gaining or producing income from business.

Section 18(12) of the *Act* provides that a businessperson may deduct the expense of a home office. The test for the deduction of one's home office is, however, very stringent. The office must be used exclusively for the business, it must be the taxpayer's principal place of business and it must be used regularly and continuously, in order that the deduction be available.

Self-employed persons are also able to deduct 80 percent of their entertainment and meal expenses that are expended for the purpose of gaining or producing income. Section 67.1 of the *Act* limits the deductible portion of an expense in recognition of the partly personal benefit which is received from these expenses (C. F. L. Young, "Case Comment on *Symes v. The Queen*", [1991] *Brit. Tax Rev.* 105).

With respect to charitable donations, *Olympia Floor & Wall Tile (Quebec) Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1970] Ex. C.R. 274, and *Impenco Ltd. v. Minister of National Revenue*, 88 D.T.C. 1242 (T.C.C.), clearly indicate that some seemingly personal charitable donations may fall within the realm of acceptable business deductions. In both these cases, the companies donated significant sums of money to charitable organizations in order to gain or produce income. That income, as they indicated, arose from the fact that those with whom they did business were encouraged to purchase their product because of their generally held reputation in the community that the company was extremely generous toward charitable organizations.

Other deductions found to be business expenses are those incurred for legal and accounting fees and damages. In *Kellogg Co. of Canada Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1942] C.T.C. 51 (Ex. Ct.), for example, the legal expenses incurred through legal dealing with a trademark infringement were allowed as a deduction incurred for the

nombreuses déductions que les tribunaux ont considérées comme des dépenses engagées en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou de faire produire un revenu à l'entreprise.

Le paragraphe 18(12) de la *Loi* prévoit qu'une personne en affaires peut déduire les dépenses pour un bureau à domicile. Cependant, le critère applicable à ce type de déduction est très rigoureux. Aux fins de la déduction, le bureau doit servir exclusivement à l'entreprise, constituer le principal établissement du contribuable et être utilisé régulièrement et de façon continue.

Les travailleurs indépendants peuvent également déduire 80 pour 100 de leurs frais de représentation et de repas encourus en vue de tirer un revenu ou de faire produire un revenu. L'article 67.1 de la *Loi* limite le montant d'une dépense déductible vu l'avantage, en partie personnel, tiré de ces dépenses (C. F. L. Young, «Case Comment on *Symes v. The Queen*», [1991] *Brit. Tax Rev.* 105).

Pour ce qui est des dons de charité, les arrêts *Olympia Floor & Wall Tile (Quebec) Ltd. c. Ministre du Revenu National*, [1970] R.C. de l'É. 274, et *Impenco Ltée c. Minister of National Revenue*, 88 D.T.C. 1242 (C.C.I.), indiquent clairement que certains dons de charité apparemment personnels peuvent constituer des déductions acceptables à titre de dépense d'entreprise. Dans ces deux affaires, les compagnies avaient donné d'importantes sommes d'argent à des organisations de charité afin de tirer ou de faire produire un revenu. Comme les compagnies l'ont indiqué, elles gagnaient leur revenu en encourageant ceux avec qui elles faisaient affaires à acheter leur produit parce qu'elles étaient bien connues dans la collectivité pour leur grande générosité envers les organisations charitables.

D'autres déductions sont également considérées comme des dépenses d'entreprise, notamment les frais judiciaires et comptables et les dommages-intérêts. Dans l'arrêt *Kellogg Co. of Canada Ltd. c. Minister of National Revenue*, [1942] C.T.C. 51 (C. de l'É.), par exemple, les frais juridiques engagés par Kellogg pour contester une action en

purpose of gaining or producing income. Damages and fines, according to Eva Krasa in "The Deductibility of Fines, Penalties, Damages, and Contract Termination Payments" (1990), 38 *Can. Tax J.* 1399, have also been allowed as business expenses on occasion.

In *Royal Trust Co. v. Minister of National Revenue*, 57 D.T.C. 1055, the Exchequer Court of Canada held that the appellant trust company should be able to deduct club dues and initiation fees paid on behalf of its executives and senior personnel. The court held that the evidence proved conclusively that the practice of paying the club dues resulted in business from which the appellant gained or produced income.

In *Friedland v. The Queen*, 89 D.T.C. 5341 (F.C.T.D.), the taxpayer was allowed to deduct the expenses which he incurred for his Rolls Royce and BMW, to the extent that these automobiles were used for business.

Finally, particularly relevant to the case at hand is the general recognition that the concept of profit is a net calculation and, as such, it is clear that an employer or a business may claim a deduction for employees' salaries and for employer's contributions to an employee benefit package. A daycare centre may constitute such an employee benefit. (See Kathleen Mahoney, "Daycare and Equality in Canada" in *Research Studies of the Commission on Equality in Employment* (1985), 157, at p. 166.) In fact, as was set out by Cullen J., at p. 70, with regard to business operations:

There is no dispute that salaries paid to employees are deductible as business expenses, provided they are laid out to earn income and are reasonable. Further, under certain circumstances, wages or salaries paid to spouses or children are also deductible as business expenses. If this is so, the plaintiff contends, why shouldn't the wages paid to the plaintiff's nanny be deductible as a business expense? Certainly, if the plaintiff hired a jun-

contrefaçon de marque de commerce ont été admis à titre de déduction d'une dépense encourue pour en tirer ou faire produire un revenu. Selon Eva Krasa dans «The Deductibility of Fines, Penalties, Damages, and Contract Termination Payments» (1990), 38 *Rev. fiscale can.* 1399, les dommages-intérêts et les amendes ont également, à l'occasion, été admis à titre de dépenses d'entreprise.

Dans l'arrêt *Royal Trust Co. c. Minister of National Revenue*, 57 D.T.C. 1055, la Cour de l'Échiquier du Canada a statué que la compagnie de fiducie appelante devrait pouvoir déduire les cotisations à un club et les frais d'initiation qu'elle payait pour ses cadres et le personnel de direction. Le tribunal a jugé que la preuve établissait de façon concluante que la pratique du paiement des cotisations à un club donnait lieu à des affaires dont l'appelante tirait ou faisait produire un revenu.

Dans l'arrêt *Friedland c. The Queen*, 89 D.T.C. 5341 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le contribuable a été autorisé à déduire les dépenses engagées relativement à sa Rolls Royce et à sa BMW, dans la mesure où ces automobiles étaient utilisées à des fins d'affaires.

Enfin, il est particulièrement pertinent en l'espèce de signaler que l'on reconnaît généralement que le concept de bénéfice repose sur le calcul d'un montant net; de toute évidence, un employeur ou une entreprise peut ainsi se prévaloir d'une déduction relativement aux salaires versés à ses employés et à ses contributions à un régime de prestations aux employés. Une garderie peut constituer un avantage offert aux employés. (Voir Kathleen Mahoney, «Daycare and Equality in Canada» dans *Research Studies of the Commission on Equality in Employment* (1985), 157, à la p. 166.) En fait, comme l'a noté le juge Cullen à la p. 70 relativement aux opérations d'affaires:

Il n'est pas contesté que les salaires payés aux employés sont déductibles à titre de dépenses d'entreprise, pourvu qu'ils le soient dans le but de tirer un revenu et qu'ils soient raisonnables. De plus, dans certaines circonstances, des salaires versés à des conjoints ou à des enfants sont également déductibles à titre de dépenses d'entreprise. S'il en est ainsi, selon la demanderesse, pourquoi les salaires versés à sa bonne d'en-

ior lawyer or articling student whose duties also included looking after the partner's children (if perhaps a daycare service was provided by the firm), there would be no dispute that the wages of the junior or the articling student would be deductible as a business expense.

As is apparent, the variety of allowable deductions has been expanded to a number of situations not envisaged in earlier times to accommodate many diverse and new business practices. This development falls within principles of deductions which have been succinctly reviewed by Neil Brooks in "The Principles Underlying the Deduction of Business Expenses" in Hansen, Krishna and Rendall, eds., *Essays on Canadian Taxation* (1978), 249. The author notes that a number of tests are used in order to determine what type of expense may be deducted as a business expense. These considerations include whether the expense is deductible according to generally accepted accounting principles, whether the expense is normally incurred by others in the particular business, whether the expense would have been incurred by the taxpayer even if he or she had not been earning income from a business, whether the taxpayer could have avoided the expense without affecting gross income, as well as many other facts and circumstances from which one may infer the taxpayer's purpose in incurring the expense. The multiplicity of tests, in my view, leaves it open for one to conclude that any legitimate expense incurred in relation to a business may be deducted as a business expense. In fact, in this regard, Brooks confirms that a judge's personal experience may strongly influence the conclusion that he or she may reach as to whether a particular disbursement may be classified as a business expense. He writes (at p. 259):

Judges know on the basis of their own experience that an expense incurred under certain circumstances would be incurred by them for a personal purpose; they infer, therefore, that it is probable that some other person, under similar circumstances, would incur the expense for the same purpose.

fants ne devraient-ils pas être déductibles à titre de dépenses d'entreprise? Certainement, si la demanderesse engageait un avocat en second ou un stagiaire dont les fonctions consistaient également à s'occuper des enfants de l'associé (si par hasard le cabinet fournissait une garderie), il n'y aurait pas contestation du fait que les salaires de l'avocat en second et du stagiaire seraient déductibles à titre de dépense d'entreprise.

De toute évidence, la gamme de déductions admises vise maintenant un certain nombre de situations qui n'avaient pas été envisagées à une autre époque et qui permettent de tenir compte de tout un éventail de pratiques commerciales différentes et nouvelles. Cette évolution repose sur des principes de déductibilité qui ont été succinctement analysés par Neil Brooks dans «The Principles Underlying the Deduction of Business Expenses» dans Hansen, Krishna et Rendall, dir., *Essays on Canadian Taxation* (1978), 249. L'auteur précise qu'un certain nombre de critères servent à déterminer quel type de dépense peut être déduit à titre de dépense d'entreprise. Par exemple, la dépense est-elle déductible selon les principes comptables généralement reconnus, s'agit-il d'une dépense normalement effectuée par d'autres qui exploitent le même type d'entreprise, la dépense aurait-elle été engagée par le contribuable même s'il n'avait pas tiré un revenu de l'entreprise, le contribuable aurait-il pu éviter la dépense sans affecter son revenu brut; existe-t-il d'autres faits et circonstances qui permettent d'établir le but du contribuable en effectuant la dépense? À mon avis, vu la multiplicité des critères, on peut conclure que toute dépense légitime encourue pour les fins d'une entreprise peut être déduite à titre de dépense d'entreprise. À cet égard, Brooks confirme que l'expérience personnelle d'un juge peut fortement influencer sur sa décision de qualifier une dépense de dépense d'entreprise. Il écrit (à la p. 259):

[TRADUCTION] En raison de leur expérience personnelle, les juges savent qu'une dépense encourue dans certaines circonstances le serait à une fin personnelle; ils en déduisent, par conséquent, qu'il est probable qu'une autre personne, dans les mêmes circonstances, engagerait la dépense aux mêmes fins.

When we look at the case law concerning the interpretation of "business expense", it is clear that this area of law is premised on the traditional view of business as a male enterprise and that the concept of a business expense has itself been constructed on the basis of the needs of businessmen. This is neither a surprising nor a sinister realization, as the evidence well illustrates that it has only been in fairly recent years that women have increasingly moved into the world of business as into other fields, such as law and medicine. The definition of "business expense" was shaped to reflect the experience of businessmen, and the ways in which they engaged in business. As Dorothy Smith points out in "A Peculiar Eclipsing: Women's Exclusion From Man's Culture" (1978), 1 *Women's Studies Int. Quart.* 281, when only one sex is involved in defining the ideas, rules and values in a particular domain, that one-sided standpoint comes to be seen as natural, obvious and general. As a consequence, the male standard now frames the backdrop of assumptions against which expenses are determined to be, or not to be, legitimate business expenses. Against this backdrop, it is hardly surprising that child care was seen as irrelevant to the end of gaining or producing income from business but rather as a personal non-deductible expense.

As Cullen J. recognized, the world of yesterday is not the world of today. In 1993, the world of business is increasingly populated by both men and women and the meaning of "business expense" must account for the experiences of all participants in the field. This fact is enhanced by expert evidence which indicates that the practices and requirements of businesswomen may, in fact, differ from those of businessmen. When we look at the current situation, it becomes clear that one of the critical differences in the needs of businessmen and businesswomen is the importance of child care for business people with children, particularly women. Cullen J., as confirmed by the expert evi-

Un examen de la jurisprudence sur l'interprétation de l'expression «dépense d'entreprise» révèle clairement que ce domaine du droit est basé sur la conception traditionnelle d'entreprise comme une entreprise masculine et que le concept de dépense d'entreprise a été interprété en fonction des besoins des hommes d'affaires. Cette réalité n'est ni étonnante ni sinistre puisque la preuve indique bien que ce n'est qu'assez récemment que les femmes ont commencé à jouer un plus grand rôle dans le milieu des affaires comme dans d'autres secteurs d'ailleurs, comme le droit et la médecine. La définition de «dépense d'entreprise» a été formulée en fonction de la situation des hommes d'affaires et de la façon dont ils font affaires. Comme l'indique Dorothy Smith dans «A Peculiar Eclipsing: Women's Exclusion From Man's Culture» (1978), 1 *Women's Studies Int. Quart.* 281, lorsque les membres d'un seul sexe définissent les idées, les règles et les valeurs dans un domaine particulier, on en vient à considérer ce point de vue unilatéral comme naturel, évident et général. En conséquence, ce sont actuellement des critères établis par des hommes qui forment la toile de fond des prémisses en vertu desquelles on détermine si une dépense donnée constitue ou non une dépense légitime d'entreprise. Compte tenu de cette toile de fond, il est peu étonnant que les frais de garde d'enfants aient été considérés comme non pertinents pour ce qui est de tirer un revenu de l'entreprise ou de faire produire un revenu à l'entreprise, et plutôt comme une dépense personnelle non déductible.

Comme l'a reconnu le juge Cullen, le monde d'hier diffère de celui d'aujourd'hui. En 1993, le monde des affaires est de plus en plus peuplé d'hommes et de femmes, et l'interprétation de l'expression «dépense d'entreprise» doit tenir compte de la situation de tous les participants dans ce domaine. Ce fait ressort également de la preuve d'expert selon laquelle les pratiques et les exigences des femmes d'affaires pourraient bien être différentes de celles des hommes d'affaires. Lorsque l'on examine la situation actuelle, on se rend compte que l'une des principales différences entre les besoins des hommes et des femmes d'affaires a trait à l'importance de la garde des enfants pour les

dence before him, recognized that child care is vital to women's ability to earn an income. In this regard, I am wholly in agreement with Cullen J.'s conclusion that it made "good business sense" for Ms. Symes to hire child care and that this expense should come within the calculation of profit. In my view, Ms. Symes' child care expenses come within the definition of "the purpose of gaining or producing income" and, as a result, are not prevented by the wording of s. 18(1)(a) from deduction under s. 9(1).

The second point, to which I will now turn, is whether child care expenses may be disallowed as a business expense pursuant to s. 18(1)(h) as being personal in nature.

*C. Section 18(1)(h) of the Income Tax Act: Personal or Living Expenses*

As previously discussed, taxation logic allows deductions from gross income for legitimate business expenses when calculating income. Personal expenses are not, however, seen as legitimate deductions. These expenses are considered to be expenses of "consumption" which should appropriately be included within the tax base. It is argued that child care is just such an expense, and that child bearing and caring decisions are private decisions, having nothing to do with business. Under this logic, it is argued that Ms. Symes should not be granted special or preferential treatment, by allowing her to deduct a personal expense — her child care cost. Although my colleague, Iacobucci J., has examined this issue, I wish to express my own views with regard to what makes an expense personal and whether child care qualifies as any other such expense.

gens d'affaires ayant des enfants, plus particulièrement les femmes. Le juge Cullen, comme l'a confirmé l'expert qui a témoigné devant lui, a reconnu que le soin des enfants est un élément essentiel de la capacité des femmes à gagner un revenu. À cet égard, je souscris entièrement à la conclusion du juge Cullen que M<sup>me</sup> Symes a été «logique sur le plan commercial» en engageant une gardienne d'enfants et que cette dépense devrait entrer dans le calcul du bénéfice. À mon avis, les frais de garde d'enfants de M<sup>me</sup> Symes constituent des dépenses engagées «en vue de tirer un revenu [. . .] ou de faire produire un revenu» et, par conséquent, l'al. 18(1)a tel que rédigé n'a pas pour effet d'empêcher de les déduire en application du par. 9(1).

Le second point que j'examinerai maintenant vise à déterminer si les frais de garde d'enfants peuvent être refusés à titre de dépense d'entreprise en vertu de l'al. 18(1)h parce qu'ils constituent des frais de nature personnelle.

*C. L'alinéa 18(1)h de la Loi de l'impôt sur le revenu: Frais personnels ou frais de subsistance*

Comme je l'ai déjà mentionné, la logique fiscale permet de déduire du revenu brut des dépenses légitimes d'entreprise aux fins du calcul du revenu. Toutefois, les dépenses personnelles ne constituent pas des déductions légitimes. Ces dépenses sont considérées comme des dépenses de «consommation» qui devraient à juste titre faire partie de l'assiette fiscale. On soutient que les frais de garde constituent une dépense de ce type et que les décisions relatives à la procréation et à la garde d'enfants sont des décisions de nature privée qui n'ont rien à voir avec les affaires. À partir de cette logique, on soutient que M<sup>me</sup> Symes ne devrait pas bénéficier d'un traitement spécial ou préférentiel; elle ne devrait pas pouvoir déduire une dépense personnelle — ses frais de garde d'enfants. Bien que mon collègue le juge Iacobucci ait discuté de cette question, je tiens à exprimer mon point de vue sur ce qui fait qu'une dépense est personnelle et sur la question de savoir si les frais de garde d'enfants constituent une dépense de ce type.

In my view, it is important to look closely at the dichotomy of business as opposed to personal expenses. If we survey the experience of many men, it is apparent why it may seem intuitively obvious to some of them that child care is clearly within the personal realm. This conclusion may, in many ways, reflect many men's experience of child care responsibilities. In fact, the evidence before the Court indicates that, for most men, the responsibility of children does not impact on the number of hours they work, nor does it affect their ability to work. Further, very few men indicated that they made any work-related decisions on the basis of child-raising responsibilities. The same simply cannot currently be said for women. For women, business and family life are not so distinct and, in many ways, any such distinction is completely unreal, since a woman's ability to even participate in the work force may be completely contingent on her ability to acquire child care. The decision to retain child care is an inextricable part of the decision to work, in business or otherwise. This reality is expressed by Grace Blumberg in "Sexism in the Code: A Comparative Study of Income Taxation of Working Wives and Mothers" (1971-1972), 21 *Buff. L. Rev.* 49, at p. 64, in similar terms:

Child care . . . is an expense . . . which necessarily arises only when both parents are employed. . . . A working mother's provision for child care is a nondiscretionary expense directly related to the fact of her employment.

In the recently released study by the Canadian Bar Association Task Force on Gender Equality in the Legal Profession entitled *Touchstones for Change: Equality, Diversity and Accountability* (1993), the difficulties many women lawyers face when attempting to balance career and family were highlighted. The report states (at p. 65):

À mon avis, il est important d'examiner attentivement la dichotomie dépenses d'entreprise contre dépenses personnelles. Lorsque l'on regarde l'expérience de nombre d'hommes, on comprend facilement pourquoi certains d'entre eux peuvent intuitivement considérer que les frais de garde sont clairement de nature personnelle. À beaucoup d'égards, cette conclusion pourrait bien être un reflet de l'expérience que de nombreux hommes ont de leurs responsabilités en matière de garde d'enfants. En fait, d'après la preuve, la responsabilité du soin des enfants n'a aucune incidence sur le nombre d'heures de travail de la plupart des hommes, ni d'ailleurs sur leur capacité de travailler. De plus, très peu d'hommes ont indiqué qu'ils prenaient des décisions professionnelles en fonction de leurs responsabilités en matière de garde d'enfants. On ne peut tout simplement pas affirmer la même chose relativement à la situation actuelle des femmes. En effet, pour les femmes, la vie professionnelle et la vie familiale ne sont pas si distinctes et, dans de nombreux cas, une telle distinction est tout à fait irréaliste puisque la capacité même d'une femme d'entrer sur le marché du travail peut dépendre entièrement de sa capacité d'obtenir des services de garde. La décision d'obtenir des services de garde d'enfants fait inextricablement partie de la décision de travailler, en affaires ou autrement. Cette réalité est exprimée en des termes similaires par Grace Blumberg dans «Sexism in the Code: A Comparative Study of Income Taxation of Working Wives and Mothers» (1971-1972), 21 *Buff. L. Rev.* 49, à la p. 64:

[TRADUCTION] La garde des enfants [...] est [...] une dépense qui, nécessairement, n'existe que lorsque les deux parents travaillent [...] Pour une mère sur le marché du travail, les frais de garde d'enfants constituent une dépense non discrétionnaire directement liée à son emploi.

Dans l'étude publiée récemment par le Groupe de travail de l'Association du Barreau canadien sur l'égalité des sexes dans la profession juridique, *Les assises de la réforme: Égalité, diversité et responsabilité* (1993), on a fait ressortir les difficultés que de nombreuses avocates éprouvent lorsqu'elles tentent d'établir un équilibre entre leur famille et leur carrière. Le rapport indique (à la p. 70):

One of the main causes of discrimination against women lawyers is the culture that surrounds work in the legal profession. That culture has been shaped by and for male lawyers. It is predicated on historical work patterns that assume that lawyers do not have significant family responsibilities. The “hidden gender” of the current arrangements for legal work manifests itself in many ways, including: the extremely long and irregular hours of work; assumptions about the availability of domestic labour to support a lawyer’s activities at work; promotion within law firms which is incompatible with the child bearing and child rearing cycles of most women’s lives; and the perceived conflict between allegiances owed to work and family.

Particularly with respect to child care responsibilities, provincial surveys provided clear evidence that women lawyers bear by far a greater responsibility for child care than do their male counterparts, at p. 67:

**The proportion of responsibility borne by women lawyers for their children is almost double that borne by male lawyers.**

When asked about the proportion of responsibility they bear, women responded 49% (Ontario); 40% (British Columbia) and 44% (Alberta) while men responded 26% (Ontario); 20% (British Columbia); and 26% (Alberta).

The Saskatchewan survey revealed that women assume primary responsibility for child care in all areas broken down by activity. For example, 59% of women report they care for children when the latter are ill compared to only 4% of men.

Further, the surveys revealed that women lawyers had a much greater reliance on paid child care workers than did male lawyers, at pp. 67-68:

**Women lawyers are much more likely to rely on paid child care givers than are male lawyers — by a ratio of three to one.**

In Ontario, female respondents identified the proportion of responsibility borne by paid child care workers as

L’une des principales causes de discrimination à l’encontre des avocates tient aux valeurs culturelles qui entourent le travail dans la profession juridique. Ces valeurs culturelles ont été déterminées par et pour des avocats. Elles sont fondées sur des modèles historiques de travail qui présument que les avocats n’ont pas de responsabilités familiales importantes. Le «sexisme caché» qui existe dans l’organisation actuelle du travail juridique se manifeste de plusieurs manières, notamment: les heures de travail extrêmement longues et irrégulières, l’idée selon laquelle l’avocat peut faire son travail au bureau parce qu’il est libéré des charges domestiques qui sont assumées par une tierce personne; la promotion dans les cabinets d’avocats qui est incompatible avec les cycles de maternité et d’éducation des enfants dans la vie de la plupart des femmes; et le conflit qui est perçu entre les fidélités dues au travail et à la famille.

Plus particulièrement en ce qui concerne les responsabilités relatives au soin des enfants, les enquêtes provinciales démontrent clairement que les avocates assument beaucoup plus que leurs confrères les responsabilités à ce chapitre (à la p. 72):

**La proportion de la responsabilité assumée par les avocates auprès de leurs enfants est pratiquement le double de celle assumée par les avocats.**

Lorsqu’elles sont interrogées sur la proportion de la responsabilité qui leur incombe, les femmes ont répondu 49 % (Ontario); 40 % (Colombie-Britannique) et 44 % (Alberta), tandis que les hommes ont répondu 26 % (Ontario), 20 % (Colombie-Britannique) et 26 % (Alberta).

L’enquête de la Saskatchewan a montré que les femmes assumaient la principale responsabilité pour les soins donnés aux enfants dans tous les domaines, ventilés par activité. Par exemple, 50 % des femmes signalent qu’elles soignent leurs enfants lorsqu’ils sont malades, contre seulement 4 % des hommes.

De plus, les enquêtes ont révélé que les avocates avaient plus souvent recours que les avocats à des personnes rémunérées pour garder les enfants (aux pp. 72 et 74):

**Les avocates sont beaucoup plus susceptibles que les avocats de payer une personne pour garder les enfants — par une proportion de trois contre un.**

En Ontario, les répondantes ont identifié la proportion de la responsabilité assumée par des personnes rémuné-

26%, while men responded 10%. In British Columbia the proportion of child care responsibility borne by paid child care workers was reported as 26% by women lawyers and 10% by men. Again, in Alberta, this proportion was 29% for female lawyers and 8% for male lawyers.

In the Saskatchewan and Quebec surveys, 70% of women reported having the responsibility for making child care arrangements.

Conversely, male lawyers can count on a spouse or spousal equivalent to be responsible for child care at a rate of approximately three times the spousal assistance available to women.

. . .

Although both male and female lawyers have experienced stress as a result of competing demands of career and child care responsibilities, women reported negative material effects in the form of loss of income or reduced career opportunities to a degree not reported by men.

For example, a majority of women reported loss of income due to child rearing whereas only a small minority of men did so. [Emphasis in original.]

The reality of Ms. Symes' business life necessarily includes child care. The 1993 concept of business expense must include the reality of diverse business practices and needs of those who have not traditionally participated fully in the world of business. Décary J.A.'s statement that the "concept of a business expense has been developed . . . without any regard to the particular needs of those in charge of the business" (p. 523), fails to recognize this reality. In this regard, comments made by Isabel Grant and Lynn Smith in a paper prepared for the Ontario Law Reform Commission ("Gender Representation in the Canadian Judiciary", in *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practice* (1991), 57, at p. 79) ring true:

rées pour s'occuper des enfants comme étant de 26 %, tandis que les hommes ont répondu 10 %. En Colombie-Britannique, la proportion de la responsabilité pour les soins donnés aux enfants assurée par des gardiennes rémunérées était déclaré à 26 %, selon les avocates, et à 10 %, selon les avocats. En Alberta maintenant, cette proportion était de 29 % pour les avocates, et de 8 % pour les avocats.

Dans les enquêtes de la Saskatchewan et du Québec, 70 % des femmes ont déclaré qu'elles avaient la charge de l'organisation des soins à donner aux enfants.

À l'inverse, les avocats peuvent compter trois fois plus souvent que les avocates sur une conjointe ou une conjointe de fait pour s'occuper des enfants.

. . .

Bien que les avocats comme les avocates aient ressenti de la tension du fait de la conciliation des responsabilités professionnelles et des responsabilités familiales, les femmes ont signalé des effets matériels, sous forme de perte de revenus ou de réduction des possibilités de carrière, à un niveau que les hommes n'ont pas signalé.

Par exemple, une majorité de femmes a déclaré avoir perdu des revenus pour élever leurs enfants tandis que seulement une faible minorité d'hommes l'a fait. [En caractères gras dans l'original.]

La vie professionnelle de M<sup>me</sup> Symes fait qu'elle a nécessairement besoin de services de garde pour ses enfants. En 1993, le concept des dépenses d'entreprise doit tenir compte des diverses pratiques commerciales ainsi que des besoins des personnes qui, traditionnellement, ne participaient pas pleinement au monde des affaires. L'énoncé du juge Décary que «le concept de dépense d'entreprise a été développé [. . .] en faisant abstraction des besoins particuliers des personnes qui dirigent cette entreprise» (p. 523) ne tient pas compte de cette réalité. À cet égard, les commentaires formulés par Isabel Grant et Lynn Smith dans un ouvrage rédigé pour la Commission de réforme du droit de l'Ontario («Gender Representation in the Canadian Judiciary», dans *Appointing Judges: Philosophy, Politics and Practice* (1991), 57, à la p. 79) sont tout à fait à propos:



... no one is "objective" in the sense of being without a frame of reference, yet we sometimes fail to notice the

frame of reference of those who have been in a position to define the very terms and concepts in which we think.

Audrey Macklin in "*Symes v. M.N.R.: Where Sex Meets Class*" (1992), 5 *C.J.W.L.* 498, at p. 507, retorted that Dé Cary J.A.'s above assertion:

... failed to acknowledge that as long as business has been the exclusive domain of men, the commercial needs of business have been dictated by what men (think they) need to expend in order to produce income. The fact that these expenditures also have a "personal" element was never treated as a complete bar. Thus, the courts have in the past permitted businessmen to deduct club fees because men like to conduct business with each other over golf. [*Royal Trust Co. v. Minister of National Revenue, supra*]... Because some men believe expensive cars enhance their professional image, driving a Rolls Royce has been held to be an incident of a professional business. [*Friedland v. The Queen, supra*.]

As a consequence, one must ask whether the many business deductions available, for cars, for club dues and fees, for lavish entertainment and the wining and dining of clients and customers, and for substantial charitable donations, are so obviously business expenses rather than personal ones. Although potentially personal, each one of these expenses has been accepted as a legitimate business expense and, as each reflects a real cost incurred by certain kinds of business people to produce income from business, a deduction has been allowed. The real costs incurred by businesswomen with children are no less real, no less worthy of consideration and no less incurred in order to gain or produce income from business.

Finally, with regard to the potentially personal nature of child care expenses, the issue of "choice" has been raised as a barrier to the availability of a

[TRADUCTION]... personne n'est «objectif» au sens où une personne agirait dans l'absolu, sans points de référence; toutefois, nous omettons parfois de tenir compte des points de référence des personnes qui ont défini les termes et les concepts mêmes qui régissent notre façon de penser.

Audrey Macklin dans «*Symes v. M.N.R.: Where Sex Meets Class*» (1992), 5 *R.F.D.* 498, à la p. 507, réplique que l'affirmation du juge Dé Cary:

[TRADUCTION]... ne tient pas compte du fait suivant: aussi longtemps que les affaires sont demeurées l'apanage des hommes, les besoins commerciaux en affaires étaient déterminés par ce dont les hommes avaient (croyaient avoir) besoin de dépenser pour produire un revenu. Le fait que ces dépenses comportent aussi un élément «personnel» n'a jamais été traité comme une interdiction complète. En conséquence, les tribunaux ont dans le passé permis aux hommes d'affaires de déduire les cotisations à un club parce que les hommes aiment faire des affaires entre eux au golf. [*Royal Trust Co. c. Minister of National Revenue, précité*] [...] Parce que certains hommes estiment que des voitures coûteuses rehaussent leur image professionnelle, la conduite d'une Rolls Royce a été jugée comme faisant partie d'une entreprise professionnelle. [*Friedland c. The Queen, précité*.]

On doit donc se demander s'il est si évident que les nombreuses déductions d'entreprise possibles (dépenses de voitures, cotisations et droits à un club, frais de représentation extravagants et dîners bien arrosés à l'intention des clients et dons de charité importants) sont des dépenses d'entreprise plutôt que des dépenses personnelles. Bien que chacune de ces dépenses puisse être personnelle, elles ont toutes été acceptées à titre de dépenses d'entreprise légitimes et admises comme déduction, représentant chacune un coût réel engagé par certains types de gens d'affaires pour faire produire un revenu à l'entreprise. Les coûts réels engagés par les femmes d'affaires ayant des enfants sont tout aussi réels, tout aussi dignes d'être pris en considération et tout aussi encourus pour tirer un revenu de l'entreprise ou faire produire un revenu à l'entreprise.

Enfin, en ce qui concerne le caractère personnel possible des frais de garde d'enfants, la question du «choix» a été soulevée pour faire obstacle à la

deduction. As I am in agreement with my colleague Iacobucci J.'s reasoning in this regard, I will make only a few brief points. While there is a personal component to child raising, and while the care of children may be personally rewarding, this "choice" is a choice unlike any others. This "choice" is one from which all of society benefits, yet much of the burden remains on the shoulders of women. Women "choose" to participate in an activity which is not for their benefit alone, and, in so doing, they undertake a function on behalf of all society. As Dickson C.J. very appropriately remarked in *Brooks v. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 S.C.R. 1219, at p. 1243:

That those who bear children and benefit society as a whole thereby should not be economically or socially disadvantaged seems to bespeak the obvious. It is only women who bear children; no man can become pregnant. . . . it is unfair to impose all of the costs of pregnancy upon one half of the population.

The decision to have children is not like any other "consumption" decision. To describe the raising of children in comparable terms to "choosing" to purchase a certain kind of automobile or live in a certain dwelling is simply untenable. As well, the many complexities surrounding child care make it inappropriate to adopt the language of voluntary assumption of costs, where those costs may, in fact, be allocated in a discriminatory fashion — the burden falling primarily on women.

In conclusion to the question of whether child care expenses are precluded from being deducted as a business expense under s. 9(1) by the interplay of either s. 18(1)(a) or s. 18(1)(h) of the *Act*, I answer that child care may be held to be a business expense deductible pursuant to ss. 9(1), 18(1)(a) and 18(1)(h) of the *Act*, all other criteria being respected. This result leads me to the most crucial consideration in this appeal, that is whether s. 63 of the *Act* precludes the deduction of child care

déductibilité de ces dépenses. Comme je suis d'accord avec le raisonnement du juge Iacobucci sur cette question, je ne ferai que quelques brefs commentaires. Bien que l'éducation des enfants présente un élément personnel et que le soin des enfants puisse être gratifiant sur le plan personnel, ce «choix» n'est pas un choix comme les autres. Ce «choix» bénéficie à l'ensemble de la société et, pourtant, ce sont les femmes qui assument la majeure partie des responsabilités à ce chapitre. Les femmes «choisissent» de participer à une activité qui n'est pas à leur seul avantage et, ce faisant, elles accomplissent une fonction pour l'ensemble de la société. Comme le juge en chef Dickson l'a très bien fait remarquer dans l'arrêt *Brooks c. Canada Safeway Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1219, à la p. 1243:

Il semble aller de soi que celles qui donnent naissance à des enfants et favorisent ainsi l'ensemble de la société ne devraient pas en subir un désavantage économique ou social. Seules les femmes portent des enfants; aucun homme n'en a la possibilité. [. . .] il est injuste d'imposer tous les coûts de la grossesse à une seule moitié de la population.

La décision d'avoir des enfants n'est pas assimilable à toute autre décision de «consommation». On ne peut tout simplement pas décrire le fait d'élever des enfants comme on décrirait le «choix» d'acheter un certain type d'automobile ou de vivre dans un certain type d'habitation. En outre, le grand nombre de questions complexes liées aux soins des enfants fait qu'il n'est pas approprié qu'on traite comme un choix volontaire le fait d'assumer les coûts à ce chapitre lorsque ces coûts peuvent, en fait, être répartis d'une façon discriminatoire, le fardeau reposant principalement sur les épaules des femmes.

En ce qui concerne la question de savoir si le par. 9(1) empêche de déduire les frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise en raison de l'interaction des al. 18(1)(a) ou 18(1)(h) de la *Loi*, je conclus donc que les frais de garde d'enfants peuvent être considérés comme une dépense d'entreprise déductible conformément au par. 9(1) et aux al. 18(1)(a) et 18(1)(h) de la *Loi*, si tous les autres critères ont par ailleurs été respectés. Ce résultat m'amène à examiner la question cruciale

expenses as a business expense. Here, I part company with my colleague since, in my view, s. 63 of the *Act*, properly interpreted, is no such bar.

#### D. Section 63 of the *Income Tax Act*

##### (i) Overview

Section 63 of the *Act*, reproduced earlier, provides a limited deduction for child care expenses. The deduction is available, in most circumstances, to the lower income earning spouse in a family unit. It is a non-source-based deduction available to all parents. At trial, the effect of s. 63 was not argued at length since, as Cullen J. briefly noted (at p. 75):

... the defendant [respondent] has admitted that if the nanny expense is a proper business expense pursuant to sections 3, 9 and 18 of the *Act*, then section 63 cannot prevent it from being allowed as such.

On appeal, however, the MNR withdrew this admission and the relevance of s. 63 became of much greater import. Décary J.A. for the Court of Appeal concluded that s. 63 was a complete code, and precluded the deduction of anything more than the limits set out. Thus, even if child care had the potential to be construed as a business expense, which he did not find, s. 63 foreclosed this possibility. My colleague adopts the same view. I disagree.

Computation of income under the *Act* is, as already indicated, based on the concept of income from source. Section 3 of the *Act*, to which I have referred earlier in these reasons, provides that, in computing income for a taxation year, a taxpayer must compute the income from each source from which the income is received and the aggregate of each is the total income. In this case, we are concerned only with income from one source: the

soulevée dans le présent pourvoi, celle de savoir si l'art. 63 de la *Loi* empêche la déduction des frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise. Sur ce point, je diverge d'opinion avec mon collègue car, d'après moi, l'art. 63 de la *Loi*, correctement interprété, n'empêche pas une telle déduction.

#### D. *L'article 63 de la Loi de l'impôt sur le revenu*

##### (i) Commentaires généraux

L'article 63 de la *Loi*, que j'ai déjà reproduit, limite le montant de la déduction pour frais de garde d'enfants. Cette déduction est disponible, dans la plupart des cas, pour le conjoint ayant le revenu le moins élevé dans la famille. Il s'agit d'une déduction qui n'est pas applicable à une source déterminée et dont tous les parents peuvent se prévaloir. En première instance l'art. 63 n'a pas été discuté de façon élaborée puisque, comme l'a brièvement souligné le juge Cullen (à la p. 75):

... la défenderesse [l'intimée] a reconnu que si la dépense liée à l'engagement d'une bonne d'enfants est une dépense d'entreprise appropriée en vertu des articles 3, 9 et 18 de la *Loi*, alors l'article 63 ne saurait l'empêcher d'être accueillie comme telle.

Toutefois, en appel, le MRN a retiré cette admission et la pertinence de l'art. 63 a, en conséquence, pris beaucoup plus d'importance. Le juge Décary de la Cour d'appel a conclu que l'art. 63 était un code complet qui empêchait de déduire quoi que ce soit au-delà d'un maximum prévu. En conséquence, même si les frais de garde étaient susceptibles d'être considérés comme une dépense d'entreprise, contrairement à l'opinion du juge Décary, l'art. 63 écarterait cette possibilité. Mon collègue est également de cet avis. Je ne suis pas d'accord.

Comme je l'ai déjà indiqué, le calcul du revenu en vertu de la *Loi* repose sur le concept du revenu provenant de diverses sources. L'article 3 de la *Loi*, que j'ai déjà mentionné, prévoit que le contribuable doit, dans le calcul de son revenu pour une année d'imposition, tenir compte du revenu provenant de chaque source d'où il le tire, l'ensemble constituant son revenu total. En l'espèce, nous nous intéressons uniquement au revenu tiré d'une

business. According to s. 3 of the *Act*, after calculating income, a taxpayer must compute and subtract any deductions allowed under subdivision e of Division B — Computation of Income. It is in this calculation that a s. 63 deduction is taken into account. Subdivision e differs from deductions allowable under subdivisions a, b and c, which are each concerned only with a particular source of income. According to s. 4(2) of the *Act*, the s. 63 deduction is not applicable either wholly or in part to a particular source of income. The argument of the respondent rests on the proposition that the availability of deductions under s. 63 is incompatible with the availability of child care deductions pursuant to s. 9(1). In other words, the mere existence of s. 63 prevents any deduction for child care under s. 9(1) of the *Act*.

My answer is twofold. First, there is nothing in the wording of s. 63 that overrides the application of s. 9. Second, such an interpretation is, in my view, in contradiction with the purpose and historical basis for the enactment of s. 63, with traditional approaches to diverse deductions under the *Act* and, finally, with the *Charter*. Since its inception, the *Act* has been extensively interpreted. In *Stubart Investments Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 S.C.R. 536, Estey J. writing for the Court held at p. 578, quoting Driedger, *Construction of Statutes*, *supra*, at p. 87, that:

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.

I suggest that, in this light, many of the same questions, that were examined with regard to the above analysis of ss. 9(1), 18(1)(a) and 18(1)(h), must take place in the context of s. 63. Just as these sections of the *Act* have developed with regard solely to the needs of a traditionally male practice of business, so has the history of s. 63 been tainted by a specific view of the world. In this regard, the following comment by Oliver Wendell Holmes in *The*

source: l'entreprise. Conformément à l'art. 3 de la *Loi*, après le calcul de son revenu, le contribuable doit calculer et soustraire les déductions autorisées en vertu de la sous-section e de la section B — Calcul du revenu. C'est dans ce calcul que l'on tient compte de la déduction prévue à l'art. 63. La sous-section e diffère des déductions admises en vertu des sous-sections a, b et c, lesquelles ne se rapportent qu'à une source particulière de revenu. Conformément au par. 4(2) de la *Loi*, la déduction autorisée par l'art. 63 n'est pas applicable, en totalité ou en partie, à une source déterminée de revenu. L'argument de l'intimée repose sur la proposition que la déduction possible en vertu de l'art. 63 est incompatible avec celle des frais de garde d'enfants conformément au par. 9(1). En d'autres termes, la simple existence de l'art. 63 empêche toute déduction pour frais de garde d'enfants sous le par. 9(1) de la *Loi*.

Ma réponse comporte deux volets. Premièrement, il n'y a rien dans le libellé de l'art. 63 qui soit de nature à écarter l'application de l'art. 9. Deuxièmement, une telle interprétation est, à mon avis, contraire à l'objet de l'art. 63 et à l'historique législatif au moment de son adoption, à l'analyse traditionnelle des diverses déductions prévues dans la *Loi* et, enfin, à la *Charte*. Depuis l'adoption de la *Loi*, son interprétation a fait couler beaucoup d'encre. Dans l'arrêt *Stubart Investments Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 R.C.S. 536, le juge Estey s'exprime au nom de notre Cour, à la p. 578, citant Driedger, *Construction of Statutes*, *op. cit.*, 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.

À mon avis, compte tenu de ce qui précède, il faut, dans le contexte de l'art. 63, reprendre un grand nombre des mêmes questions étudiées au regard du par. 9(1) et des al. 18(1)(a) et 18(1)(h). De la même façon que ces dispositions de la *Loi* ont évolué en fonction uniquement des besoins d'une entreprise traditionnellement exploitée par des hommes, l'historique de l'art. 63 a également été marqué par une vision particulière du monde. À cet égard, le

*Common Law* (1881), at p. 1, rings as true today, in the context of judicial reasoning with respect to income tax legislation, as it did in 1881, with respect to the development of the common law:

The life of the law has not been logic: it has been experience. The felt necessities of the time, the prevalent moral and political theories, intuitions of public policy, avowed or unconscious, even the prejudices which judges share with their fellow-men, have had a good deal more to do than the syllogism in determining the rules by which men should be governed.

Recognition that laws are not neutral is not new. As the interpretation of "business expense" has been shown to be wrought with male perspective and subjectivity, so is an interpretation of business expense that is limited by s. 63 of the *Act*. Section 63 was implemented in order to adapt to the needs of a society at that time. In 1972, when that section was enacted, societal ideals with regard to equality of the sexes and the equal participation of women in all aspects of society had not evolved to the point where they have today. Now, in 1993, as we approach the interpretation of laws, one hopes, as is observed by Joan Brockman in "Social Authority, Legal Discourse, and Women's Voices" (1992), 21 *Man. L.J.* 213, at p. 233, that "[t]he myth of law's neutrality has been largely eroded." An interpretation which holds that s. 63 prevents the deduction of child care costs which would otherwise constitute a valid business expense is guided, in my opinion, by the myth of neutrality, a matter I will now examine.

(ii) Section 63 Interplay with Section 9(1)

According to my colleague and, for that matter, Décary J.A., since the wording of s. 63 of the *Act* clearly includes the appellant's nanny expenses, s. 63 acts as a complete bar, rendering the appellant Symes ineligible to deduct her child care expenses as a business expense. I do not interpret s. 63 of the *Act* in such a fashion. Sections 63 and 9(1), in my view, may co-exist. The fact that Parliament

commentaire sur l'évolution de la common law que fait Oliver Wendell Holmes dans *The Common Law* (1881), à la p. 1, est tout aussi pertinent aujourd'hui qu'il l'était en 1881, dans le contexte du raisonnement des tribunaux relativement à la législation fiscale:

[TRADUCTION] L'évolution du droit n'a pas été logique: c'est une question d'expérience. Les nécessités de l'époque, les théories morales et politiques courantes, les intuitions d'ordre public, avouées ou non, même les préjugés communs aux juges et au reste des mortels, ont joué un rôle beaucoup plus important que le syllogisme dans la détermination des règles qui devraient régir les hommes.

La reconnaissance de la non-neutralité des lois n'est pas chose nouvelle. Tout comme l'interprétation de l'expression «dépense d'entreprise» s'est révélée imprégnée d'une perspective masculine et subjective, c'est également le cas d'une interprétation des dépenses d'entreprise limitée par l'art. 63 de la *Loi*. Cet article a été adopté pour les besoins de la société de l'époque. En 1972, lors de l'adoption de la disposition en question, l'idéal social d'égalité des sexes et de participation égale des femmes à tous les aspects de la société n'était pas aussi avancé qu'il ne l'est aujourd'hui. En 1993, lorsque l'on procède à l'interprétation des lois, on espère, comme le fait remarquer Joan Brockman dans «Social Authority, Legal Discourse, and Women's Voices» (1992), 21 *R.D. Man.* 213, à la p. 233, que [TRADUCTION] «[l]e mythe de la neutralité des lois est en grande partie disparu». Une interprétation qui tient que l'art. 63 empêche la déduction des frais de garde, lesquels constitueraient par ailleurs une dépense d'entreprise valide, repose, à mon avis, sur le mythe de la neutralité, question dont je discuterai maintenant.

(ii) L'interaction de l'art. 63 et du par. 9(1)

D'après mon collègue et, d'ailleurs selon le juge Décary, puisque le libellé de l'art. 63 de la *Loi* inclut manifestement les frais de garde des enfants de l'appelante, il crée une interdiction absolue qui rend impossible pour l'appelante Symes de déduire ses frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise. Je n'interprète pas ainsi l'art. 63 de la *Loi*. À mon avis, l'art. 63 et le par. 9(1) peuvent coexis-

enacted a section to benefit all parents in the paid work force without distinction does not prevent a taxpayer who is in business from deducting an expense which can be legitimately claimed as a business expense. Section 63 provides general relief to parents, but nothing in its wording implies that deductions available under s. 9(1) are abolished or restricted in this respect. Had Parliament intended to submit the deduction of child care expenses to the application of s. 63 it would have expressed it in clear language. In providing that none of the deductions permitted by ss. 60 to 63 are applicable to a particular source of income, s. 4(2) of the *Act* clearly provides for some deductions which may legitimately fall under two sections of the *Act*. In addition, it is not insignificant that the text of s. 63 is permissive as opposed to the negative wording of ss. 18(1)(b) and 18(1)(e), which are clearly intended to limit the allowable deductions to only those permitted under these paragraphs. Finally, it is important to note that the taxpayer in this case is not seeking to claim a s. 63 deduction from a source, but is seeking a source deduction, independent of the s. 63 deduction for child care, for a business expense.

The appellant argues that the availability of a deduction for child care expenses is consistent with principles of income tax as accepted in *Olympia Floor & Wall Tile (Quebec) Ltd. v. Minister of National Revenue, supra* (followed in *Impenco Ltd. v. Minister of National Revenue, supra*). In *Olympia*, the taxpayer was allowed to deduct, as a business expense, moneys which it had donated to charity for the purpose of gaining or producing income from business. The court held that such a deduction was not prohibited under what is now s. 9 of the *Act* by the fact that it could also have been allowed under s. 27(1) of the *Act*. My colleague distinguishes *Olympia, supra*, in that the deduction there allowed is of a different order than that claimed in the case at hand. There, the taxpayer argued that the expense had been incurred for two distinct purposes, while, in the case at hand, only

ter. L'adoption par le législateur d'une disposition visant à profiter à tous les parents faisant partie de la population active rémunérée sans distinction n'empêche pas un contribuable en affaires de déduire une dépense susceptible d'être légitimement réclamée à titre de dépense d'entreprise. L'article 63 offre un avantage général aux parents, mais son libellé n'a pas pour effet d'abolir ou de restreindre les déductions possibles en vertu du par. 9(1). Si le législateur avait eu l'intention d'assujettir la déductibilité des frais de garde d'enfants à l'application de l'art. 63, il l'aurait clairement indiqué. En établissant qu'aucune des déductions autorisées par les art. 60 à 63 n'est applicable à une source déterminée de revenus, le par. 4(2) de la *Loi* dispose clairement que certaines déductions pourront légitimement exister en vertu de deux dispositions de la *Loi*. En outre, il n'est pas sans importance de constater que le libellé de l'art. 63 est rédigé d'une façon positive contrairement aux al. 18(1)(b) et 18(1)(e) qui visent clairement à établir que les déductions possibles sont uniquement celles autorisées en vertu de ces dispositions. Enfin, il importe de signaler que la contribuable en l'espèce ne cherche pas à réclamer une déduction applicable à une source en vertu de l'art. 63, mais cherche à obtenir une déduction d'une source, à titre de dépense d'entreprise, indépendamment de la déduction pour garde d'enfants visée à l'art. 63.

L'appelante soutient que la déductibilité des frais de garde d'enfants est compatible avec les principes fiscaux reconnus dans l'arrêt *Olympia Floor & Wall Tile (Quebec) Ltd. c. Ministre du Revenu national*, précité (qui a été suivi dans *Impenco Ltée. c. Minister of National Revenue*, précité). Dans l'arrêt *Olympia*, le contribuable avait été autorisé à déduire, à titre de dépense d'entreprise, l'argent versé en dons de charité pour tirer un revenu de l'entreprise ou faire produire un revenu à l'entreprise. Le tribunal a statué que cette déduction n'était pas interdite en vertu de ce qui est maintenant l'art. 9 de la *Loi* même si elle pouvait être autorisée en vertu du par. 27(1) de la *Loi*. Mon collègue fait une distinction entre cet arrêt et le présent pourvoi au motif que la déduction autorisée dans *Olympia*, précité, diffère de celle réclamée en l'espèce. Dans cet arrêt, le contribuable

one purpose is argued. This, in my view, has absolutely no bearing on the interpretation of s. 63, contrary to the view of my colleague. While it is true that the taxpayer in this case has claimed only that the child care expenses she has incurred are in order to gain or produce income from her business, the rationale in both cases is the same and the cases cannot be distinguished with any significance. Jackett P.'s comments are apposite here and, as a consequence, I will cite the following extract from his reasons at length (at pp. 282 and 284):

Ordinarily, one thinks of charity as a personal matter. One gives of what one would otherwise have for oneself for the relief of poverty in others or for education or other "good works". In its original concept, therefore, one would not deduct a charitable gift in computing one's profit or income because it is, by definition, a gift made out of the profit or income after it is earned. Quite clearly, I should have thought, in its inception, a gift to charity was a "personal" outlay, the deduction of which would have been prohibited by the forerunner of section 12(1)(h).

While hitherto unforeseen, however, I can find no inherent incompatibility between an "outlay . . . for the purpose of . . . producing income" and a gift to a charitable organization. If, on the facts of a particular case, such a gift is found to have been made *bona fide*, as an outlay for the purpose of producing income, I am of the view that, *prima facie*, it escapes the prohibition in section 12(1)(a).

There remains for consideration the question whether, when section 27(1)(a) is read with the other provisions of the Act, one must reach the conclusion that Parliament intended that gifts to charitable organizations were not to be deducted except in the manner and to the extent authorized by that provision. In other words, must one infer from the existence of section 27(1)(a) a prohibition against any deduction of charitable contributions in the computation of income?

soutenait que la dépense avait été engagée à deux fins distinctes, alors qu'en l'espèce, l'appelante affirme qu'elle n'a été encourue qu'à une seule fin. J'estime que ceci n'a absolument aucune incidence sur l'interprétation de l'art. 63, contrairement à ce qu'affirme mon collègue. Certes, ici la contribuable a prétendu uniquement que les frais de garde d'enfants qu'elle a encourus l'ont été en vue de tirer un revenu de l'entreprise ou de faire produire un revenu à l'entreprise, mais la philosophie sous-jacente est la même dans les deux cas et on ne saurait établir entre eux de distinction significative. Les commentaires du président Jackett à ce sujet étant pertinents, j'en reproduis au long l'extrait suivant (aux pp. 283 et 285):

Habituellement, on considère la charité comme une question d'ordre personnel. On donne, à même ce dont on dispose personnellement, pour soulager la pauvreté des autres ou pour l'enseignement ou pour d'autres «bonnes œuvres». D'après son premier sens, on ne déduirait donc pas un don de charité dans le calcul de son bénéfice ou de son revenu, parce qu'il s'agit par définition d'un don pris sur le bénéfice ou le revenu après qu'il a été gagné. Il est certain, à mon sens, qu'à l'origine, un don de charité constituait une dépense «personnelle», dont la déduction aurait été interdite par l'article 12(1)(h).

Bien qu'on n'ait pas jusqu'ici prévu le cas, je ne vois cependant aucune incompatibilité de nature entre une «dépense . . . en vue de . . . produire un revenu» et un don à une organisation de charité. Si les faits, dans une situation particulière, démontrent que ce don a été fait de bonne foi, en tant que dépense en vue de faire naître un revenu, je pense qu'il échappe en principe à l'interdiction de l'article 12(1)(a).

Il reste à savoir, en considérant l'article 27(1)(a) dans le contexte de la loi, s'il faut attribuer au Parlement l'intention d'interdire dans tous les cas la déduction de dons faits à des organisations de charité, sauf de la façon et dans la mesure autorisée par cet alinéa. En d'autres termes, doit-on conclure que l'article 27(1)(a) interdit toute déduction des contributions à une œuvre de bienfaisance, dans le calcul du revenu?

In my view, when a taxpayer makes an outlay for the purpose of producing income — *i.e.* as part of his profit making process — even though that outlay takes the form of a “gift” to a charitable organization, it is not a “gift” within the meaning of that word in section 27(1)(a) which, by reason of the place it holds in the process of computing taxable income, was obviously intended to confer a benefit on persons who made contributions *out of income* and was not intended to provide deductions for outlays made in the course of the income earning process. [Emphasis in original.]

Both *Olympia* and *Impenco*, *supra*, recognize that some people do business differently and incur different expenses than those traditionally viewed as business expenses. In *Olympia* and *Impenco*, the particular practices of Jewish businessmen were recognized. In this case, it is the particular situation of a businesswoman which is at stake. In principle, and according to the rationale which underlies s. 9 of the *Act*, the two situations are similar. The fact that s. 63 may be available to others or to the same taxpayer who would prefer to claim the deductions under that section does not in any way impede the application of s. 9, which clearly applies to business expenses.

Further, even if the case at hand could be distinguished, as my colleague suggests, I find that these cases advance, rather than negate, the proposition that even when one's deductions seemingly fall under one section of the *Act*, this does not render such expenses inadmissible for a different purpose covered under another section of the *Act*. In fact, there are a number of instances under the *Act* where a taxpayer may claim a deduction under more than one section of the *Act* for an expense incurred for a single purpose. Tuition deductions may be deducted under the section for tuition expenses or under general business expenses incurred for the purpose of gaining or producing income. As Professor Woodman, in “A Child Care Expenses Deduction, Tax Reform and the *Charter*: Some Modest Proposals” (1990), 8 *Can. J. Fam. L.* 371, suggests at p. 377, footnote 30, “a businessperson can deduct tuition fees that may or may not

À mon avis, lorsque un contribuable engage une dépense en vue de produire un revenu — c'est-à-dire afin de réaliser des bénéfices — même si cette dépense se présente sous la forme d'un «don» à une organisation de charité, il ne s'agit pas d'un «don» au sens que donne à ce terme l'article 27(1)a), qui, d'après le rôle qu'il joue dans la méthode de calcul du revenu imposable, avait certainement pour but de conférer un avantage aux personnes qui ont fait des contributions *en les retirant de leur revenu*, et non de permettre de déduire des débours engagés en vue de gagner un revenu. [En italique dans l'original.]

Les arrêts *Olympia* et *Impenco*, précités, reconnaissent tous les deux que certaines personnes font affaires d'une façon différente des autres et engagent des dépenses différentes de celles qui correspondent à la conception traditionnelle d'une dépense d'entreprise. Dans ces deux arrêts, les pratiques particulières des hommes d'affaires de la communauté juive ont été reconnues. Ici, c'est la situation particulière d'une femme d'affaires qui est en jeu. En principe, et conformément au fondement de l'art. 9 de la *Loi*, les deux situations sont similaires. Le fait que d'autres puissent se prévaloir de l'art. 63 ou que le même contribuable préfère se prévaloir des déductions autorisées par cette disposition n'empêche aucunement l'application de l'art. 9, qui vise clairement les dépenses d'entreprise.

Par ailleurs, même si l'on pouvait distinguer le présent pourvoi d'avec les arrêts mentionnés, comme le laisse entendre mon collègue, je suis d'avis que ces arrêts viennent confirmer plutôt qu'infirmier l'opinion selon laquelle, même dans le cas où une déduction est apparemment visée par une disposition de la *Loi*, elle ne rend pas pour autant les dépenses en question inadmissibles à une fin différente visée par une autre disposition de la *Loi*. En fait, il existe dans la *Loi* un certain nombre de cas où un contribuable peut réclamer une déduction en vertu de plus d'une disposition de la *Loi* relativement à une dépense encourue à une seule fin. Par exemple, les frais de scolarité peuvent être déduits en vertu de la disposition relative aux frais de scolarité ou à titre de dépense d'entreprise générale engagée pour tirer ou faire produire un revenu. Comme l'affirme le professeur Woodman, dans «A Child Care Expenses Deduction, Tax



fall within the tuition fee provisions of ITA sec. 118.5 (now a tax credit but formerly a deduction in ITA sec. 60)". As well, expenses incurred by a salesperson may be deducted, according to the wording of the *Act*, under multiple sections, ss. 8(1)(f), (h), 8(9) and 18(1)(l).

Regardless of whether the many factors I have set out above are determinative, certainly these many considerations lead one to the conclusion that, at the very least, s. 63 is ambiguous in its effect on s. 9(1). In such circumstances one must resort, as did Cullen J., to the general rules of statutory interpretation which make it clear that ambiguities are to be resolved in favour of the taxpayer. In *Johns-Manville Canada Inc. v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 46, at p. 72, Estey J. stated:

The characterization in taxation law of an expenditure is, in the final analysis (unless the statute is explicit which this one is not), one of policy. . . . Such a determination is, furthermore, consistent with another basic concept in tax law that where the taxing statute is not explicit, reasonable uncertainty or factual ambiguity resulting from lack of explicitness in the statute should be resolved in favour of the taxpayer. This residual principle must be the more readily applicable in this appeal where otherwise annually recurring expenditures, completely connected to the daily business operation of the taxpayer, afford the taxpayer no credit against tax either by way of capital cost or depletion allowance with reference to a capital expenditure, or an expense deduction against revenue. [Emphasis added.]

Professor Woodman, *supra*, at p. 377, expresses the view, however, that Estey J.'s statement was directed only to an income tax system that failed to recognize capital expenditures. Independent of the particular facts of that case, the basic concept in tax law that ambiguities should be resolved in favour of the taxpayer is an accepted one. Applying, if need be, this rule of statutory interpretation to the present situation, in the absence of precise and clear wording in the *Act* with regard to the

Reform and the *Charter*: Some Modest Proposals» (1990), 8 *Rev. Can. D. Fam.* 371, à la p. 377, note 30, [TRADUCTION] «une personne en affaires peut déduire des frais de scolarité qui peuvent ou non être visés par l'art. 118.5 L.I.R. (maintenant un crédit d'impôt, mais auparavant une déduction en vertu de l'art. 60 L.I.R.)». De même, les dépenses de vendeurs peuvent, en vertu du libellé de la *Loi*, être déduites en conformité avec plusieurs dispositions, les al. 8(1)f) et h), le par. 8(9) et l'al. 18(1)l).

Que les nombreux facteurs que j'ai énumérés soient déterminants ou non, ces nombreuses considérations emportent certainement la conclusion que l'art. 63 est, à tout le moins, ambigu quant à son incidence sur le par. 9(1). Dans ces circonstances, il faut appliquer, comme l'a fait le juge Cullen, les règles générales d'interprétation des lois qui établissent clairement que toute ambiguïté doit jouer en faveur du contribuable. Dans l'arrêt *Johns-Manville Canada Inc. c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 46, à la p. 72, le juge Estey dit:

La caractérisation, en droit fiscal, d'une dépense est, en dernière analyse (à moins que la loi ne soit claire, ce qui n'est pas le cas en l'espèce), une question de principe. [ . . . ] Une telle décision est de plus conforme à un autre concept fondamental de droit fiscal portant que, si la loi fiscale n'est pas explicite, l'incertitude raisonnable ou l'ambiguïté des faits découlant du manque de clarté de la loi doit jouer en faveur du contribuable. Ce principe résiduel doit d'autant s'appliquer au présent pourvoi qu'autrement une dépense annuelle entièrement liée à l'exploitation quotidienne de l'entreprise de la contribuable ne lui procurerait aucun dégrèvement d'impôt sous forme de déduction pour amortissement ou pour épuisement s'il s'agit d'une dépense de capital, ou de déduction applicable au revenu s'il s'agit d'une dépense d'exploitation. [Je souligne.]

Le professeur Woodman, *loc. cit.*, à la p. 377, émet, toutefois, la réserve que l'énoncé du juge Estey visait seulement le cas où un régime fiscal ne tiendrait pas compte des dépenses d'immobilisation. Quels que soient les faits particuliers de cet arrêt, le concept fondamental en droit fiscal portant que les ambiguïtés doivent jouer en faveur du contribuable est bien reconnu. Si l'on applique, au besoin, cette règle d'interprétation des lois à la présente situation, en l'absence de termes précis et

effect of s. 63 on s. 9(1), general child care expenses which might be deductible under s. 63 may coexist with child care expenses deductible as a business expense. Richard B. Thomas in "No to Nanny Expense Deduction" (1991), 39 *Can. Tax J.* <sup>a</sup> 950, at p. 953, underlines this ambiguity:

In our view, the Crown's admission at the trial level was probably correct — the existence of section 63 should not determine whether the child care expenses in question are a business expense for the purposes of paragraph 18(1)(a). At best, the existence of section 63 might, on an object-and-spirit approach to the scheme of the Act, suggest that Parliament assumed that child care expenses were not deductible business expenses. <sup>c</sup>

Deductions under s. 63 of the *Act*, as opposed to business expense deductions, clearly require that different criteria be met for one to be eligible for the deduction under one or the other section. In addition, each has its own purpose. Working parents, to whom the deduction under s. 63 applies, would not be eligible for any such deduction had s. 63 not been enacted. Businesspersons, however, may be eligible to deduct child care as they would any other business expense, provided they were able to meet the requirements for a deduction under ss. 9 and 18 of the *Act*. However, there may be many parents who own businesses who may not be able to meet these requirements and the deduction under s. 63 would, thus, be available to them. <sup>d</sup>

Finally, in this regard, one must not lose track of the fact that s. 63, which is general in nature, was drafted at a time when, as discussed by Iacobucci J., child care expenses were considered an entirely personal expense. When Parliament enacted s. 63, a new benefit, not then allowed under any other section of the *Act*, was conferred on taxpayers generally in order to better the position of working parents in society. From this perspective, it seems obvious that Parliament could not have intended to prohibit the deduction of child care as a business <sup>e</sup>

clairs dans la *Loi* quant à l'effet de l'art. 63 sur le par. 9(1), les frais généraux de garde d'enfants susceptibles d'être déductibles en vertu de l'art. 63 peuvent coexister avec les frais de garde d'enfants déductibles à titre de dépense d'entreprise. Dans son article intitulé: «No to Nanny Expense Deduction» (1991), 39 *Rev. fiscale can.* 950, à la p. 953, Richard B. Thomas fait ressortir cette ambiguïté:

[TRADUCTION] À notre avis, l'admission du ministère public en première instance était probablement correcte — l'existence de l'article 63 ne devrait pas déterminer si les frais de garde d'enfants en cause constituent une dépense d'entreprise aux fins de l'alinéa 18(1)a). Au mieux, l'existence de l'article 63, si on analyse le sens de la *Loi* en fonction de son objet et de son esprit, laisse entendre que le législateur a présumé que les frais de garde d'enfants n'étaient pas des dépenses d'entreprise déductibles. <sup>f</sup>

Pour se prévaloir des déductions visées à l'art. 63 de la *Loi*, par opposition aux déductions de dépenses d'entreprise, le contribuable doit manifestement satisfaire à certains critères pour bénéficier d'une déduction en vertu de l'une ou l'autre disposition. En outre, chaque disposition vise une fin particulière. Les parents sur le marché du travail, auxquels s'appliquent la déduction visée à l'art. 63, n'auraient droit à aucune déduction si l'art. 63 n'avait pas été adopté. Par contre, les gens d'affaires peuvent avoir le droit de déduire leurs frais de garde d'enfants comme toute autre dépense d'entreprise, s'ils sont en mesure de satisfaire aux exigences en vertu des art. 9 et 18 de la *Loi*. Toutefois, il peut y avoir de nombreux parents propriétaires d'entreprise qui ne soient pas en mesure de satisfaire à ces exigences, auquel cas ils pourraient se prévaloir de la déduction en vertu de l'art. 63. <sup>g</sup>

Enfin, à cet égard, on ne doit pas oublier que l'art. 63, qui est de nature générale, a été rédigé à une époque où, comme l'a précisé le juge Iacobucci, les frais de garde d'enfants étaient considérés comme une dépense entièrement personnelle. Lorsque le législateur a adopté l'art. 63, il a conféré à l'ensemble des contribuables un nouvel avantage, qui n'existait pas alors dans la *Loi*, afin d'améliorer la situation des parents sur le marché du travail. Dans cette perspective, il semble évident que le législateur ne peut avoir eu l'intention <sup>h</sup>

expense. To conclude that s. 63 intends to limit the opportunity for a businesswoman to deduct child care expenses is antithetical to the whole purpose of the legislation, which was aimed at helping working women and their families bear the high cost of child care. A review of the history and the purpose of the enactment sheds some light in this regard.

(iii) Historical and Purposive Perspective

Iacobucci J. refers to the proposals that led to the introduction of s. 63 in 1972, and is “not impressed by the suggestion that Parliament intended s. 63 to limit deductibility only for employees” (p. 750). Although, like him, I find the history of s. 63 very telling, I draw a very different conclusion from the analysis.

The 1966 report of the Carter Commission recommended that tax credits for working mothers be instituted (*Report of the Royal Commission on Taxation*, vol. 3, *Taxation of Income: Part A — Taxation of Individuals and Families* (1966), at p. 19). Six years later, in 1972, s. 63 formed part of a tax reform package, in which Parliament extended to employees a number of new deductions. After noting that six out of seven Canadian taxpayers earn wages or salaries, a limited deduction for child care expenses, together with a number of other employee deductions for tools and travelling expenses, was announced by E. J. Benson the then Minister of Finance in *Proposals for Tax Reform* (1969), at p. 10, para. 1.33, as follows:

Costs of looking after young children when both parents are working, or when there is only one parent and that parent is working, would be allowed as a deduction subject to certain conditions. This new plan is intended primarily to benefit mothers who need to work to support their families. . . . [Emphasis added.]

d’interdire la déduction des frais de garde d’enfants à titre de dépense d’entreprise. Conclure que l’art. 63 vise à limiter la possibilité pour une femme d’affaires de déduire ses frais de garde d’enfants va à l’encontre de l’objet même de la loi, qui est d’aider les femmes sur le marché du travail et leur famille à assumer les coûts élevés de la garde des enfants. Un examen de l’historique et de l’objet du texte législatif jettera un certain éclairage sur ce point.

(iii) L’historique et l’objet de la loi

Le juge Iacobucci renvoie aux propositions qui ont abouti à l’adoption de l’art. 63 en 1972 et dit qu’il «n’appuie pas l’idée que le législateur a voulu limiter aux employés seulement les déductions visées à l’art. 63» (p. 750). À l’instar du juge Iacobucci, je trouve l’historique de l’art. 63 fort révélateur, mais je tire une conclusion tout à fait différente de cette analyse.

Le rapport publié en 1966 par la Commission Carter recommandait l’établissement de crédits d’impôt pour les mères sur le marché du travail (*Rapport de la Commission royale d’enquête sur la fiscalité*, t. 3, *L’imposition du revenu: Première partie — Les particuliers et les familles* (1966), à la p. 21). Six ans plus tard, en 1972, l’art. 63 faisait partie d’un programme de réforme fiscale dans lequel le législateur conférait aux employés certaines nouvelles déductions. Après avoir fait remarquer que six contribuables canadiens sur sept gagnaient un traitement ou un salaire, E. J. Benson, alors ministre des Finances, annonçait dans un document intitulé: *Propositions de réforme fiscale* (1969), à la p. 12, par. 1.33, l’établissement d’une déduction limitée pour les frais de garde d’enfants ainsi que de certaines autres déductions pour les outils et les frais de déplacement:

Le coût de la garde des jeunes enfants lorsque les deux parents travaillent, ou lorsqu’il n’y a qu’un parent et que celui-ci travaille, serait déductible dans certaines conditions. Cette nouvelle déduction destinée principalement à venir en aide aux mères qui doivent travailler pour subvenir aux besoins de leur famille . . . [Je souligne.]

Benson, as quoted by Iacobucci J., further noted *supra*, at p. 15, paras. 2.7 and 2.9:

We propose to permit deduction of the child care expenses that face many working parents today. The problem of adequately caring for children when both parents are working, or when there is only one parent in the family and she or he is working, is both a personal and a social one. We consider it desirable on social as well as economic grounds to permit a tax deduction for child care expenses, under carefully controlled terms, in addition to the general deduction for children.

This new deduction for child care costs would be a major reform. While it is not possible to make an accurate forecast of the number who would benefit from this new deduction, it seems likely to be several hundred thousand families. It would assist many mothers who work or want to work to provide or supplement the family income, but are discouraged by the cost of having their children cared for.

The deduction available under s. 63 has consistently been described in relation to employed mothers as a "special tax allowance to working mothers" (House of Commons Standing Committee on Finance, Trade and Economic Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, June 23, 1970, at p. 70:145).

It is not insignificant that, as discussed earlier, the number of women in the work force in 1972 was ostensibly less than it is today and the number of women who were in business was minimal. It is highly probable that the legislators did not even put their mind to the fact that women may some day enter into business and the professions in large numbers and that these women may approach the world of business differently than did their male predecessors. Most importantly, it was certainly not within the legislators' frame of mind that child care would be viewed as anything other than a personal expense.

Le ministre Benson, que cite aussi le juge Iacobucci, a ensuite ajouté, *op. cit.*, aux pp. 17 et 18, par. 2.7 et 2.9:

Nous proposons de permettre aux parents qui travaillent de déduire certaines dépenses afférentes à la garde des enfants. Lorsque les deux conjoints travaillent ou lorsque l'enfant n'a qu'un parent et que ce dernier travaille, bien prendre soin des enfants est un problème personnel aussi bien que social. Nous estimons souhaitable, tant du point de vue social qu'économique, qu'il soit possible de déduire du revenu, en plus de la déduction générale accordée à l'égard des enfants, certaines dépenses afférentes à la garde des enfants, sous certaines conditions bien déterminées.

Cette nouvelle déduction pour la garde des enfants constituera une réforme majeure. Le nombre exact des familles qui pourront en bénéficier ne peut pas être prévu mais, selon toute probabilité, il se chiffrera par plusieurs centaines de milliers. Cette nouvelle déduction aidera les nombreuses mères qui travaillent ou qui veulent travailler afin d'accroître le revenu familial, mais qui reculent devant les dépenses qu'entraîne la garde de leurs enfants.

La déduction prévue à l'art. 63 a, de façon uniforme, été décrite par rapport aux mères employées comme une «déduction spéciale pour les mères de famille qui travaillent» (Comité permanent des finances, du commerce et des questions économiques de la Chambre des communes, *Procès-verbaux et témoignages*, 23 juin 1970, à la p. 70:145).

Il n'est pas sans importance de signaler, comme je l'ai déjà mentionné, que le nombre de femmes sur le marché du travail en 1972 était de beaucoup inférieur à ce qu'il est aujourd'hui et que le nombre de femmes d'affaires était alors minime. Il est fort probable que le législateur n'ait même pas envisagé la possibilité que les femmes se retrouvent un jour, en grand nombre, dans le monde des affaires et dans le secteur professionnel et que ces femmes puissent avoir du monde des affaires une conception tout à fait différente de leurs prédécesseurs de sexe masculin; et, qui plus est, le législateur n'avait certainement pas imaginé que les frais de garde d'enfants puissent constituer autre chose qu'une dépense personnelle.

Secondly, I wish to address the concern raised by many commentators, including my colleague Iacobucci J., that to allow child care expenses to be deducted as a business expense would defeat and undermine the purpose of the provision of s. 63, to allow a general deduction of child care expenses to all parents, whether employed or self-employed. Clearly, this analysis is very much tied to the purpose one attaches to the legislation. In a very thoughtful response to these concerns, Audrey Macklin, *supra*, notes that, even under the s. 63 deduction, the more income a person has and, consequently, the higher tax bracket one falls into, the higher the deduction available. This fact also undermines the goal of equity. Further, the concern that employed persons and business people will not be treated in the same manner is a fact which stems from the rationale of the *Act* itself; business deductions generally are restricted to those in business and are not available to an employed person. An employee cannot deduct an office at home, car expenses, meal and entertainment expenses, nor club dues or fees. In addition, employers who hire staff can deduct their salaries and employers who provide day care for their employees may deduct the expense (D. Goodison, "Nanny Means Business", *CGA Magazine*, September 1989, p. 15). Employees enjoy no such comparable deductions.

As my colleague has indicated, our tax system is based on principles of horizontal and vertical equity. The former requires that we tax individuals in similar circumstances the same, while the latter focuses on the similar taxation of individuals in different circumstances. These are important objectives and were recognized as of the highest priority in the *Report of the Royal Commission on Taxation, supra*. The Carter Commission stated in vol. 2, at p. 17:

Deuxièmement, je tiens à relever le point soulevé par de nombreux commentateurs, dont mon collègue le juge Iacobucci, qui estiment que la déductibilité des frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise irait carrément à l'encontre de l'objet de l'art. 63, qui est d'accorder une déduction générale pour les frais de garde d'enfants à tous les parents, qu'ils soient travailleurs employés ou travailleurs indépendants. De toute évidence, cette analyse est très étroitement liée à l'objet que l'on prête à la loi. Dans une réponse très appropriée à ces préoccupations, Audrey Macklin, *loc. cit.*, fait remarquer que, même en vertu de la déduction visée à l'art. 63, plus une personne a un revenu élevé et, par conséquent, plus élevée est sa tranche d'imposition, plus elle pourra se prévaloir d'une déduction élevée. Ce fait vient aussi contre-carrer le but d'équité. Qui plus est, la préoccupation que les employés et les gens d'affaires ne seront pas traités de la même façon est un fait lié au fondement même de la *Loi*; généralement, seuls les gens en affaires peuvent se prévaloir des déductions pour dépenses d'entreprise et non les employés. Ainsi, un employé ne peut déduire le coût de son bureau à la maison, ni ses dépenses d'automobile, ni ses frais de repas ou de représentation, ni ses cotisations ou droits à un club. En outre, les employeurs qui embauchent du personnel peuvent en déduire les salaires et les employeurs qui offrent à leurs employés des services de garderie peuvent en déduire les dépenses (D. Goodison, «Nanny Means Business», *CGA Magazine*, septembre 1989, p. 15). Les employés ne bénéficient pas de déductions comparables.

Comme mon collègue l'a indiqué, notre régime fiscal est fondé sur des principes d'équité horizontale et d'équité verticale. Le premier type vise à ce que soient imposés de la même façon les particuliers se trouvant dans des situations similaires, tandis que le second porte sur l'imposition similaire de particuliers dans des situations différentes. Ce sont là des objectifs importants qui ont été placés en tête de liste des priorités dans le *Rapport de la Commission royale d'enquête sur la fiscalité, op. cit.* La Commission Carter affirme dans le t. 2, aux pp. 20 et 21:

We assign a higher priority to the objective of equity than to all the others. . . . our task requires us to make recommendations that would lead to an equitable distribution of the burden of taxation. We are convinced that unless this objective is achieved to a high degree all other achievements are of little account. Thus the need for an equitable tax system has been our major concern and has guided us in all our deliberations.

At the same time as we value equity under the income tax system, however, it is apparent that the system creates and perpetuates many inequalities. As Professor Claire Young notes, *supra*, at pp. 108-9:

Income tax legislation is, by its very nature, both overtly and systemically discriminatory. For example, in Canada, the Act discriminates in favour of Canadian residents and against non-residents by imposing higher rates of tax on some forms of income realised by the latter. It discriminates in favour of the self-employed and against employees by allowing the self-employed a greater range of deductions from income. It discriminates in favour of investors in equity and against investors in debt by taxing capital gains at a lower rate than interest income and giving every resident a lifetime exemption from tax on \$100,000 of capital gains.

The basic premise upon which discussion with respect to the differential treatment between employees and businesspersons must be laid is the recognition that the *Act* can be viewed to operate in a discriminatory fashion. While the *Act* may never have attempted to maintain equilibrium between persons in business and those who are employed, one must recognize that the realities of doing business cannot be ignored. Employees do not incur overhead expenses while businesses do. Employees are not able to deduct any expenses that they incur in order to work because their income is based on their gross salary, whereas business income is based on the calculation of the net profit or gain of the business. As a result, deductions are a regular occurrence. What constitutes a business expense for tax purposes is not cast immutably in stone. The concept of business expense should be interpreted in a way that takes into account the realities of businesswomen's

En tête sur la liste des priorités, nous plaçons l'équité. [. . .] notre tâche consiste à formuler des recommandations propres à assurer une répartition équitable du fardeau des impôts. Nous sommes convaincus que si nous ne parvenons pas à rendre le régime d'imposition plus équitable, nos autres réalisations n'auront guère d'importance. C'est pourquoi l'édification d'un tel régime a été notre principal souci et guide dans toutes nos délibérations.

Bien que nous tenions à l'équité du régime fiscal, force nous est de constater qu'il crée et perpétue de nombreuses inégalités. Comme le professeur Claire Young, *loc. cit.*, l'observe aux pp. 108 et 109:

[TRADUCTION] De par sa nature même, la législation fiscale est à la fois ouvertement et systématiquement discriminatoire. Par exemple, au Canada, la loi établit une discrimination en faveur des résidents canadiens et contre les non-résidents en imposant davantage ces derniers relativement à certains types de revenus réalisés. Elle établit une discrimination contre les employés en faveur des travailleurs indépendants en offrant à ceux-ci un plus grand éventail de déductions sur le revenu. Elle établit une discrimination en faveur des investisseurs en actions et contre les investisseurs en titres d'emprunt en imposant les gains en capital à un taux moins élevé que les revenus d'intérêt et en accordant à chaque résident une exonération cumulative de 100 000 \$ sur les gains en capital.

Toute analyse du traitement différent accordé aux employés et aux gens d'affaires doit reposer sur la prémisse fondamentale suivante: la reconnaissance que la *Loi* peut avoir un effet discriminatoire. Bien que la *Loi* n'ait peut-être jamais tenté de maintenir un équilibre entre les gens d'affaires et les employés, il faut reconnaître que l'on ne peut faire abstraction de la réalité du monde des affaires. Contrairement aux entreprises, les employés n'ont pas de frais généraux. Les employés ne peuvent déduire les dépenses qu'ils encourent pour travailler parce que leur revenu est fondé sur leur salaire brut, alors que le revenu d'entreprise est fondé sur le calcul des bénéfices ou du gain nets de l'entreprise. En conséquence, les déductions sont monnaie courante. Ce qui constitue une dépense d'entreprise aux fins de l'impôt n'est pas coulé dans le béton à tout jamais. On doit interpréter le concept de dépense d'entreprise d'une façon qui tienne compte de la réalité; soit que les femmes d'affaires

expenses in relation to child care. However, in recognizing the distinction between the treatment of employees and businesspersons under the *Act*, in no way am I indicating that this may not constitute a real difficulty within our taxation system.

This said, this case is most fundamentally not about the many vertical inequities that may exist, but rather a question of horizontal equity and the need to treat all businesspersons alike. Further, the fact that the government has provided that a deduction for child care expenses be available to all parents, including employed persons, who ordinarily enjoy very few deductions, indicates governmental recognition that child care is a legitimate expense of working parents, in particular mothers. Finally, we must not assume that most self-employed entrepreneurs, whom the *Act* favours, are multimillionaires — they are not, as the evidence of Dr. Armstrong demonstrates. Dr. Armstrong indicated that self-employed women generally work in small businesses of three to four persons. Their businesses are mostly in the service sector, where, if they are not physically present at the work site, the business could not operate, for example: beauty salons, shops, doctors, lawyers, caterers, etc. As a result of long hours and the requirement to work at the place of business, rather than at home, child care needs are extremely critical for these women. Businesswomen and, for that matter, men who legitimately incur child care expenses for the purpose of gaining or producing income from business must not be deprived of the benefit of a business deduction for their expenses.

Finally, on a technical point, my colleague suggests that allowing a deduction for child care expenses may result in the distribution of child

doivent encourir des dépenses pour la garde des enfants. Toutefois, le fait de reconnaître qu'il existe dans la *Loi* une distinction entre le traitement des employés et celui des gens d'affaires n'implique pas pour autant que cela ne constitue pas une difficulté réelle à l'intérieur de notre régime fiscal.

Cela dit, le présent pourvoi ne porte pas, pour l'essentiel, sur les nombreuses iniquités verticales qui peuvent exister, mais plutôt sur une question d'équité horizontale et sur la nécessité de traiter sur un pied d'égalité tous les gens d'affaires. En outre, l'établissement par le gouvernement d'une déduction pour les frais de garde d'enfants dont peuvent bénéficier tous les parents, y compris les employés, qui bénéficient habituellement de très peu de déductions, indique bien que le gouvernement reconnaît les frais de garde d'enfants comme une dépense légitime des parents sur le marché du travail, tout particulièrement les mères. Enfin, on ne doit pas croire que la plupart des entrepreneurs indépendants, favorisés par la *Loi*, sont multimillionnaires — ils ne le sont pas, comme le montre le témoignage du Dr. Armstrong, qui indique que les travailleuses indépendantes ont généralement des petites entreprises de trois à quatre personnes. C'est dans le secteur des services que se retrouvent la plupart de ces entreprises dans lesquelles les femmes doivent être physiquement présentes au lieu de travail pour assurer le fonctionnement de l'entreprise; citons, par exemple, les salons de beauté, les magasins, les bureaux de médecins, les cabinets d'avocats et les entreprises de traiteurs, etc. Compte tenu des longues heures de travail et de la nécessité de travailler sur place, plutôt qu'à la maison, le besoin de services de garde est extrêmement important pour ces femmes. Les femmes d'affaires et, quant à cela, les hommes d'affaires qui engagent légitimement des frais de garde d'enfants pour tirer un revenu de l'entreprise ou faire produire un revenu à l'entreprise ne doivent pas être privés de l'avantage d'une déduction pour ces dépenses.

Enfin, sur un point technique, mon collègue soutient que permettre la déductibilité des frais de garde d'enfants entraîne la possibilité que la répar-

care responsibility becoming more of an “accounting measure” than a reality — a fictitious creation in order to ensure that the self-employed spouse be eligible to deduct child care as a business expense. This determination, in my view, is not, however, sufficiently problematic to justify disallowing child care deductions as a business expense. First, the taxpayer, as for any other expense, will have to prove that child care is necessary for her or him to gain or produce income from business and, in this connection, will be required to indicate to what extent the taxpayer is responsible for child care. Such scrutiny is really no different from the procedure which the MNR undertakes to determine the deductibility of home office expenses and numerous other expenses.

#### E. Conclusion on Statutory Interpretation of the Income Tax Act

In conclusion, ss. 63 and 9(1) of the *Act* may, in my view, co-exist. There is nothing in the wording of s. 63 that excludes the application of s. 9. In addition, any such interpretation is contrary to the purpose and historical basis for the enactment of s. 63 and to traditional approaches to diverse deductions under the *Act*. In any analysis involving the examination of the interplay between ss. 9(1) and 63, one cannot overlook the effect of an interpretation which concludes that s. 63 overrides the possibility of a business deduction for child care. Although apparently neutral, such an interpretation may be shaped by a selective perspective. Though legislators, no doubt, strive toward objectivity, laws are inevitably drafted on the basis of the law makers’ own vision of society and their own experience, experience which leads them to perceive certain interpretations and results as being obvious or neutral. However, different realities may give rise to different meanings, as Margrit Eichler notes in *Nonsexist Research Methods: A Practical Guide* (1988), at p. 78:

tition de la responsabilité des frais de garde d’enfants devienne plus un «exercice comptable» qu’une image de la réalité, une création fictive visant à faire en sorte que le conjoint qui travaille à son compte puisse bénéficier de la déduction des frais de garde d’enfants à titre de dépense d’entreprise. À mon avis, cette détermination ne pose pas suffisamment de problèmes pour justifier le refus des déductions pour frais de garde d’enfants à titre de dépense d’entreprise. Le contribuable devra d’abord, comme pour toute autre dépense, prouver qu’il a besoin de services de garde d’enfants pour tirer un revenu de l’entreprise ou faire produire un revenu à l’entreprise et, à cet égard, il devra indiquer dans quelle mesure il est responsable de la garde des enfants. Cet examen n’est pas différent en fait de la procédure que suit le MRN pour déterminer si les frais de bureau à domicile et nombre d’autres dépenses sont déductibles.

#### E. Conclusion relative à l’interprétation de la Loi de l’impôt sur le revenu

En conclusion, l’art. 63 et le par. 9(1) de la *Loi* peuvent, à mon avis, coexister. Le libellé de l’art. 63 n’a pas pour effet d’exclure l’application de l’art. 9. De plus, prétendre le contraire serait incompatible avec l’objet et le fondement historique de l’art. 63 et avec les méthodes traditionnelles d’analyse des diverses déductions prévues dans la *Loi*. Dans toute analyse nécessitant l’examen de l’interaction du par. 9(1) et de l’art. 63, on ne saurait négliger l’effet d’une interprétation qui conclut que l’art. 63 écarte toute possibilité de déduire les frais de garde d’enfants à titre de dépense d’entreprise. Cette interprétation, apparemment neutre, pourrait bien porter l’empreinte d’une perspective sélective. En effet, bien que, sans aucun doute, le législateur vise l’objectivité, les lois sont inévitablement rédigées en fonction de la vision sociale de leurs auteurs et de leur propre expérience; c’est pourquoi certaines interprétations ainsi que les solutions retenues paraîtront évidentes ou neutres à certains. Toutefois, des situations différentes peuvent donner lieu à des interprétations différentes comme le fait remarquer Margrit Eichler dans *Nonsexist Research Methods: A Practical Guide* (1988), à la p. 78:



So long as the social positions of males and females are significantly different, it will be necessary to recognize that a given situation may have very different meanings and implications for the members of each sex.

The definition of a business expense under the *Act* has evolved in a manner that has failed to recognize the reality of businesswomen. It is thus imperative to recognize that any interpretation of s. 63 which prevents the deduction of child care as a business expense may, in fact, be informed by this partisan perspective.

Finally, as mentioned earlier, besides relying on the statute presently under examination, one must not lose sight of the fact that the values enshrined in the *Charter* must inform such interpretation: *Hills v. Canada (Attorney General)*, *supra*, and *Slaight Communications Inc. v. Davidson*, *supra*. Since, in my view, either the *Act* permits the deduction of child care expenses as a business expense or it is ambiguous, one must, contrary to my colleague's view, examine that ambiguity through the prism of the values enshrined in the *Charter* and, in particular, in ss. 15 and 28. These sections encompass and embrace the importance and significance of equality between the sexes and the *Act* must be interpreted in a manner that does not run contrary to, but rather enhances, these principles. In this regard, when ensuring that laws conform with the imperatives of the *Charter*, it is important to consider whether a situation or law has different implications for men and women. To disallow child care as a business expense clearly has a differential impact on women and we cannot simply pay lip service to equality and leave intact an interpretation which privileges businessmen, and which continues to deny the business needs of businesswomen with children. In my view, consideration of the *Charter* values when interpreting the *Act* strengthens the conclusion that Ms. Symes should be able to deduct her child care expenses as a business expense.

[TRADUCTION] Aussi longtemps que la situation sociale des femmes et des hommes sera sensiblement différente, il sera nécessaire de reconnaître qu'une situation donnée peut entraîner des interprétations et des répercussions fort différentes pour les membres de l'un ou l'autre sexe.

La définition de ce qui constitue une dépense d'entreprise au sens de la *Loi* a évolué d'une façon qui n'a pas tenu compte de la situation des femmes d'affaires. Il est donc impératif de reconnaître que toute interprétation de l'art. 63 qui empêche la déduction des frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise peut, en fait, être alimentée par cette méthode d'analyse partielle.

Enfin, comme je l'ai déjà mentionné, en plus de s'en remettre au texte de loi qui fait l'objet du présent examen, on ne doit pas oublier que les valeurs de la *Charte* doivent guider cette interprétation: *Hills c. Canada (Procureur général)* et *Slaight Communications Inc. c. Davidson*, précités. Puisque, selon moi, ou la *Loi* permet de déduire les frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise ou elle est ambiguë à ce sujet, il faut, contrairement à l'opinion de mon collègue, décoder cette ambiguïté à travers le prisme des valeurs de la *Charte*, plus particulièrement ses art. 15 et 28. Ces articles reconnaissent l'importance de l'égalité entre les sexes, et la *Loi* doit être interprétée d'une façon qui ne va pas à l'encontre de ces principes, mais qui, plutôt, les mette en valeur. À cet égard, tout en s'assurant que les lois respectent les impératifs de la *Charte*, il importe de voir si une situation ou une loi entraîne des répercussions différentes pour les femmes et les hommes. Refuser les frais de garde à titre de dépense d'entreprise a clairement une incidence différente sur les femmes, et nous ne pouvons tout simplement pas parler d'égalité et, du même souffle, maintenir une interprétation qui favorise les hommes d'affaires et qui continue de nier les besoins professionnels des femmes d'affaires qui ont charge d'enfants. À mon avis, l'examen des valeurs de la *Charte* aux fins de l'interprétation de la *Loi* renforce la conclusion que M<sup>me</sup> Symes devrait pouvoir déduire ses frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise.

Since I have reached the conclusion that, on the basis of statutory interpretation, Ms. Symes is entitled to deduct her child care expenses as a business expense pursuant to ss. 9(1), 18(1)(a) and (h) and 63 of the *Act*, the constitutional questions do not have to be answered. However, since my colleague, Iacobucci J., has raised many areas of concern and difficulty with respect to the effect and application of s. 15 of the *Charter* on the *Act*, I wish to make the following comments.

#### VI. The Charter: Section 15

My colleague, Iacobucci J., has set out the basic principles of *Charter* analysis, particularly with respect to s. 15 and the rights guaranteed by s. 15. I strongly agree that equality "is an elusive concept" (*Andrews, supra*, at p. 164) and that s. 15(1) guarantees much more than formal equality. The goal of s. 15, with regard to gender, is the attainment of true substantive equality between men and women and, as a consequence, the value of equality as enshrined in the *Charter* must be given considerable weight in the case at hand.

Contrary to my colleague, however, I believe that an interpretation which prevents Ms. Symes from deducting her child care expenses as a business expense under the *Act* results in an infringement of her right to equality pursuant to s. 15 of the *Charter*. There are a number of points made by my colleague, as well as by the Court of Appeal, on which I feel it necessary to comment. These include a focus on s. 63 of the *Act* rather than on business deductions as a whole, whether the actual cost incurred by Ms. Symes has been proven or if this is even necessary, and whether this case raises the question of the cost incurred by all women as a consequence of child care and not, simply, businesswomen. I will deal with each in turn.

My colleague focuses his *Charter* analysis primarily on s. 63. He suggests that one must

Puisque j'ai conclu, sur la base de l'interprétation de la *Loi*, que M<sup>me</sup> Symes a le droit de déduire ses frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise conformément au par. 9(1), aux al. 18(1)a) et h) et à l'art. 63 de la *Loi*, les questions constitutionnelles ne se posent pas. Toutefois, puisque mon collègue le juge Iacobucci a soulevé de nombreux points qui font l'objet de préoccupations et de difficultés en ce qui concerne l'application de l'art. 15 de la *Charte* à la *Loi*, je tiens à faire les commentaires qui suivent.

#### VI. L'article 15 de la Charte

Mon collègue, le juge Iacobucci, a formulé les principes fondamentaux d'une analyse fondée sur la *Charte*, particulièrement en ce qui concerne l'art. 15 et les droits garantis par cette disposition. Je suis d'accord pour dire que l'égalité est «un concept difficile à saisir» (*Andrews*, précité, à la p. 164) et que le par. 15(1) garantit beaucoup plus que l'égalité formelle. En ce qui concerne l'égalité des sexes, l'art. 15 vise la réalisation d'une véritable et substantielle égalité entre les femmes et les hommes; c'est pourquoi il faut en l'espèce accorder une importance considérable à l'égalité reconnue par la *Charte*.

Contrairement à mon collègue, toutefois, j'estime qu'une interprétation qui empêche M<sup>me</sup> Symes de déduire ses frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise en vertu de la *Loi* porte atteinte au droit à l'égalité que lui garantit l'art. 15 de la *Charte*. Mon collègue ainsi que la Cour d'appel ont soulevé plusieurs points que j'estime nécessaire de commenter. Ils ont, entre autres, mis l'accent sur l'art. 63 de la *Loi* plutôt que sur l'ensemble des déductions pour dépenses d'entreprise, et cherché à déterminer si l'on a prouvé les coûts réels engagés par M<sup>me</sup> Symes, voire s'il est nécessaire de le faire, et si le présent pourvoi soulève la question des coûts encourus par toutes les femmes par suite de la nécessité de la garde des enfants et non simplement par les femmes d'affaires. J'examinerai séparément chacun de ces points.

Dans son analyse fondée sur la *Charte*, mon collègue examine principalement l'art. 63. À son avis,

examine whether the appellant has proven that she has suffered discrimination as a result of the effect of s. 63 of the *Act*. In order to satisfy this test, according to him, Ms. Symes must prove that “s. 63 disproportionately limits the deduction with respect to actual expenses incurred by women” and that “proof that women pay social costs is not sufficient proof that women pay child care expenses” (p. 765). I beg to differ. Such inference is, in my view, inescapable and, further, in this case, it was proven that Ms. Symes did incur the expenses for which she claims the deduction.

Such inference is part and parcel of a recognition that child care responsibilities present a significant obstacle for women in the social and economic domain, that this issue is an equality issue and that the interpretation of legislation can and must accommodate equality and the changing realities of our society. According to Edward J. McCaffery, in “Taxation and the Family: A Fresh Look at Behavioral Gender Biases in the Code” (1993), 40 *UCLA L. Rev.* 983, at pp. 987-88:

... tax laws contribute to the marginalization of women in the workplace, and impede a more creative formulation of alternative models of work and family. Major, structural aspects of the tax laws were put in place at a time when traditional families — meaning households with men working outside, and women working inside, the home — were dominant. These aspects persist to this day, serving as an anchor against the emergence of more modern and flexible family models. [Footnotes omitted.]

This is the reality in which Ms. Symes lives — as a lawyer and as a mother. A reality in which she suffers disproportionately to men and, as such, is discriminated against on the basis of her sex. She has proven that she has incurred an actual and calculable price for child care and that this cost is disproportionately incurred by women.

The fact that Ms. Symes has to compare herself to businessmen is not, in my view, a return to the

il faut déterminer si l'appelante a établi qu'elle a été victime de discrimination par suite de l'incidence de l'art. 63 de la *Loi*. Selon lui, pour satisfaire à ce critère, M<sup>me</sup> Symes doit prouver que «l'art. 63 limite d'une façon disproportionnée les déductions au titre des dépenses réelles engagées par les femmes» et que «la preuve que les femmes paient les coûts sociaux ne suffit pas à établir que ce sont elles qui paient les frais de garde d'enfants» (p. 765). Je ne suis pas d'accord. À mon avis, cette inférence est inéluctable; de toute façon, on a établi, en l'espèce, que M<sup>me</sup> Symes avait en fait encouru les dépenses dont elle demande la déduction.

Cette inférence découle nécessairement de la reconnaissance que les responsabilités en matière de garde d'enfants constituent un obstacle important pour les femmes dans le secteur socio-économique, qu'il s'agit d'une question d'égalité et que l'interprétation des lois peut et doit composer avec l'égalité et avec l'évolution de notre société. Selon Edward J. McCaffery, dans «Taxation and the Family: A Fresh Look at Behavioral Gender Biases in the Code» (1993), 40 *UCLA L. Rev.* 983, aux pp. 987 et 988:

[TRADUCTION] ... les lois fiscales contribuent à la marginalisation des femmes sur le marché du travail et empêchent une formulation plus créative de modèles différents du travail et de la famille. D'importants aspects structurels des lois fiscales remontent à une époque dominée par les familles traditionnelles — c'est-à-dire les ménages dans lesquels les hommes travaillaient à l'extérieur du foyer et les femmes, au foyer. Ces aspects continuent d'exister aujourd'hui, limitant l'apparition de modèles plus modernes et plus souples de la famille. [Notes en bas de page omises.]

C'est la situation que vit M<sup>me</sup> Symes en tant qu'avocate et mère, situation dans laquelle elle se trouve préjudiciée d'une façon disproportionnée par rapport aux hommes et victime de discrimination fondée sur le sexe. Elle a prouvé qu'elle avait engagé des frais réels et calculables pour la garde des enfants et que ces frais sont assumés d'une façon disproportionnée par les femmes.

À mon avis, le fait que M<sup>me</sup> Symes doive se comparer aux hommes d'affaires n'est pas un

similarly situated test. As McIntyre J. indicates of equality, in *Andrews, supra*, at p. 164:

It is a comparative concept, the condition of which may only be attained or discerned by comparison with the condition of others in the social and political setting in which the question arises.

We cannot ignore the reality that Ms. Symes is a businesswoman, but neither can this be taken as a return to a test, which has been described by Catharine A. MacKinnon in "Reflections on Sex Equality Under Law" (1991), 100 *Yale L.J.* 1281, at p. 1297, as follows:

Designed for the exceptional individual whose biography approximates the male one, this approach cannot touch the situation of most women, where the force of social inequality effectively precludes sex comparisons.

Ms. Symes is asking that she be treated equally, independently of her sex, under the *Act*. She has provided ample evidence that women suffer the social cost of child care and that the expense of child care which she incurs, and has paid, is not a purely personal expense but is incurred for the purpose of gaining or producing income from business. In my view, Ms. Symes suffers an actual and calculable loss as a result of not being able to deduct a legitimate business expense which she incurs. The goal and the requirement of equality, as set out by s. 15 of the *Charter*, makes it unacceptable that Ms. Symes be denied the right to deduct her business expenses merely because such expenses are not generally incurred by businessmen. Denial of these deductions would constitute discrimination under the *Act*.

Iacobucci J. suggests that the dilemma should not be framed as a business deduction but, rather, as an issue of the cost of child care that is placed on all women whether employed or self-employed.

retour au critère selon lequel les personnes qui se trouvent dans une situation analogue doivent être traitées de façon analogue. Comme le juge McIntyre l'indique relativement à l'égalité dans l'arrêt *Andrews*, précité, à la p. 164:

C'est un concept comparatif dont la matérialisation ne peut être atteinte ou perçue que par comparaison avec la situation des autres dans le contexte socio-politique où la question est soulevée.

Le fait que M<sup>me</sup> Symes soit une femme d'affaires est évident, mais on ne doit pas pour autant affirmer qu'il s'agit d'un retour à un critère que Catharine A. MacKinnon, dans «Reflections on Sex Equality Under Law» (1991), 100 *Yale L.J.* 1281, à la p. 1297, décrit ainsi:

[TRADUCTION] Une telle analyse est conçue pour le particulier exceptionnel, habituellement de sexe masculin, et ne peut toucher la situation de la plupart des femmes, dans les cas où l'importance de l'inégalité sociale empêche effectivement toute comparaison entre les sexes.

Madame Symes demande d'être traitée, en vertu de la *Loi*, d'une façon égale, indépendamment de son sexe. Elle a fourni de nombreux éléments de preuve pour établir que les femmes subissent les coûts sociaux de la garde des enfants et que les frais de garde d'enfants qu'elle engage, et a payés, ne sont pas une dépense purement personnelle, mais qu'ils ont été encourus pour tirer un revenu de l'entreprise ou faire produire un revenu à l'entreprise. À mon avis, M<sup>me</sup> Symes a subi une perte réelle et calculable liée au fait qu'elle n'a pas été en mesure de déduire une dépense d'entreprise légitime qu'elle avait encourue. Le but et l'exigence d'égalité, prévus à l'art. 15 de la *Charte*, font qu'il est inacceptable de refuser à M<sup>me</sup> Symes le droit de déduire ses dépenses d'entreprise simplement parce que ce genre de dépense n'est généralement pas encouru par des hommes d'affaires. Le refus d'accorder ces déductions constituerait de la discrimination aux termes de la *Loi*.

Le juge Iacobucci soutient que le dilemme ne devrait pas être formulé comme une question de déduction de dépenses d'entreprise, mais plutôt comme une question touchant les frais de garde

In this regard, he quotes Professor Audrey Macklin, *supra*, at p. 512, who states:

If the goal of section 15 in this context is to redress the discriminatory impact of tax laws on members of disadvantaged groups, there can be no pretext for confining the inquiry to section 18(1) of the Act or the remedy to business women. Insofar as tax deductions are concerned, the real issue would be the inadequacy of the partial deduction under section 63 in facilitating self-employed *and* salaried women's access to the paid workforce. . . . Their identity as self-employed or salaried women is largely immaterial to the question of whether the existing system perpetuates their subordination.

I am not unaware of the issues discussed by Professor Macklin. I certainly agree that all women suffer severe social and financial costs associated with child-bearing and rearing and that these costs are incurred whether a woman is a self-employed small business owner, a lawyer, an employee or a fulltime homemaker and caregiver. In fact, it is my view that all women, as a consequence of gender, suffer disadvantages associated with caring for children.

Further, I am not unaware that income tax deductions are undoubtedly not the best way for government to provide assistance with regard to the high cost of child care and that the allowed deductions under s. 63 are not representative of the real cost of child care. Perhaps child care should not even be subsidized through the tax system but, rather, provided for in another manner. As is obvious, income tax deductions benefit only those who have a taxable income and, as such, are a form of upside down subsidy which allows a person with more income to spend more on child care and, consequently, to receive a greater portion of the government tax expenditure program in return and the deduction does not help families who cannot afford child care in the first place. Finally, this type of government subsidy provides no assistance

d'enfants imposés à toutes les femmes, employées ou travailleuses indépendantes. À cet égard, il cite le professeur Audrey Macklin, *loc. cit.*, à la p. 512:

*a* [TRADUCTION] Si l'article 15 vise dans ce contexte à remédier à l'incidence discriminatoire des lois fiscales sur les membres des groupes défavorisés, il n'existe aucun prétexte pour limiter l'examen au paragraphe 18(1) de la Loi ou les réparations aux femmes d'affaires.  
*b* En ce qui concerne les déductions fiscales, la véritable question serait l'insuffisance de la déduction partielle prévue à l'article 63 quand il s'agit de faciliter l'accès des travailleuses indépendantes *et* salariées au marché du travail rémunéré. [. . .] Le fait qu'une femme soit qualifiée de travailleuse indépendante ou salariée n'a aucune importance lorsqu'il faut déterminer si le régime existant perpétue un état de subordination.

*d* Je suis sensible aux questions soulevées par le professeur Macklin. Je suis tout à fait d'accord que toutes les femmes subissent d'importants coûts sociaux et financiers associés au soin des enfants et que les femmes engagent ces coûts, qu'elles soient propriétaires d'une petite entreprise indépendante, avocates, employées ou gardent le foyer à temps plein. En fait, j'estime que toutes les femmes subissent, en raison de leur sexe, des désavantages liés aux soins des enfants.

*f*  
*g* Par ailleurs, je n'ignore pas que les déductions fiscales ne sont certainement pas la meilleure façon pour le gouvernement d'offrir une aide relativement aux frais élevés de garde d'enfants et que les déductions admises en vertu de l'art. 63 ne sont pas représentatives des coûts réels de garde d'enfants. Peut-être ne devrait-on pas subventionner la garde d'enfants par l'intermédiaire du régime fiscal, mais d'une autre façon. De toute évidence, les déductions fiscales bénéficient seulement aux personnes qui ont un revenu imposable et elles constituent de ce fait une sorte de subvention à l'inverse qui permet à une personne ayant plus de revenus de dépenser davantage au titre de la garde des enfants et, en conséquence, de recevoir en retour une plus grande part du programme de dépenses fiscales du gouvernement, la déduction n'aidant pas les familles qui ne peuvent tout simplement pas s'offrir des services de garde. Enfin, ce type de subvention gouvernementale ne permet aucune-

to the development of badly needed child care facilities.

Neither am I ignorant of the fact that the disparate treatment of employed persons and businesspersons under the *Act* is problematic and may require future examination. (See *Ontario Public Service Employees Union v. National Citizens' Coalition Inc.* (1987), 60 O.R. (2d) 26 (H.C.), aff'd (1990), 74 O.R. (2d) 260 (C.A.), where the Ontario Court of Appeal held that the deductions enjoyed by self-employed persons as opposed to employed persons did not constitute a violation of s. 15.) As I stated earlier, the *Act* treats different groups of people differently and vertical equity between the employed and the self-employed has never been maintained. There has been no concern about this dichotomy, however, with regard to other business deductions allowed under ss. 9 and 18 of the *Act* and, in my view, the differential treatment of business taxpayers and other taxpayers is not raised in this case. If these many and complex issues were before the Court, a critical examination of the interplay of socio-economic class in the income tax system, the position of all women in society and the implications of child care would have to be examined. However, these are not the issues before the Court. Ms. Symes has not put in issue the enormously complex quandary of the disadvantage of women generally through the continuing social and economic cost of child care. She has raised the much narrower question, although not in any way insignificant, of the discrimination suffered by businesspersons — primarily women — under an interpretation of the *Act* that disallows child care expenses as a business expense incurred for the purpose of gaining or producing income from her business. That issue, specifically the distinction between business taxpayers, must be answered.

Ms. Symes' claim cannot be addressed simply by pointing to the greater issue of the position of women generally. To grant her a deduction to

ment la mise sur pied de services fort nécessaires de garderie.

En outre, je ne suis pas sans savoir que le traitement différent accordé aux employés et aux gens d'affaires en vertu de la *Loi* est problématique et pourrait bien devoir être examiné dans l'avenir. (Voir l'arrêt *Ontario Public Service Employees Union c. National Citizens' Coalition Inc.* (1987), 60 O.R. (2d) 26 (H.C), conf. par (1990), 74 O.R. (2d) 260 (C.A.), dans lequel la Cour d'appel de l'Ontario a statué que les déductions dont bénéficient les travailleurs indépendants par opposition aux employés ne violaient pas l'art. 15.) Comme je l'ai déjà mentionné, la *Loi* traite différemment des groupes différents de personnes et l'équité verticale entre les employés et les travailleurs indépendants n'a jamais été maintenue. Toutefois, on ne s'est jamais préoccupé de cette dichotomie dans le cas des autres déductions pour dépenses d'entreprise autorisées en vertu des art. 9 et 18 de la *Loi* et le traitement différent qui existe entre les contribuables en affaires et les autres n'est pas que je sache soulevé en l'espèce. Si notre Cour devait se prononcer sur ces nombreuses questions complexes, elle devrait procéder à un examen sérieux de l'effet des classes socio-économiques sur le régime fiscal, de la situation de toutes les femmes dans la société et des incidences de la garde d'enfants. Toutefois, ces questions ne sont pas devant la Cour. Madame Symes n'a pas soulevé le dilemme fort complexe du désavantage que subissent généralement les femmes en raison des coûts socio-économiques de la garde des enfants. Elle a, toutefois, soulevé la question beaucoup moins vaste mais non moins importante de la discrimination subie par les gens d'affaires, plus particulièrement les femmes, si l'on interprète la *Loi* de façon à refuser les frais de garde d'enfants à titre de dépense d'entreprise encourue pour tirer un revenu de l'entreprise ou faire produire un revenu à l'entreprise. Cette question, soit la distinction qui existe entre contribuables en affaires, doit recevoir une réponse.

La réclamation de M<sup>me</sup> Symes ne peut pas être examinée simplement en orientant le débat vers la question plus générale de la situation de l'en-

which she is clearly entitled under the *Act* in no way diminishes the larger issue of child care as it applies to all parents, particularly women, a matter to be left for another day. I agree with the intervenor the Charter Committee on Poverty Issues that the appellant does not challenge s. 63 on the basis of either its inadequacy or its inclusiveness; Ms. Symes challenges the constitutionality of s. 63 only to the extent that it affects the court's interpretation and application of other provisions of the *Act* governing business deductions.

My colleague refers to family status as a possible alternative approach, as well as to the fact that single mothers may provide a clearer example of hardship suffered as a consequence of child care than does Ms. Symes. This may well be true, but this is no reason why the appellant's rights, under the *Act* or under s. 15 of the *Charter*, should not be protected. Discrimination cannot be justified by pointing to other discrimination. This is not the standard to which Mr. Andrews was held in *Andrews v. Law Society of British Columbia, supra*. In *Andrews*, the Court did not look at the respondent and justify the infringement of his rights under s. 15 on the basis that, in all other aspects of his life, as a white male lawyer of British descent, such discrimination on the basis of citizenship was acceptable, since he was likely better off than most other persons in the disadvantaged group of non-Canadian citizens. Neither can this be the standard to which Ms. Symes is to be held. This is not a case about the advantageous position in society some women garner as opposed to other women, but, rather, an examination of the advantaged position that businessmen hold in relation to businesswomen. If each claim under s. 15 of the *Charter* required that all the problems of discrimination with respect to a particular group be remedied as a result of one investigation, *Andrews* would probably not yet have been decided. The fact that Ms. Symes may be a member of a more privileged economic class does not by itself invalidate her claim under s. 15 of the *Charter*. She is

semble des femmes. Lui accorder une déduction à laquelle elle a clairement droit en vertu de la *Loi* ne minimise aucunement l'importance de la question générale de la garde d'enfants qui préoccupe l'ensemble des parents, plus particulièrement les femmes, mais cette question devra être examinée à un autre moment. Je suis d'accord avec l'intervenant, le Comité de la Charte et des questions de pauvreté, que l'appelante ne conteste pas l'art. 63 au motif que cette disposition est inadéquate ou inclusive; M<sup>me</sup> Symes conteste la constitutionnalité de l'art. 63 seulement dans la mesure où il affecte l'interprétation et l'application par la cour des autres dispositions de la *Loi* relatives aux déductions pour dépenses d'entreprise.

Mon collègue se réfère à la situation familiale comme approche alternative ainsi qu'au fait que la situation des mères chefs de familles monoparentales, plutôt que celle de M<sup>me</sup> Symes, pourrait bien constituer un exemple plus clair des difficultés liées à la garde des enfants. Cela peut bien être exact, mais ce n'est pas une raison de ne pas protéger les droits de l'appelante en vertu de la *Loi* ou de l'art. 15 de la *Charte*. On ne saurait justifier une discrimination en en dénonçant une autre. Ce n'est pas le critère auquel a dû satisfaire M. Andrews dans l'arrêt *Andrews c. Law Society of British Columbia*, précité. Dans cet arrêt, à partir de la situation de l'intimé, notre Cour n'a pas justifié la violation de ses droits garantis par l'art. 15 en soutenant que, dans tous les autres aspects de sa vie, comme avocat de race blanche de descendance britannique, la discrimination fondée sur la citoyenneté était acceptable puisqu'il se trouvait probablement dans une meilleure situation que la plupart des autres individus du groupe défavorisé de personnes privées de la citoyenneté canadienne. Madame Symes ne peut non plus être tenue de satisfaire à ce critère. Il n'est pas question ici de l'avantage dont jouissent certaines femmes dans la société par rapport à d'autres, mais plutôt de l'examen de l'avantage dont jouissent les hommes d'affaires par rapport aux femmes d'affaires. S'il fallait chaque fois qu'une demande est présentée en vertu de l'art. 15 de la *Charte* résoudre tous les problèmes de discrimination d'un groupe donné, l'arrêt *Andrews* n'aurait probablement pas encore

not to be held responsible for all possible discriminations in the income tax system, nor for the fact that other women may suffer disadvantages in the marketplace arising from child care. As the appellant argues, we cannot “hold every woman to the position of the most disadvantaged women, apparently in the name of sex equality”.

I believe that it is important to recall the context in which the determination of *Charter* issues must be considered, as was set out by my colleague in reference to Wilson J.’s statements in *R. v. Turpin*, [1989] 1 S.C.R. 1296, and as I wrote in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 647:

It is my view that the constitutional questions must be examined in their broader political, social and historical context in order to attempt any kind of meaningful constitutional analysis.

In the context of the *Charter* investigation in the case at hand, we must keep foremost in our minds the unequal cost of child care that women have traditionally borne, the effect of such cost on the ability of women to participate in business or otherwise be gainfully employed and, finally, the impact of child care on women’s financial ability and independence. In my view, such a “contextual” approach is an attempt to attack the problem of privilege and to understand the diversity of people’s experiences. When issues are examined in context, it becomes clear that some so-called “objective truths” may only be the reality of a select group in society and may, in fact, be completely inadequate to deal with the reality of other groups. As the Honourable Bertha Wilson comments in “Women, the Family, and the Constitutional Protection of Privacy” (1992), 17 *Queen’s L.J.* 5, at p. 13:

été rendu. Le fait que Mme Symes puisse appartenir à une classe économique plus favorisée ne rend pas invalide en soi la demande qu’elle a présentée en vertu de l’art. 15 de la *Charte*. Elle ne doit pas être tenue responsable de toutes les mesures discriminatoires susceptibles d’exister à l’intérieur du régime fiscal, ni du fait que d’autres femmes puissent être désavantagées sur le marché du travail par la nécessité d’assurer la garde des enfants. Comme le soutient l’appelante, nous ne pouvons [TRADUCTION] «garder toutes les femmes dans la situation des femmes les plus défavorisées, apparemment au nom de l’égalité des sexes».

Il importe, je crois, de rappeler le contexte dans lequel il faut examiner les questions fondées sur la *Charte*, comme l’a indiqué mon collègue en se référant aux affirmations de Madame le juge Wilson dans l’arrêt *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296, et, comme je l’ai mentionné dans l’arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 647:

J’estime que les questions constitutionnelles doivent être examinées dans un plus large contexte politique, social et historique pour tenter d’en arriver à une analyse constitutionnelle qui ait quelque sens.

En l’espèce, dans le contexte de l’examen fondé sur la *Charte*, nous devons avant tout avoir à l’esprit que les femmes ont traditionnellement assumé une part inégale des coûts de garde d’enfants, que ces coûts ont eu une incidence sur la capacité des femmes de participer à une entreprise ou d’avoir un autre genre de travail rémunéré et, enfin, que la garde des enfants a eu une incidence sur la situation et l’indépendance financières des femmes. À mon avis, cette méthode «contextuelle» tente de s’attaquer au problème du privilège et de saisir la diversité des expériences humaines. Lorsque des questions sont examinées dans leur contexte, il devient évident que certaines présumées «vérités objectives» peuvent correspondre seulement à la situation d’un groupe donné dans la société et peuvent, en fait, être entièrement inadéquates relativement à la situation d’autres groupes. Comme l’affirme l’honorable Bertha Wilson dans «Women, the Family, and the Constitutional Protection of Privacy» (1992), 17 *Queen’s L.J.* 5, à la p. 13:



Real lives, contemporary women's lives, should not only be taken seriously but should be regarded as primary in interpreting constitutional guarantees which impact directly or indirectly on women's equality. Experiences must not be "shoehorned" to fit within the constitutional guarantees; rather, the constitutional guarantees must be interpreted in a way that is responsive to women's reality.

The divergent effect of a different contextual approach can be significant to the outcome of a case such as the appeal at hand. As Professor Audrey Macklin, *supra*, describes, the contrasting contextual approaches to this case taken by the trial judge and the Court of Appeal played a pivotal role in the outcome (at pp. 508-9):

The simplest way to decipher the diverging views of Mr. Justice Cullen and Mr. Justice Décaré on the Charter issue is to imagine the judges peering at Beth Symes through different pairs of glasses. When the trial judge looked at her, he saw a business woman standing next to a business man. When the judges of the Court of Appeal looked at her, they saw a self-employed, professional woman standing next to a salaried woman. In the former scenario, Symes was disadvantaged by her sex contrary to section 15 and deserved to have her business expenses treated the same as a businessman's. In the latter, she was privileged by her class and made a mockery of section 15 of the Charter by attempting to use her status as a business woman to obtain greater benefits than those available to salaried women.

The gist of Mr. Justice Décaré's position is that it is absurd to grant Symes parity with businessmen if, in so doing, she is placed in a superior position to other women. To put it another way, it is preferable that all women be equally disadvantaged relative to men if the alternative is to improve the situation of the best-off women.

The proper interpretive approach to issues of equality must recognize that a real solution to discrimination cannot be arrived at without incorporating the perspective of the group suffering discrimination. In this case, s. 15 of the *Charter*

[TRADUCTION] La vraie vie, la vie des femmes contemporaines, doit non seulement être prise au sérieux, mais devrait être considérée comme primordiale dans l'interprétation des garanties constitutionnelles qui influent directement ou indirectement sur l'égalité des femmes. La situation ne doit pas être adaptée aux garanties constitutionnelles, mais celles-ci doivent plutôt être interprétées en fonction de la situation des femmes.

L'application d'une méthode contextuelle différente peut avoir un effet différent qui affecte de façon importante l'issue d'un dossier comme celui-ci. Comme le professeur Audrey Macklin, *loc. cit.*, le décrit, les méthodes contextuelles opposées adoptées par le juge de première instance et la Cour d'appel ont joué un rôle crucial sur l'issue du litige (aux pp. 508 et 509):

[TRADUCTION] La façon la plus simple de bien saisir les opinions divergentes exprimées par les juges Cullen et Décaré relativement aux questions fondées sur la Charte est d'imaginer que les juges ont examiné la situation de Beth Symes à travers des lunettes différentes. Le juge de première instance a vu une femme d'affaires se tenant à côté d'un homme d'affaires. Pour leur part, les juges de la Cour d'appel ont vu une femme professionnelle travaillant à son compte à côté d'une femme salariée. Dans le premier scénario, M<sup>me</sup> Symes était victime de discrimination pour un motif fondé sur son sexe en contravention de l'art. 15 et méritait d'être traitée de la même façon qu'un homme d'affaires quant à ses dépenses d'entreprise. Dans le second scénario, M<sup>me</sup> Symes était favorisée en raison de la catégorie à laquelle elle appartient et trivialisait l'article 15 de la Charte en tentant d'utiliser son statut de femme d'affaires pour obtenir plus d'avantages que ceux dont bénéficient les femmes salariées.

L'essentiel de la position du juge Décaré est qu'il est absurde de mettre M<sup>me</sup> Symes sur un pied d'égalité avec les hommes d'affaires si, ce faisant, elle se trouve dans une position supérieure par rapport aux autres femmes. En d'autres termes, il est préférable que toutes les femmes soient également défavorisées par rapport aux hommes si l'alternative est d'améliorer la situation des femmes les mieux nanties.

La méthode d'interprétation appropriée pour les questions portant sur l'égalité est de reconnaître que l'on ne peut solutionner le problème de la discrimination sans tenir compte de la perspective du groupe victime de discrimination. En l'espèce,

demands that the experience of both women and men shape the definition of business expense. Whether child care is consistent with the values of equality and is representative of the reality faced by women is not doubtful in my mind.

More generally, I would like to make the following observations.

#### A. *Women and Child Care*

In the 1984 Report of the Commission on Equality in Employment, Rosalie Abella (now of the Ontario Court of Appeal) stated (at p. 177):

By Canadian law both parents have a duty to care for their children, but by custom this responsibility has consistently fallen to the mother. It is the mother, therefore, who bears any guilt or social disapprobation for joining the workforce. And it is the mother who normally bears the psychological and actual responsibility for making childcare arrangements. [Emphasis added.]

The implementation of s. 15 of the *Charter* in 1985 has not led to an overnight reversal of this phenomenon. As Dr. Armstrong testified, research in Canada and abroad has consistently demonstrated that women remain primarily responsible for child care, and that this is so whether women work inside or outside the home. Dr. Armstrong, asked to give a synopsis of those studies, said that

they all produce very consistent results, I think, that while men do some child care work, that it is consistently across Canada, whether it is Vancouver, Halifax, Toronto, or Flin Flon, it's clear that the primary responsibility and the major work load is women's work load; that the kind of child care that men tend to provide tends to be the discretionary sort — that you take the children for a walk or read them a bedtime story or something similar rather than the necessary tasks that are associated with children, and this research is consistent whether we're talking about a household in which the woman is employed full time or whether she's full time at home working there.

l'art. 15 de la *Charte* exige que les dépenses d'entreprise soient définies par rapport à la situation tant des femmes que des hommes. Que les frais de garde d'enfants soient compatibles avec les valeurs d'égalité et représentatifs de la situation que vivent les femmes ne soulève aucun doute dans mon esprit.

De façon plus générale, j'aimerais faire les observations qui suivent.

#### A. *Les femmes et la garde des enfants*

Dans le Rapport de la Commission sur l'égalité en matière d'emploi de 1984, Rosalie Abella (maintenant juge de la Cour d'appel de l'Ontario) affirme (à la p. 195):

Selon le droit canadien, il incombe aux deux parents de prendre soin des enfants. Toutefois, selon la coutume, c'est la mère qui s'est toujours vu attribuer cette responsabilité. Par conséquent, c'est sur elle que retombe la culpabilité ou qui est critiquée par la société lorsqu'elle se joint à la population active. Et c'est elle qui habituellement a la responsabilité morale de faire garder les enfants et de prendre les dispositions nécessaires. [Je souligne.]

La mise en œuvre de l'art. 15 de la *Charte* en 1985 n'a pas entraîné un revirement instantané de cette situation. Comme l'a dit le Dr Armstrong dans son témoignage, la recherche au Canada et à l'étranger a constamment démontré que ce sont les femmes qui demeurent principalement responsables de la garde des enfants, qu'elles travaillent au foyer ou à l'extérieur. Lorsqu'on lui a demandé de résumer ces études, elle a dit:

[TRADUCTION] À mon avis, elles ont toutes donné des résultats très uniformes; bien que les hommes s'occupent d'une certaine partie du soin des enfants, et ce dans tout le Canada, que ce soit à Vancouver, à Halifax, à Toronto ou à Flin Flon, il est clair que la principale responsabilité et la plus grande partie du travail reposent sur les femmes; les hommes ont tendance à fournir aux enfants les soins de type discrétionnaire: prendre une marche avec les enfants, lire une histoire avant de les mettre au lit ou toute autre chose similaire plutôt que les tâches nécessaires reliées aux enfants; les études donnent des résultats uniformes, que nous parlions d'un ménage où la femme est employée à temps plein ou de celui où elle travaille à temps plein au foyer.

In fact, Statistics Canada reports that working men are chiefly responsible for child care in only 6 per cent of families (Susan Crompton, "Who's Looking After the Kids? Child Care Arrangements of Working Mothers", in Statistics Canada, *Perspectives on Labour and Income*, vol. 3, No. 2 (Summer 1991), at p. 68).

Further, the responsibility for child care has also a very real impact on women's patterns of employment. According to the Statistics Canada Family History Survey, ongoing child care had a major impact on the continuity of work for the majority of women but almost no impact on men. This is consistent with research done on women in managerial and professional work which identifies having children as a major disruption in career patterns and as a problem for women. (See also M. Gunderson, L. Muszynski and J. Keck, *Women and Labour Market Poverty* (1990), at p. 30.) Dr. Armstrong was not aware of any similar research on men which identifies raising children as having an impact on men's careers. As well, as I discussed above, the study recently completed by the Canadian Bar Association indicates that male lawyers did not consistently report that child care had any impact on their career (*Touchstones for Change, supra*), whereas female lawyers indicated that they suffered financial losses as a result of child care responsibilities. In fact, Dr. Armstrong observed that the cost alone can consume a large portion of a woman's income. Self-employed women do not differ significantly from women as a whole with respect to the effect of child care.

#### B. *Self-employed Women*

In 1991, the Canadian Advisory Council of the Status of Women studied the lives and business experiences of more than 200 women business owners across Canada. The results of the Advisory Council's study were published in a document

En fait, Statistique Canada signale que les hommes qui travaillent sont principalement responsables de la garde des enfants dans seulement 6 pour 100 des familles (Susan Crompton, «Qui s'occupe des enfants lorsque la mère travaille à l'extérieur?», dans Statistique Canada, *L'Emploi et le revenu en perspective*, vol. 3, n° 2 (été 1991), à la p. 72).

Par ailleurs, la responsabilité de la garde des enfants a également une très grande incidence sur les modèles d'emploi des femmes. Selon l'enquête de Statistique Canada sur les familles, la permanence des services de garde d'enfants avait une incidence importante sur la continuité de l'emploi de la majorité des femmes, mais pratiquement aucune sur celle des hommes. Cela est compatible avec les travaux de recherche effectués auprès des femmes qui occupent des postes de direction ou de nature professionnelle, selon lesquels le fait d'avoir des enfants constitue une interruption majeure du cheminement professionnel et un problème pour les femmes. (Voir aussi M. Gunderson, L. Muszynski et J. Keck, *Vivre ou survivre? Les femmes, le travail et la pauvreté* (1990), aux pp. 34 et 35.) Le Dr Armstrong n'était pas au courant de travaux similaires sur les hommes dans lesquels ceux-ci auraient dit que l'éducation des enfants influe sur leur carrière. Par ailleurs, comme je l'ai déjà mentionné, l'étude récemment complétée par l'Association du Barreau canadien indique que les avocats n'ont pas mentionné de façon régulière que la garde des enfants avait une incidence quelconque sur leur carrière (*Les assises de la réforme, op. cit.*), alors que les avocates ont indiqué subir des pertes financières découlant des responsabilités de garde d'enfants. En fait, le Dr Armstrong a fait remarquer que leur coût seul peut absorber une grande partie du revenu d'une femme. Les femmes d'affaires ne diffèrent pas sensiblement de l'ensemble des femmes en ce qui concerne l'effet de la garde des enfants.

#### i B. *Les femmes d'affaires*

En 1991, le Conseil consultatif canadien sur la situation de la femme a réalisé une étude sur la vie et l'expérience en affaires de plus de 200 femmes propriétaires d'entreprises au Canada. Les résultats de l'étude ont été publiés dans un document inti-

entitled *The Glass Box: Women Business Owners in Canada*. The authors of *The Glass Box* found that women's businesses are clustered in the retail and service sectors, notorious for their long hours, high personal demands, and low financial returns. As in the work force generally, where women are clustered in jobs such as office work and nursing, the effect of ghettoizing is to lower the financial return to the business owner.

The authors of the report describe the typical female surveyed in the following way (at p. 10):

The typical respondent could be described as a white woman, married, with two children, and owning 100% of a retail business. She is a high school graduate who worked in a related field before starting her business but had no experience as a manager.

Her current venture is her only one, which she founded six to ten years ago with less than \$25,000 in start-up capital, financed by her own savings. She continues to finance the operation herself, taking less than \$30,000 annually in salary, even though she works 50 to 70 hours a week. The business employs an average of three people. The strongest impression remaining after talking with hundreds of entrepreneurs is the modest nature of the business. For the most part, these businesses are not innovative, substantial ventures.

The annual incomes reported by the women in the *Glass Box* survey serve to debunk much of the myth of the wealthy businesswoman. One-third of the sample reported receiving no salary. Twenty percent made between \$30,000 and \$50,000, and only 15 percent made over \$50,000. Male business owners reported annual earnings some 66 percent higher than earnings reported by women business owners.

Discrimination was reported by slightly more than half the entrepreneurs in the *Glass Box* study. Creditors, in particular, seem to be using irrelevant criteria such as marital status and age (linked to childbearing potential) to assess loan applications.

tulé *Une cage de verre: les entrepreneures au Canada*. Les auteurs ont constaté que les entreprises des femmes se retrouvent principalement dans les secteurs du détail et des services, reconnus pour leurs longues heures, leurs fortes exigences personnelles et leurs faibles rendements financiers. Comme au sein de la population active généralement, où les femmes sont regroupées dans des emplois de secrétariat et de soins infirmiers, cette «compartmentation» a pour effet de réduire le rendement financier du propriétaire de l'entreprise.

Les auteurs du rapport décrivent le profil type des participantes (à la p. 11):

On pourrait décrire la participante type comme une femme blanche, mariée, mère de deux enfants et possédant la totalité d'une entreprise de vente au détail. Diplômée d'études secondaires, elle a travaillé dans un domaine connexe avant de lancer son entreprise, mais sans aucune expérience de gestion.

Son entreprise actuelle est la seule qu'elle ait fondée, il y a entre six et dix ans, avec moins de 25 000 \$ comme mise de fonds initiale, puisés à même ses économies personnelles. Elle continue d'ailleurs de financer elle-même l'entreprise en se versant moins de 30 000 \$ par année en salaire, même si elle travaille de 50 à 70 heures par semaine. L'entreprise emploie, en moyenne, trois personnes. L'impression qui se dégage de nos entretiens avec des centaines de propriétaires est celle de la mesure: leurs entreprises ne sont pour la plupart ni avant-gardistes, ni importantes.

Les revenus annuels déclarés par les femmes dans le cadre de cette étude permettent de discréditer une grande partie du mythe de la femme d'affaires riche. Un tiers des femmes qui faisaient partie de l'échantillon ont déclaré ne recevoir aucun salaire. Vingt pour cent gagnaient entre 30 000 \$ et 50 000 \$ et seulement 15 pour 100 gagnaient plus de 50 000 \$. Les hommes propriétaires d'entreprise ont déclaré des revenus de quelque 66 pour 100 plus élevés que ceux rapportés par les femmes propriétaires d'entreprise.

Dans l'étude en question, le facteur de discrimination a été signalé par un peu plus de la moitié des femmes d'affaires. Plus particulièrement, les créanciers semblent se servir de critères non pertinents, comme l'état matrimonial et l'âge (risque de

The authors reported that being married and having children contributes to the perception of stability in male applicants, but these same factors are taken to suggest unreliability in women applicants. More subtle forms of differential treatment occur when women discover they are invisible to customers, suppliers, and creditors, many of whom assume that any man present in the business is the boss. On page 65 of their report, the authors of *The Glass Box* stated:

As we interviewed women entrepreneurs in industrial malls and crowded retail centres, the image of a woman alone in a glass box emerged. Isolated by her unusual occupation as an entrepreneur, by her sole ownership of the business, by her immigrant status, by her limited networks of colleagues and business friends, and particularly by the long hours required by business and household demands, the woman entrepreneur is surrounded by opportunities to which she cannot gain access. Thus, in addition to the difficulties facing all entrepreneurs in starting and making a success of a new business venture, a woman entrepreneur faces conditions that appear to be attributable almost completely to the fact that she is a woman in a non-traditional occupation. These factors co-exist with the challenges, personal satisfaction, and independence experienced by women entrepreneurs. This is the situation we have described as the glass box of female entrepreneurship. Surrounded by opportunities but hemmed in by circumstances, the woman entrepreneur sees her ability to realize business and personal success limited by a number of obstacles.

Nearly half of the respondents in the *Glass Box* study were married with children at home. Unlike men entrepreneurs, most women assumed complete responsibility for home and children. Only 10 percent hired household help, a reflection of either a lack of financial resources or reluctance to delegate any part of an important role. The authors of the *Glass Box* report found that child care responsibilities formed one of the major obstacles preventing businesswomen from realizing their full potential as entrepreneurs. It is with regard to this context: the reality of women's lives and the

grossesse), lorsqu'ils procèdent à l'examen des demandes de prêts. Les auteurs ont signalé que le fait d'être marié et d'avoir des enfants était considéré comme un signe de stabilité chez les hommes, mais que les mêmes facteurs suggéraient que les femmes ne sont pas fiables. Il existe d'autres formes plus subtiles de traitement différent; par exemple, les femmes découvrent qu'elles n'existent pas pour les clients, les fournisseurs et les créanciers; pour bon nombre d'entre eux, s'il y a un homme dans l'entreprise, c'est lui le patron. Aux pages 72 et 73 de leur rapport, les auteurs de *Une Cage de verre* affirment:

Au cours de nos entrevues auprès des femmes propriétaires d'entreprises dans les parcs industriels et les centres commerciaux achalandés, l'image de la femme isolée dans une cage de verre s'est fait jour. Isolée par son activité inhabituelle d'entrepreneure, par le fait qu'elle est propriétaire unique de son affaire, par son statut d'immigrante, par ses réseaux restreints de collègues et de relations professionnelles, et surtout par les longues heures que lui réclament son entreprise et son foyer, la femme propriétaire d'entreprise ne peut saisir les nombreuses occasions qui s'offrent à elle. Ainsi, outre les difficultés qui se présentent à toute personne qui souhaite lancer et réussir une nouvelle affaire, au delà des défis à relever, de la satisfaction personnelle et du sentiment d'indépendance, l'entrepreneure doit surmonter des obstacles qui semblent tenir au fait qu'elle est une femme exerçant une activité non traditionnelle. Voilà pourquoi nous parlons de la cage de verre de l'entrepreneuriat féminin. Isolée des nombreuses occasions à saisir, la femme propriétaire d'entreprise doit franchir un certain nombre d'obstacles qui se dressent sur la voie de son succès professionnel et personnel.

Presque la moitié des femmes qui ont participé à l'étude étaient mariées et avaient des enfants au foyer. Contrairement aux hommes entrepreneurs, la plupart assumaient l'entière responsabilité du foyer et des enfants. Seulement 10 pour 100 avaient engagé de l'aide domestique, signe d'un manque de ressources financières ou d'une hésitation à déléguer quelque partie d'un rôle important. Les auteurs de *Une Cage de verre* indiquent que les responsabilités liées aux soins des enfants constituent l'un des principaux obstacles qui empêchent la femme d'affaires de réaliser son plein potentiel d'entrepreneure. C'est dans ce contexte — la situation des femmes et les sérieuses répercussions qu'a

severe implications of child care, that the present *Charter* analysis must be approached.

## VII. Conclusion

My incursion into s. 15 of the *Charter* was mandated only by my colleague's comments in that connection. In my view, Ms. Symes must succeed primarily on statutory interpretation of the *Act* and, in particular, ss. 9 and 18 of the *Act*. Moreover, if s. 63 is to inform these sections, they do clearly co-exist. Child care may be deductible as a business expense in those cases where the requirements for deductibility of business expenses are met. With regard to s. 15 of the *Charter*, it is my opinion that the values of equality it implies shape the determination of the issues in the interpretation of s. 63 of the *Act*. An interpretation that runs contrary to these values must be rejected.

In the result, I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal and restore the judgment of the trial judge, the whole with costs throughout.

The following are the reasons delivered by

MCLACHLIN J. (dissenting) — I agree with Justice L'Heureux-Dubé's interpretation of ss. 9, 18 and 63 of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, and s. 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and with her conclusion that the appellant's child care expenses are deductible as business expenses under s. 9 of the *Income Tax Act*.

*Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ and MCLACHLIN JJ. dissenting.*

*Solicitors for the appellant: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.*

*Solicitor for the respondent: John R. Power, Ottawa.*

pour elles la garde des enfants — que, dans le présent pourvoi, l'analyse fondée sur la *Charte* doit être examinée.

## <sup>a</sup> VII. Conclusion

Mon incursion dans l'art. 15 de la *Charte* a été suscitée uniquement en raison des commentaires de mon collègue à ce sujet. À mon avis, M<sup>me</sup> Symes doit avoir gain de cause principalement en se fondant sur l'interprétation de la *Loi*, plus particulièrement ses art. 9 et 18. De plus, si l'art. 63 doit guider l'interprétation de ces articles, ils coexistent clairement. Les frais de garde d'enfants peuvent être déductibles à titre de dépense d'entreprise dans les cas où les exigences en matière de déductibilité à cet égard sont respectées. En ce qui concerne l'art. 15 de la *Charte*, je suis d'avis que les valeurs d'égalité qu'il véhicule doivent inspirer la résolution des questions d'interprétation de l'art. 63 de la *Loi*. Une interprétation qui va à l'encontre de ces valeurs doit être rejetée.

<sup>e</sup> En définitive, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmier l'arrêt de la Cour d'appel et de rétablir la décision du juge de première instance, avec dépens dans toutes les cours.

<sup>f</sup> Version française des motifs rendus par

<sup>g</sup> LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — Je souscris à l'interprétation que donne le juge L'Heureux-Dubé des art. 9, 18 et 63 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, ch. 148, et de l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ainsi qu'à sa conclusion que les frais de garde d'enfants de l'appelante sont déductibles comme dépense d'entreprise en vertu de l'art. 9 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*.

<sup>i</sup> *Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ et MCLACHLIN sont dissidentes.*

*Procureurs de l'appelante: Tory Tory DesLauriers & Binnington, Toronto.*

<sup>j</sup> *Procureur de l'intimée: John R. Power, Ottawa.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Monique Rousseau, Ste-Foy.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Monique Rousseau, Ste-Foy.*

*Solicitors for the intervener the Charter Committee on Poverty Issues: Scott & Ayles, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenant le Comité de la Charte et des questions de pauvreté: Scott & Ayles, Toronto.*

*Solicitor for the intervener the Canadian Bar Association: The Canadian Bar Association, Ottawa.*

*Procureur de l'intervenante l'Association du Barreau canadien: L'Association du Barreau canadien, Ottawa.*

**Robert Rowbotham and David  
Roblin** *Appellants*

v.

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ROWBOTHAM; R. v. ROBLIN

File Nos.: 23302, 23300.

1993: December 8.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR  
ONTARIO

*Criminal law — Conspiracy — Conspiracy to traffic in narcotics — Evidence, if accepted, establishing that alleged trafficking offences have a real and substantial connection to Canada — Trial judge erring in directing verdict of acquittal — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 465(3) — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 2.*

#### Cases Cited

**Applied:** *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178.

#### Statutes and Regulations Cited

*Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 465(3) [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 61(4)].  
*Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 2 "traffic".

APPEALS from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1992), 60 O.A.C. 75, 76 C.C.C. (3d) 542, setting aside the accused's acquittals and ordering a new trial. Appeals dismissed.

*Philip Campbell and Delmar Doucette*, for the appellants.

*D. D. Graham Reynolds, Q.C.*, and *David Littlefield*, for the respondent.

**Robert Rowbotham et David  
Roblin** *Appelants*

c.

a

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ROWBOTHAM; R. c. ROBLIN

b

N<sup>os</sup> du greffe: 23302, 23300.

1993: 8 décembre.

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

c

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

d

*Droit criminel — Complot — Complot en vue de faire le trafic de stupéfiants — Preuve qui, si elle est acceptée, établit l'existence d'un lien réel et important entre les infractions reprochées et le Canada — Erreur commise par le juge du procès en imposant un verdict d'acquiescement — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 465(3) — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 2.*

e

#### Jurisprudence

f

**Arrêt appliqué:** *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178.

#### Lois et règlements cités

g

*Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 465(3) [abr. & rempl. ch. 27 (1<sup>er</sup> suppl.), art. 61(4)].  
*Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 2 «faire le trafic».

h

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1992), 60 O.A.C. 75, 76 C.C.C. (3d) 542, qui a annulé l'acquiescement des accusés et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvois rejetés.

i

*Philip Campbell et Delmar Doucette*, pour les appelants.

j

*D. D. Graham Reynolds, c.r.*, et *David Littlefield*, pour l'intimée.



The judgment of the Court was delivered orally by

LAMER C.J. — We reserve our right to hand down additional reasons as regards the longstanding practice of the manner in which directed verdicts are dealt with given the circumstances of this case and the jury's great reluctance and misunderstanding of what it was being ordered to do. Subject to that, Justice Sopinka will give the reasons for the Court.

SOPINKA J. — The offence which is the subject of the charges here is a conspiracy to "traffic" in narcotics as defined in s. 2(a) and (b) of the *Narcotic Control Act*, R.S.C., 1985, c. N-1. The offences charged consist of agreements to offer to sell a narcotic. We will assume for the purpose of this case that the appellants' interpretation of s. 2(a) and (b) is correct and the transactions referred to in s. 2(a) and (b) must take place in Canada.

In our view, s. 465(3) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, does not preclude the application of the principles in *Libman v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 178, if the substantive offence which is the subject of the conspiracy has a real and substantial connection to Canada.

In our view, there is evidence which, if accepted, establishes that the offences of trafficking alleged here have a real and substantial connection to Canada and we agree with the Court of Appeal that the trial judge erred in directing a verdict of acquittal.

The appeals are dismissed.

*Judgment accordingly.*

*Solicitors for the appellant Rowbotham: Nakat-suru & Doucette, Toronto.*

*Solicitors for the appellant Roblin: Copeland, Liss, Campbell, Toronto.*

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

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Nous nous réservons le droit de déposer des motifs additionnels concernant la pratique de longue date quant à la façon dont la question des verdicts imposés est réglée compte tenu des circonstances de la présente affaire et de la grande hésitation et méprise du jury concernant ce qu'on lui ordonnait de faire. Sous réserve de cela, le juge Sopinka va exposer les motifs de la Cour.

LE JUGE SOPINKA — L'infraction reprochée dans les accusations en l'espèce est celle de complot en vue de «faire le trafic» de stupéfiants au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les stupéfiants*, L.R.C. (1985), ch. N-1. Les infractions reprochées ont consisté à accepter de proposer de vendre un stupéfiant. Aux fins de la présente affaire, nous tiendrons pour acquis que l'interprétation que les appelants donnent à l'art. 2 est bonne et que les opérations mentionnées dans cet article doivent se dérouler au Canada.

À notre avis, le par. 465(3) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, n'empêche pas d'appliquer les principes de l'arrêt *Libman c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 178, si l'infraction matérielle précise qui est visée par le complot a un lien réel et important avec le Canada.

Selon nous, il existe une preuve qui, si elle est acceptée, établit l'existence d'un lien réel et important entre les infractions de trafic reprochées en l'espèce et le Canada, et nous sommes d'accord avec la Cour d'appel pour dire que le juge du procès a commis une erreur en imposant un verdict d'acquittal.

Les pourvois sont rejetés.

*Jugement en conséquence.*

*Procureurs de l'appellant Rowbotham: Nakat-suru & Doucette, Toronto.*

*Procureurs de l'appellant Roblin: Copeland, Liss, Campbell, Toronto.*

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



# INDEX

## CONFLICT OF LAWS

Civil procedure — Discovery of documents — Plaintiff in civil action in British Columbia seeking discovery of documents from Quebec defendants — Quebec statute prohibiting removal from province of documents of business concerns — Whether blocking statute provides “lawful excuse” for not complying with demand for discovery — Business Concerns Records Act, R.S.Q., c. D-12 — British Columbia Rules of Court, rr. 2(5), 26.

HUNT V. T&N PLC, 289.

## CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Freedom of religion — Freedom of expression — Divorce Act requiring that orders concerning children only take into account “the best interests of the child” — Access parent insisting on instructing children on religion — Custodial parent and children objecting to religious instruction — Court ordering that access parent discontinue religious activities with children — Whether or not access restriction infringing freedom of religion — Whether or not access restriction infringing freedom of expression — Divorce Act, R.S.C., 1985 (2nd Supp.), c. 3, ss. 16(8), 17(5) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 2(a), (b).

YOUNG V. YOUNG, 3.

2. Charter of Rights — Application — Family law dispute — Court order prohibiting access parent from continually indoctrinating child in Jehovah’s Witness religion and involving her in their activities — Whether Canadian Charter of Rights and Freedoms applies to court order in family law matter — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 32.

P. (D.) V. S. (C.), 141.

3. Charter of Rights — Freedom of religion — Freedom of expression — Court order prohibiting access parent from continually indoctrinating child in Jehovah’s Witness religion and involving her in their activities — Whether order infringing s. 2(a) or 2(b) of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

P. (D.) V. S. (C.), 141.

4. Charter of Rights — Vagueness — Criterion of child’s best interests in family law — Whether criterion discretionary and vague within meaning of ss. 1 or 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Civil Code of Lower Canada, art. 30.

P. (D.) V. S. (C.), 141.

## CONSTITUTIONAL LAW—Continued

5. Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Delay not unreasonable — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 11(b).

R. V. NUOSCI, 283.

6. Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Respondent consenting to several adjournments — Consents constituted waiver or attributable to respondent.

R. V. BRASSARD, 287.

7. Statutes — Validity — Quebec statute prohibiting removal from province of documents of business concerns — Whether blocking statute ultra vires province as being in relation to matter outside province — Whether blocking statute constitutionally inapplicable to judicial proceedings in another province — Business Concerns Records Act, R.S.Q., c. D-12.

HUNT V. T&N PLC, 289.

8. Statutes — Validity — Municipal Act purporting to authorize variable fees for soil removal permits — Whether provision ultra vires province as authorizing levy in nature of indirect taxation — Whether volumetric permit fees ancillary to genuine licensing scheme — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 930(2) — Constitution Act, 1867, s. 92(9).

ALLARD CONTRACTORS LTD. V. COQUITLAM (DISTRICT), 371.

9. Charter of Rights — Fundamental justice — Fair trial — Videotaped statement of young complainant in sexual assault case admitted into evidence pursuant to s. 715.1 of Criminal Code — Whether s. 715.1 infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether s. 715.1 offends evidentiary rules against admission of hearsay evidence and prior consistent statements — Whether accused’s right to cross-examine complainant violated — Whether judicial discretion in s. 715.1 consistent with principles of fundamental justice — Whether age limit contained in s. 715.1 arbitrary — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1.

R. V. L. (D.O.), 419.

10. Charter of Rights — Fair trial — Public hearing — Presumption of innocence — Videotaped statement of young complainant in sexual assault case admitted into evidence pursuant to s. 715.1 of Criminal Code — Whether s. 715.1 infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1.

R. V. L. (D.O.), 419.

**CONSTITUTIONAL LAW—Concluded**

11. Charter of Rights — Fundamental justice — Fair trial — Right to cross-examine witness — Right of accused to be within witness's sight — Accused charged with touching young boy for sexual purposes — Young complainant testifying behind screen pursuant to s. 486(2.1) of Criminal Code — Whether s. 486(2.1) infringes s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 486(2.1).

R. V. LEVOGIANNIS, 475.

12. Charter of Rights — Fair trial — Presumption of innocence — Right to cross-examine witness — Accused charged with touching young boy for sexual purposes — Young complainant testifying behind screen pursuant to s. 486(2.1) of Criminal Code — Whether s. 486(2.1) infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 486(2.1).

R. V. LEVOGIANNIS, 475.

13. Charter of Rights — Presumption of innocence — Sexual assault — Defence of honest but mistaken belief in consent — Section 265(4) of Criminal Code imposing "air of reality" test as threshold to be met before issue of mistaken belief is left to jury — Whether s. 265(4) infringes s. 11(d) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 265(4).

R. V. OSOLIN, 595.

14. Charter of Rights — Trial by jury — Sexual assault — Defence of honest but mistaken belief in consent — Section 265(4) of Criminal Code imposing "air of reality" test as threshold to be met before issue of mistaken belief is left to jury — Whether s. 265(4) infringes s. 11(f) of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 265(4).

R. V. OSOLIN, 595.

15. Charter of Rights — Equality rights — Income tax — Child care expenses — Partner in law firm deducting wages paid to nanny in her income tax returns — Whether child care expenses deductible as business expenses — If not, whether equality rights violated — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 15(1).

SYMES V. CANADA, 695.

**COURTS**

1. Costs — Principles governing awards of costs on solicitor-client basis.

YOUNG V. YOUNG, 3.

2. Jurisdiction — Superior courts — British Columbia courts declining to rule on constitutionality of Quebec statute — Whether

**COURTS—Concluded**

British Columbia courts had jurisdiction to deal with constitutional issue.

HUNT V. T&N PLC, 289.

3. Jurisdiction — Supreme Court of Canada — British Columbia courts declining to rule on constitutionality of Quebec statute — Whether British Columbia courts had jurisdiction to deal with constitutional issue — Whether Supreme Court of Canada restricted to powers and procedures of courts appealed from — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 45.

HUNT V. T&N PLC, 289.

**CRIMINAL LAW**

1. Weapons — Firearms — Whether a firearm always falls within definition of "weapon" in s. 2 of Criminal Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 2 "weapon", 84(1) "firearm".

R. V. FELAWKA, 199.

2. Carrying concealed weapon — Mens rea — Accused boarding public transportation with rifle wrapped in his jacket after afternoon of target shooting — Accused concealing rifle because he felt that it was not proper to carry it openly — Whether mens rea of offence of carrying concealed weapon established by proof of accused's intention to conceal the object he knew to be a weapon — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 89.

R. V. FELAWKA, 199.

3. Nuisance — Offering indignities to human remains — Gravedigger damaging coffins when refilling graves — Evidence supporting trial judge's conclusion that gravedigger's conduct constitutes indignities to human remains.

R. V. MILLS, 277.

4. Sexual assault — Sexual assault by practising male physician on female patients — Counts severed and divided by judge in chambers before indictment preferred before trial judge — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted.

R. V. LITCHFIELD, 333.

5. Videotaped evidence — Accused charged with sexual assault — Videotaped statement of young complainant made five months after alleged offence admitted into evidence pursuant to

**CRIMINAL LAW—Continued**

s. 715.1 of Criminal Code — Whether videotape made within reasonable time — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 715.1.

R. v. L. (D.O.), 419.

6. Trial — Reasonable doubt — Whether trial judge applied proper test for weighing evidence.

R. v. L. (D.O.), 419.

7. Trial — Function of judge — Apprehension of bias — Examination of witnesses — Whether trial judge's interventions during trial raised reasonable apprehension of bias.

R. v. L. (D.O.), 419.

8. Evidence — Rule against oath-helping — Cross-examination of complainant's mother not impermissible oath-helping — Accused's conviction upheld.

R. v. MORAN, 499.

9. Procedure — Evidence — Non-disclosure — Due diligence — Statement disclosed after conviction but before sentencing — Counsel for defence not bringing matter at earliest opportunity to attention of trial judge and not having information disclosed during sentencing proceedings — Trial judge still seized of trial and had discretion to reopen trial or order mistrial.

R. v. MCANESPIE, 501.

10. Procedure — Evidence — Fresh evidence — Due diligence — Respondent failing to satisfy criterion of due diligence — Due diligence to be considered with other factors — Due diligence requirement not overborne by other factors — New evidence ought not to have been admitted.

R. v. MCANESPIE, 501.

11. Young offenders — Evidence — Statements — Admissibility — Statement made without counsel but in presence of adult — Second statement made explaining aspects of first statement — Lawyer consulted after first and before second statement made — First statement found to be inadmissible — Second statement admissible — Conviction based on inculpatory exchange in second statement — Whether second statement admissible — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 3(e), (g) 11, 56(1), (2)(a), (b)(i), (ii) — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 10(b), 24(2).

R. v. I. (L.R.) AND T. (E.), 504.

12. Procedure — Preferring indictments — Non-jury trial — Preliminary inquiry — Preliminary inquiry judge finding insufficient evidence to support charge — Preliminary inquiry judge committing accused for trial on lesser included offence — Crown prosecutor preferring indictment on original charge notwithstanding finding at preliminary inquiry — Whether a prosecutor can prefer an indictment for original offence, even though judge at the

**CRIMINAL LAW—Continued**

preliminary inquiry committing only on a lesser, included offence — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 267(1)(b), 548(1)(a), (b), (2), 566(1), (2), (3), 568, 574(1)(a), (b), 576(1), 577(a), (b), (c), (d).

R. v. TAPAQUON, 535.

13. Parties to offences — Aiding and abetting — Murder or manslaughter — Whether party who aids and abets may be convicted of manslaughter under s. 21(1) of Criminal Code where principal guilty of murder — Mens rea required for conviction for manslaughter under s. 21(1) of Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21(1).

R. v. JACKSON, 573.

14. Parties to offences — Common intention — Murder or manslaughter — Whether party to common unlawful purpose may be convicted of manslaughter under s. 21(2) of Criminal Code where principal guilty of murder — Mens rea required for conviction for manslaughter under s. 21(2) of Code — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21(2).

R. v. JACKSON, 573.

15. Parties to offences — Charge to jury — Evidence capable of supporting murder or manslaughter — Whether trial judge should have instructed jury that a party under s. 21(1) or 21(2) of Criminal Code may be guilty of manslaughter even though principal guilty of murder — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 21.

R. v. JACKSON, 573.

16. Evidence — Cross-examination — Sexual assault — Medical records — Complainant's medical records admitted into evidence for limited purpose of determining complainant's competence to testify — Notation in medical records indicating that complainant was concerned that her attitude and behaviour might have influenced accused — Trial judge not permitting accused to cross-examine complainant on her medical records to determine "what kind of person the complainant is" — Whether cross-examination should have been permitted for purpose of determining whether there was evidence to support defence of honest but mistaken belief in consent or allegation of fabrication.

R. v. OSOLIN, 595.

17. Defences — Defence of honest but mistaken belief in consent — Sexual assault — Interpretation of s. 265(4) of Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46.

R. v. OSOLIN, 595.

18. Conspiracy — Conspiracy to traffic in narcotics — Evidence, if accepted, establishing that alleged trafficking offences have a real and substantial connection to Canada — Trial judge erring in directing verdict of acquittal — Criminal Code, R.S.C.,

**CRIMINAL LAW—Concluded**

1985, c. C-46, s. 465(3) — Narcotic Control Act, R.S.C., 1985, c. N-1, s. 2.

R. v. ROWBOTHAM; R. v. ROBLIN, 834.

**EVIDENCE**

1. Expert evidence — Child testifying about aggravated assault — Expert witnesses called to corroborate Crown and defence versions of events — Expert testifying as to whether child telling the truth and as to the psychological effects of abuse — Level of competence to be established in inquiry as to child's communication skills under s. 16(1)(b) of the Canada Evidence Act — Whether trial judge's warning as to the frailty of child's evidence adequate — Whether opinion evidence outside the area of expertise of qualified experts admissible — Whether expert's commenting on a child's credibility appropriate — Nature of questioning expert witnesses — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 245.2(1) — Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, s. 16(1)(b), (3).

R. v. MARQUARD, 223.

2. Sexual assault by practising male physician on female patients — Counts severed and divided by judge in chambers before indictment preferred before trial judge — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted.

R. v. LITCHFIELD, 333.

3. Criminal law — Young offenders — Statements — Admissibility — Statement made without counsel but in presence of adult — Second statement made explaining aspects of first statement — Lawyer consulted after first and before second statement made — First statement found to be inadmissible — Second statement admissible — Conviction based on inculpatory exchange in second statement — Whether second statement admissible.

R. v. I. (L.R.) AND T. (E.), 504.

**EXTRADITION**

Extraditable offences — Fugitive charged in United States with offence of continuing criminal enterprise — Whether offence extraditable offence.

UNITED STATES OF AMERICA v. DOYER, 497.

**FAMILY LAW**

1. Custody — Access — Best interests of the child — Access parent insisting on instructing children on religion — Custodial parent and children objecting to religious instruction — Court ordering that access parent discontinue religious activities with children — Scope of "best interests of the child" — Whether or not "best interests of the child" equivalent of absence of harm — Whether or not restriction on access in best interests of the children.

YOUNG v. YOUNG, 3.

2. Children — Best interests of the child — Access parent insisting on instructing children on religion — Custodial parent and children objecting to religious instruction — Court ordering that access parent discontinue religious activities with children — Scope of "best interests of the child" — Whether or not "best interests of the child" equivalent of absence of harm — Whether or not restriction on access in best interests of the children.

YOUNG v. YOUNG, 3.

3. Property and financial awards — Lump sum payment — Family debts — Principles governing reallocation of property.

YOUNG v. YOUNG, 3.

4. Custody — Access rights — Restrictions — Interest of child — Conflict between parents concerning religious education of their 3½-year-old child — Court order prohibiting access parent from continually indoctrinating child in Jehovah's Witness religion and involving her in their activities — Whether child's interest is test applicable to access rights — Whether restrictions on access in best interests of child — Whether criterion of child's best interest constitutional — Civil Code of Lower Canada, art. 30.

P. (D.) v. S. (C.), 141.

**INCOME TAX**

1. Loss from business — Taxpayer claiming deductions for business losses arising out of trading in gold futures — Whether losses deductible.

FRIEDBERG v. CANADA, 285.

2. Deductions — Child care expenses — Partner in law firm deducting wages paid to nanny in her income tax returns — Whether child care expenses deductible as business expenses — Income Tax Act, R.S.C. 1952, c. 148, ss. 9(1), 18(1)(a), (h), 63.

SYMES v. CANADA, 695.

**JURISDICTION**

Appellate courts — Pre-trial severance of counts of sexual assault — Three trials to be held depending on whether assault

**JURISDICTION—Concluded**

dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted.

R. V. LITCHFIELD, 333.

---

**MUNICIPAL LAW**

Municipal by-laws — Validity — Municipalities adopting soil removal by-laws incorporating volumetric permit fees — By-laws distinguishing between commercial and non-commercial use — Whether by-laws discriminatory — Whether volumetric permit fees authorized by Municipal Act — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 930(2) — Coquitlam By-law No. 1841, 1988 — Maple Ridge By-law No. 3957-1987.

ALLARD CONTRACTORS LTD. V. COQUITLAM (DISTRICT), 371.

**PRACTICE**

1. Collateral attack — Sexual assault by practising male physician on female patients — Counts severed and divided by judge in chambers before indictment preferred before trial judge — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265 (1)(a), (2), (3)(c), 590(3), 591(3)(a), (4), 645(5), 676(1)(a), 686(4)(a), (b)(i), 693(1)(b).

R. V. LITCHFIELD, 333.

2. Non-suit — Sexual assault by practising male physician on female patients — Counts severed and divided by judge in chambers before indictment preferred before trial judge — Three trials to be held depending on whether assault dealt with genitals, breasts or other areas of body — Trial judge refusing to admit evidence between counts — Application for non-suit granted — Whether this Court had jurisdiction to review pre-trial severance order — If

**PRACTICE—Concluded**

so, whether pre-trial severance order should be set aside — Whether any of the evidence excluded at trial should have been admitted — Whether non-suit should have been granted.

R. V. LITCHFIELD, 333.

---

**PROFESSIONS**

Barristers and solicitors — Negligence — Mortgages — Mortgage to be first charge — Appellant lending institution retaining respondent lawyers to obtain first charge — Although respondents not specifically asked to protect appellant's interest, appellant relying on respondents to ensure mortgage a first charge — Respondents aware of outstanding judgments against mortgagor — Appellant not advised of potential problems arising from existing judgments — No action taken to postpone judgments — Whether or not special relationship existing between appellant and respondents — Whether or not respondents liable for damages flowing from breach of their duty.

GRANVILLE SAVINGS AND MORTGAGE CORP. V. SLEVIN, 279.

---

**TORTS**

1. Maintenance — Religious society carrying cost of action — Common religious action — Whether or not tort of maintenance.

YOUNG V. YOUNG, 3.

2. Negligence — Professions — Mortgages — Mortgage to be first charge — Appellant lending institution retaining respondent lawyers to obtain first charge — Although respondents not specifically asked to protect appellant's interest, appellant relying on respondents to ensure mortgage a first charge — Respondents aware of outstanding judgments against mortgagor — Appellant not advised of potential problems arising from existing judgments — No action taken to postpone judgments — Whether or not special relationship existing between appellant and respondents — Whether or not respondents liable for damages flowing from breach of their duty.

GRANVILLE SAVINGS AND MORTGAGE CORP. V. SLEVIN, 279.





# INDEX

## COMPÉTENCE

Tribunaux d'appel — Séparation avant le procès des chefs d'accusation d'agression sexuelle — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé?

R. C. LITCHFIELD, 333.

## DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Liberté de religion — Liberté d'expression — La Loi sur le divorce prévoit que les ordonnances concernant les enfants ne doivent tenir compte que de «l'intérêt de l'enfant» — Parent ayant le droit d'accès insistant pour donner un enseignement religieux aux enfants — Parent ayant la garde et enfants s'opposant à l'enseignement religieux — Ordonnance de la cour interdisant au parent ayant le droit d'accès de faire participer ses enfants à ses activités religieuses — La restriction du droit d'accès viole-t-elle la liberté de religion? — La restriction du droit d'accès viole-t-elle la liberté d'expression? — Loi sur le divorce, L.R.C. (1985), ch. 3 (2<sup>e</sup> suppl.), art. 16(8), 17(5). — Charte canadienne des droits et libertés, art. 2a), b).

YOUNG C. YOUNG, 3.

2. Charte des droits — Application — Litige en droit de la famille — Ordonnance du tribunal interdisant au parent qui a un droit de visite et de sortie d'endoctriner continuellement son enfant dans la religion des Témoins de Jéhovah et de la faire participer à leurs activités — La Charte canadienne des droits et libertés s'applique-t-elle à l'ordonnance d'un tribunal en matière familiale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 32.

P. (D.) C. S. (C.), 141.

3. Charte des droits — Liberté de religion — Liberté d'expression — Ordonnance du tribunal interdisant au parent qui a un droit de visite et de sortie d'endoctriner continuellement son enfant dans la religion des Témoins de Jéhovah et de la faire participer à leurs activités — Cette ordonnance porte-t-elle atteinte à l'art. 2a) ou b) de la Charte canadienne des droits et libertés?

P. (D.) C. S. (C.), 141.

## DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite

4. Charte des droits — Imprécision — Critère de l'intérêt de l'enfant en droit de la famille — Ce critère est-il discrétionnaire et imprécis au sens de l'article premier ou de l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Code civil du Bas-Canada, art. 30.

P. (D.) C. S. (C.), 141.

5. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Pas de délai déraisonnable — Charte canadienne des droits et libertés, art. 11b).

R. C. NUOSCI, 283.

6. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Consentement de l'intimé à plusieurs ajournements — Consentements équivalant à une renonciation ou imputables à l'intimé.

R. C. BRASSARD, 287.

7. Lois — Validité — Loi québécoise interdisant de transporter hors de la province des documents d'entreprises — Une loi qui prohibe la communication de documents outrepassé-t-elle la compétence de la province du fait qu'elle se rapporte à une matière hors de la province? — Une loi qui prohibe la communication de documents est-elle constitutionnellement inapplicable à des procédures judiciaires dans une autre province? — Loi sur les dossiers d'entreprises, L.R.Q., ch. D-12.

HUNT C. T&N PLC, 289.

8. Lois — Validité — Loi sur les municipalités autorisant l'imposition de droits variables pour les permis d'enlèvement de terre — La disposition en cause outrepassé-t-elle la compétence de la province du fait qu'elle autorise une charge de la nature d'une taxation indirecte? — L'imposition de droits de permis volumétriques est-elle accessoire à un véritable régime de délivrance de permis? — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 930(2) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(9).

ALLARD CONTRACTORS LTD. C. COQUITLAM (DISTRICT), 371.

9. Charte des droits — Justice fondamentale — Procès équitable — Enregistrement magnétoscopique de la déclaration d'une jeune plaignante dans une affaire d'agression sexuelle admis en preuve conformément à l'art. 715.1 du Code criminel — L'article 715.1 viole-t-il l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — L'article 715.1 porte-t-il atteinte aux règles de preuve qui interdisent l'utilisation de la preuve par ouï-dire et des déclarations antérieures compatibles? — Y a-t-il eu violation du droit de

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Suite**

l'accusé de contre-interroger la plaignante? — Le pouvoir discrétionnaire dont dispose le tribunal en vertu de l'art. 715.1 est-il compatible avec les principes de justice fondamentale? — La limite d'âge fixée à l'art. 715.1 est-elle arbitraire? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1.

R. C. L. (D.O.), 419.

10. Charte des droits — Procès équitable — Procès public — Présomption d'innocence — Enregistrement magnétoscopique de la déclaration d'une jeune plaignante dans une affaire d'agression sexuelle admis en preuve conformément à l'art. 715.1 du Code criminel — L'article 715.1 viole-t-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1.

R. C. L. (D.O.), 419.

11. Charte des droits — Justice fondamentale — Procès équitable — Droit de contre-interroger le témoin — Droit de l'accusé d'être vu par le témoin — Accusé inculpé d'avoir touché un jeune garçon à des fins d'ordre sexuel — Jeune plaignant témoignant derrière un écran conformément à l'art. 486(2.1) du Code criminel — L'article 486(2.1) enfreint-il l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486(2.1).

R. C. LEVOGIANNIS, 475.

12. Charte des droits — Procès équitable — Présomption d'innocence — Droit de contre-interroger le témoin — Accusé inculpé d'avoir touché un jeune garçon à des fins d'ordre sexuel — Jeune plaignant témoignant derrière un écran conformément à l'art. 486(2.1) du Code criminel — L'article 486(2.1) enfreint-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486(2.1).

R. C. LEVOGIANNIS, 475.

13. Charte des droits — Présomption d'innocence — Agression sexuelle — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Critère de la «vraisemblance» imposé par l'art. 265(4) du Code criminel comme condition préliminaire à remplir avant de soumettre au jury la question de la croyance erronée — L'article 265(4) enfreint-il l'art. 11d) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(4).

R. C. OSOLIN, 595.

14. Charte des droits — Procès avec jury — Agression sexuelle — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Critère de la «vraisemblance» imposé par l'art. 265(4) du Code criminel comme condition préliminaire à remplir avant de soumettre au jury la question de la croyance erronée — L'article 265(4) enfreint-il l'art. 11f) de la Charte canadienne des droits et libertés? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(4).

R. C. OSOLIN, 595.

**DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin**

15. Charte des droits — Droits à l'égalité — Impôt sur le revenu — Frais de garde d'enfants — Une associée dans un cabinet d'avocats a déduit dans sa déclaration d'impôt sur le revenu le salaire versé à une gardienne d'enfants — Les frais de garde d'enfants sont-ils déductibles à titre de dépense d'entreprise? — Dans la négative, y a-t-il violation des droits à l'égalité? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 15(1).

SYMES C. CANADA, 695.

**DROIT CRIMINEL**

1. Armes — Armes à feu — Une arme à feu est-elle toujours visée par la définition d'«arme» à l'art. 2 du Code criminel? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 2 «arme», 84(1) «arme à feu».

R. C. FELAWKA, 199.

2. Port d'une arme dissimulée — Mens rea — L'accusé est monté à bord d'un moyen de transport public avec une carabine enveloppée dans sa veste au retour d'un après-midi de tir à la cible — L'accusé a dissimulé la carabine parce qu'il était d'avis que ce n'était pas correct de la transporter à découvert — La mens rea de l'infraction de port d'une arme dissimulée est-elle démontrée par la preuve de l'intention de l'accusé de dissimuler l'objet qu'il savait être une arme? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 89.

R. C. FELAWKA, 199.

3. Nuisance — Indignités commises envers des restes humains — Fossoyeur ayant endommagé des cercueils en comblant des fosses — Preuve appuyant la conclusion du juge du procès que le fossoyeur a par sa conduite commis des indignités envers des restes humains.

R. C. MILLS, 277.

4. Agressions sexuelles — Agressions sexuelles perpétrées contre des patientes par un médecin de sexe masculin — Chefs d'accusation séparés et divisés par un juge en chambre avant la présentation de l'acte d'accusation devant le juge du procès — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé?

R. C. LITCHFIELD, 333.

**DROIT CRIMINEL—Suite**

5. Témoignage enregistré sur bande vidéo — Prévenu accusé d'agression sexuelle — Enregistrement magnétoscopique de la déclaration de la jeune plaignante réalisé cinq mois après l'infraction reprochée admis en preuve conformément à l'art. 715.1 du Code criminel — L'enregistrement a-t-il été réalisé dans un délai raisonnable? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 715.1.

R. C. L. (D.O.), 419.

6. Procès — Doute raisonnable — Le juge du procès a-t-il appliqué le bon critère pour apprécier la preuve?

R. C. L. (D.O.), 419.

7. Procès — Rôle du juge — Crainte de partialité — Interrogatoire des témoins — Les interventions du juge du procès ont-elles fait naître une crainte raisonnable de partialité?

R. C. L. (D.O.), 419.

8. Preuve — Règle interdisant les témoignages justificatifs — Contre-interrogatoire de la mère de la plaignante ne constituant pas une preuve justificative inacceptable — Maintien de la déclaration de culpabilité de l'accusé.

R. C. MORAN, 499.

9. Procédure — Preuve — Non-divulgaration — Diligence raisonnable — Déclaration divulguée après la déclaration de culpabilité mais avant le prononcé de la peine — Avocat de la défense n'ayant pas signalé la question au juge du procès dès que possible et n'ayant pas divulgué l'information au cours des procédures de détermination de la peine — Le juge du procès était toujours saisi du procès et avait le pouvoir discrétionnaire de le rouvrir ou de le déclarer nul.

R. C. MCANESPIE, 501.

10. Procédure — Preuve — Nouvelle preuve — Diligence raisonnable — Intimé n'ayant pas satisfait au critère de la diligence raisonnable — Diligence raisonnable à être examinée avec d'autres facteurs — Critère de la diligence raisonnable ne l'emportant pas sur d'autres facteurs — La nouvelle preuve n'aurait pas dû être admise.

R. C. MCANESPIE, 501.

11. Jeunes contrevenants — Preuve — Déclarations — Admissibilité — Déclaration faite en l'absence d'un avocat mais en présence d'un adulte — Seconde déclaration expliquant des aspects de la première déclaration — Avocat consulté après la première déclaration mais avant la seconde — Première déclaration jugée inadmissible — Seconde déclaration admissible — Déclaration de culpabilité fondée sur un échange incriminant survenu au cours de la seconde déclaration — La seconde déclaration est-elle admissible? — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch.

**DROIT CRIMINEL—Suite**

Y-1, art. 3e), g), 11, 56(1), (2)a), b)(i), (ii) — Charte canadienne des droits et libertés, art. 10b), 24(2).

R. C. I. (L.R.) ET T. (E.), 504.

12. Procédure — Présentation d'actes d'accusation — Procès sans jury — Enquête préliminaire — Conclusion du juge de l'enquête préliminaire à l'existence d'une preuve insuffisante pour justifier l'accusation — Juge de l'enquête préliminaire renvoyant l'accusé pour qu'il subisse son procès relativement à une infraction incluse moindre — Présentation par le ministère public d'un acte d'accusation comportant le chef initial nonobstant la conclusion tirée à l'enquête préliminaire — Un poursuivant peut-il présenter un acte d'accusation comportant le chef initial même si le juge de l'enquête préliminaire a renvoyé l'accusé pour qu'il subisse son procès seulement à l'égard d'une infraction incluse moindre? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 267(1)b), 548(1)a), b), (2), 566(1), (2), (3), 568, 574(1)a), b), 576(1), 577a), b), c), d).

R. C. TAPAQUON, 535.

13. Participants à des infractions — Aider et encourager à commettre une infraction — Meurtre ou homicide involontaire — La partie qui aide et encourage à commettre une infraction peut-elle être reconnue coupable d'homicide involontaire en vertu de l'art. 21(1) du Code criminel dans le cas où l'auteur principal est coupable de meurtre? — Mens rea requise pour qu'il y ait déclaration de culpabilité d'homicide involontaire en vertu de l'art. 21(1) du Code — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(1).

R. C. JACKSON, 573.

14. Participants à des infractions — Intention commune — Meurtre ou homicide involontaire — Un participant à la réalisation d'une fin commune illégale peut-il être reconnu coupable d'homicide involontaire en vertu de l'art. 21(2) du Code criminel dans le cas où l'auteur principal est coupable de meurtre? — Mens rea requise pour qu'il y ait déclaration d'homicide involontaire en vertu de l'art. 21(2) du Code — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21(2).

R. C. JACKSON, 573.

15. Participants à des infractions — Directives au jury — Preuve susceptible de justifier une déclaration de culpabilité de meurtre ou d'homicide involontaire — Le juge du procès aurait-il dû dire au jury qu'un participant à une infraction, au sens de l'art. 21(1) ou 21(2) du Code criminel, peut être coupable d'homicide involontaire, même si l'auteur principal est coupable de meurtre? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 21.

R. C. JACKSON, 573.

16. Preuve — Contre-interrogatoire — Agression sexuelle — Dossiers médicaux — Dossiers médicaux de la plaignante présentés en preuve pour la seule fin de déterminer son habilité à témoigner — Note dans les dossiers médicaux indiquant que la plaignante craignait que son attitude et son comportement aient pu influencer l'accusé — Contre-interrogatoire de la plaignante sur

**DROIT CRIMINEL—Fin**

ses dossiers médicaux refusé à l'accusé par le juge du procès pour déterminer «le genre de personne qu'est la plaignante» — Le contre-interrogatoire aurait-il dû être permis aux fins de déterminer s'il y avait des éléments de preuve à l'appui de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement ou de l'allégation de fabrication?

R. C. OSOLIN, 595.

17. Moyens de défense — Défense de croyance sincère mais erronée au consentement — Agression sexuelle — Interprétation de l'art. 265(4) du Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46.

R. C. OSOLIN, 595.

18. Complot — Complot en vue de faire le trafic de stupéfiants — Preuve qui, si elle est acceptée, établit l'existence d'un lien réel et important entre les infractions reprochées et le Canada — Erreur commise par le juge du procès en imposant un verdict d'acquiescement — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 465(3) — Loi sur les stupéfiants, L.R.C. (1985), ch. N-1, art. 2.

R. C. ROWBOTHAM; R. C. ROBLIN, 834.

**DROIT DE LA FAMILLE**

1. Garde — Droit d'accès — Intérêt de l'enfant — Parent ayant le droit d'accès insistant pour donner un enseignement religieux aux enfants — Parent ayant la garde et enfants s'opposant à l'enseignement religieux — Ordonnance de la cour interdisant au parent ayant le droit d'accès de faire participer ses enfants à ses activités religieuses — Portée du critère de l'«intérêt de l'enfant» — L'«intérêt de l'enfant» équivaut-il à l'absence de préjudice? — La restriction du droit d'accès est-elle dans l'intérêt de l'enfant?

YOUNG C. YOUNG, 3.

2. Enfants — Intérêt de l'enfant — Parent ayant le droit d'accès insistant pour donner un enseignement religieux aux enfants — Parent ayant la garde et enfants s'opposant à l'enseignement religieux — Ordonnance de la cour interdisant au parent ayant le droit d'accès de faire participer ses enfants à ses activités religieuses — Portée du critère de l'«intérêt de l'enfant» — L'«intérêt de l'enfant» équivaut-il à l'absence de préjudice? — La restriction du droit d'accès est-elle dans l'intérêt de l'enfant?

YOUNG C. YOUNG, 3.

3. Prestation sous forme de biens et d'argent — Prestation sous forme de capital — Dettes familiales — Principes régissant une nouvelle répartition des biens.

YOUNG C. YOUNG, 3.

4. Droit de garde — Droit de visite et de sortie — Restrictions — Intérêt de l'enfant — Conflit entre les parents relativement à

**DROIT DE LA FAMILLE—Fin**

l'éducation religieuse de leur enfant âgée de trois ans et demi — Ordonnance du tribunal interdisant au parent qui a un droit de visite et de sortie d'endoctriner continuellement son enfant dans la religion des Témoins de Jéhovah et de la faire participer à leurs activités — Le critère de l'intérêt de l'enfant est-il le critère applicable en matière de droit de visite et de sortie? — Les restrictions au droit de visite et de sortie sont-elles dans l'intérêt de l'enfant? — Constitutionnalité du critère de l'intérêt de l'enfant — Code civil du Bas-Canada, art. 30.

P. (D.) C. S. (C.), 141.

**DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ**

Procédure civile — Communication de documents — Demandeur dans une action civile en Colombie-Britannique sollicitant la communication de documents par des défenderesses du Québec — Loi québécoise interdisant de transporter hors de la province des documents d'entreprises — Une loi qui prohibe la communication de documents fournit-elle une «excuse légitime» pour ne pas se conformer à une demande de communication de documents? — Loi sur les dossiers d'entreprises, L.R.Q., ch. D-12 — Rules of Court de la Colombie-Britannique, art. 2(5), 26.

HUNT C. T&N PLC, 289.

**DROIT MUNICIPAL**

Règlements municipaux — Validité — Adoption par des municipalités de règlements sur l'enlèvement de terre prévoyant l'imposition de droits de permis volumétriques — Distinction dans les règlements entre l'utilisation commerciale et l'utilisation non commerciale — Les règlements sont-ils discriminatoires? — Les droits de permis volumétriques sont-ils autorisés par la loi sur les municipalités? — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, ch. 290, art. 930(2) — Coquitlam By-law No. 1841, 1988 — Maple Ridge By-law No. 3957-1987.

ALLARD CONTRACTORS LTD. C. COQUITLAM (DISTRICT), 371.

**EXTRADITION**

Crimes donnant lieu à l'extradition — Fugitif accusé aux États-Unis de l'infraction de «continuing criminal enterprise» — S'agit-il d'un crime donnant lieu à l'extradition?

ÉTATS-UNIS D'AMÉRIQUE C. DOYER, 487.

## IMPÔT SUR LE REVENU

1. Perte d'entreprise — Réclamation par le contribuable de déductions pour les pertes d'entreprise découlant de la négociation de contrats à terme sur l'or — Ces pertes sont-elles déductibles?

FRIEDBERG C. CANADA, 285.

2. Déductions — Frais de garde d'enfants — Une associée dans un cabinet d'avocats a déduit dans sa déclaration d'impôt sur le revenu le salaire versé à une gardienne d'enfants — Les frais de garde d'enfants sont-ils déductibles à titre de dépense d'entreprise? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.R.C. 1952, ch. 148, art. 9(1), 18(1)a), h), 63.

SYMES C. CANADA, 695.

## PRATIQUE

1. Attaque indirecte — Agressions sexuelles perpétrées contre des patientes par un médecin de sexe masculin — Chefs d'accusation séparés et divisés par un juge en chambre avant la présentation de l'acte d'accusation devant le juge du procès — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(1)a), (2), (3)c), 590(3), 591(3)a), (4), 645(5), 676(1)a), 686(4)a), b)(i), 693(1)b).

R. C. LITCHFIELD, 333.

2. Non-lieu — Agressions sexuelles perpétrées contre des patientes par un médecin de sexe masculin — Chefs d'accusation séparés et divisés par un juge en chambre avant la présentation de l'acte d'accusation devant le juge du procès — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé?

R. C. LITCHFIELD, 333.

## PREUVE

1. Témoignage d'expert — Témoignage d'un enfant sur des voies de fait graves — Témoins experts appelés pour corroborer la version des événements du ministère public et de la défense — Témoignage d'un expert sur la question de savoir si l'enfant dit la vérité et sur les effets psychologiques des mauvais traitements — Degré d'habileté à établir dans le cadre d'une enquête sur la capacité de l'enfant de communiquer en vertu de l'art. 16(1)b) de la Loi sur la preuve au Canada — La mise en garde du juge du procès quant aux faiblesses du témoignage de l'enfant était-elle suffisante? — Le témoignage d'opinion qui excède le domaine d'expertise d'un expert qualifié est-il admissible? — Les commentaires d'un expert sur la crédibilité d'un enfant sont-ils pertinents? — Nature de l'interrogatoire des témoins experts — Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 245.2(1) — Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 16(1)b), (3).

R. C. MARQUARD, 223.

2. Agressions sexuelles perpétrées contre des patientes par un médecin de sexe masculin — Chefs d'accusation séparés et divisés par un juge en chambre avant la présentation de l'acte d'accusation devant le juge du procès — Trois procès devaient être tenus selon que l'agression portait sur les organes génitaux, les seins ou d'autres parties du corps — Refus du juge du procès d'admettre des éléments de preuve touchant les autres chefs d'accusation — Requête en non-lieu accordée — Notre Cour avait-elle compétence pour examiner l'ordonnance de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès? — Dans l'affirmative, y a-t-il lieu d'annuler l'ordonnance de séparation rendue avant le procès? — Y aurait-il eu lieu d'admettre l'un ou l'autre des témoignages écartés au procès? — Le non-lieu aurait-il dû être accordé?

R. C. LITCHFIELD, 333.

3. Droit criminel — Jeunes contrevenants — Déclarations — Admissibilité — Déclaration faite en l'absence d'un avocat mais en présence d'un adulte — Seconde déclaration expliquant des aspects de la première déclaration — Avocat consulté après la première déclaration mais avant la seconde — Première déclaration jugée inadmissible — Seconde déclaration admissible — Déclaration de culpabilité fondée sur un échange incriminant survenu au cours de la seconde déclaration — La seconde déclaration est-elle admissible?

R. C. I. (L.R.) ET T. (E.), 504.

## PROFESSIONS

Avocats et procureurs — Négligence — Hypothèques — Hypothèque devant constituer une charge de premier rang — Établissement de crédit appelant retenan les services des avocats intimés en vue d'obtenir une charge de premier rang — Même si on n'a pas demandé expressément aux intimés de protéger les intérêts de l'appelante, cette dernière comptait sur eux pour assurer que l'hypothèque serait une charge de premier rang — Intimés connaissant l'existence de jugements pendants contre le débiteur

**PROFESSIONS—Fin**

hypothécaire — Appelante non avisée des problèmes que pourraient poser des jugements déjà prononcés — Aucune mesure prise en vue de reporter les jugements — Y avait-il un rapport spécial entre l'appelante et les intimés? — Les intimés étaient-ils responsables des dommages résultant du manquement à leur obligation?

GRANVILLE SAVINGS AND MORTGAGE CORP. C. SLEVIN, 279.

**RESPONSABILITÉ DÉLICTEUELLE**

1. Pension alimentaire — Société religieuse supportant les frais de l'action — Action religieuse commune — Y a-t-il eu soutien délictueux?

YOUNG C. YOUNG, 3.

2. Négligence — Professions — Hypothèques — Hypothèque devant constituer une charge de premier rang — Établissement de crédit appelant retenant les services des avocats intimés en vue d'obtenir une charge de premier rang — Même si on n'a pas demandé expressément aux intimés de protéger les intérêts de l'appelante, cette dernière comptait sur eux pour assurer que l'hypothèque serait une charge de premier rang — Intimés connaissant l'existence de jugements pendants contre le débiteur hypothécaire — Appelante non avisée des problèmes que pourraient poser des jugements déjà prononcés — Aucune mesure prise en vue de reporter les jugements — Y avait-il un rapport spécial entre l'appelante et les intimés? — Les intimés étaient-ils responsables des dommages résultant du manquement à leur obligation?

GRANVILLE SAVINGS AND MORTGAGE CORP. C. SLEVIN, 279.

**TRIBUNAUX**

1. Dépens — Principes régissant l'attribution des dépens comme entre procureur et client.

YOUNG C. YOUNG, 3.

2. Compétence — Cours supérieures — Refus des tribunaux de la Colombie-Britannique de statuer sur la constitutionnalité d'une loi québécoise — Les tribunaux de la Colombie-Britannique avaient-ils compétence pour statuer sur une question constitutionnelle?

HUNT C. T&N PLC, 289.

3. Compétence — Cour suprême du Canada — Refus des tribunaux de la Colombie-Britannique de statuer sur la constitutionnalité d'une loi québécoise — Les tribunaux de la Colombie-Britannique avaient-ils compétence pour statuer sur une question constitutionnelle? — La compétence de la Cour suprême du Canada est-elle limitée aux pouvoirs et aux procédures des tribunaux dont les décisions sont portées en appel? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 45.

HUNT C. T&N PLC, 289.



*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