



**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Part 1, 1995 Vol. 4

1^{er} cahier, 1995 Vol. 4

Cited as [1995] 4 S.C.R. 3-200

Renvoi [1995] 4 R.C.S. 3-200

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1996.

CONTENTS

Blair v. Consolidated Enfield Corp...... 5

Company law — Corporations — Directors and officers — Indemnity — Election of directors — Validity of proxies — President of corporation chairing annual shareholders' meeting — President ruling that certain proxies could be used to vote only in favour of management slate of directors — Court overturning ruling and awarding costs against president and corporation — Whether president entitled to be indemnified by corporation for costs — Ontario Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 136(1).

Fire v. Longtin 3

Property law — Real property — Registry system — Chains of title — Conveyancing — Need to establish good root of title only within prior forty years.

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

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

SOMMAIRE

Blair c. Consolidated Enfield Corp...... 5

Droit des compagnies — Sociétés — Administrateurs et dirigeants — Indemnisation — Élection d'administrateurs — Validité des procurations — Présidence de l'assemblée annuelle des actionnaires assumée par le président de la société — Décision du président que certaines procurations ne pourront être utilisées que pour voter en faveur des candidats de la direction — Tribunal renversant cette décision et condamnant le président et la société à payer des dépens — Le président a-t-il droit à l'indemnisation de frais par la société? — Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 136(1).

Fire c. Longtin 3

Droit des biens — Biens immeubles — Régime d'enregistrement — Chaîne de titres — Cession — Obligation d'établir la chaîne de titres uniquement pour les quarante années précédant l'aliénation.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Fitzpatrick 154

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Fishermen required by statute to provide hail reports and fishing logs indicating estimated poundage of catch by species and date, time and location of catch — Fisherman charged with overfishing — Whether admission in evidence of hail report and fishing logs infringes fisherman's right against self-incrimination under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. Fleurant 47

Criminal law — Trial — Evidence — Accused convicted of sexual assault at trial but acquitted on appeal — Error by Court of Appeal — Conviction restored.

R. v. Jorgensen 55

Criminal law — Obscenity — Selling obscene material — Mens rea — Accused charged with "knowingly" selling obscene material without lawful justification or excuse — Interpretation of "knowingly" — Whether s. 163(2) of Criminal Code requires that retailer have knowledge of specific acts which make material obscene in law — Whether sufficient for Crown to show that retailer had general knowledge that materials deal with exploitation of sex — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163(2), (8).

Criminal law — Obscenity — Selling obscene material — Effect of provincial film board approval — Accused charged with knowingly selling obscene material "without lawful justification or excuse" — Whether provincial film board approval of obscene material negates mens rea of offence — Whether film board approval provides legal justification or excuse — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163(2), (8).

R. v. K. (B.) 186

Criminal law — Contempt of court — Summary process — Appellant subpoenaed as Crown witness at preliminary inquiry — Appellant insolent and abusive toward presiding judge while refusing to be sworn — Appellant convicted of contempt of court *instanter* — Whether circumstances of demonstrable necessity justified preliminary inquiry judge's decision to convict and sentence appellant without a hearing and without providing reasonable opportunity to retain and consult counsel.

R. v. Livermore 123

Criminal law — Sexual assault — Defences — Consent — Honest but mistaken belief in consent — Accused acquitted of sexual assault — Whether trial judge erring in reviewing complainant's lack of consent — Whether trial judge failing to instruct jury that prior inconsistent statements not adopted by witness do not constitute evidence — Whether trial judge mischaracterizing medical evidence — Whether trial judge erring in leaving defence of honest but mistaken belief in consent with jury — Whether new trial should be ordered.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

R. c. Fitzpatrick 154

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Pêcheurs légalement tenus de fournir des rapports radio et des journaux de bord indiquant le poids estimatif des prises de chaque espèce de poisson, ainsi que la date, l'heure et l'emplacement des prises — Pêcheur accusé de surpêche — L'utilisation en preuve du rapport radio et des journaux de bord viole-t-elle le droit du pêcheur à la protection contre l'auto-incrimination garanti par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. c. Fleurant 47

Droit criminel — Procès — Preuve — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle au procès mais acquitté en appel — Erreur de la Cour d'appel — Déclaration de culpabilité rétablie.

R. c. Jorgensen 55

Droit criminel — Obscénité — Vente de matériel obscène — Mens rea — Accusés inculpés d'avoir «sciemment» vendu du matériel obscène sans justification ni excuse légitime — Interprétation du terme «sciemment» — L'article 163(2) du Code criminel exige-t-il que le détaillant soit au courant des actes spécifiques qui rendent le matériel obscène en droit? — Est-il suffisant pour le ministère public de démontrer que le détaillant savait d'une manière générale que le matériel traitait de l'exploitation des choses sexuelles? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163(2), (8).

Droit criminel — Obscénité — Vente de matériel obscène — Effet de l'approbation par une commission de contrôle cinématographique provinciale — Accusés inculpés d'avoir sciemment vendu du matériel obscène «sans justification ni excuse légitime» — L'approbation par une commission de contrôle cinématographique provinciale du matériel obscène annule-t-elle la mens rea relative à l'infraction? — L'approbation par une commission de contrôle cinématographique constitue-t-elle une justification ou excuse légitime? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163(2), (8).

R. c. K. (B.) 186

Droit criminel — Outrage au tribunal — Procédure sommaire — Appellant assigné à comparaître comme témoin du ministère public à une enquête préliminaire — Appellant grossier et insolent envers le juge président l'enquête préliminaire et refusant d'être assermenté — Appellant déclaré coupable d'outrage au tribunal séance tenante — Existait-il une situation de nécessité justifiant le juge président l'enquête préliminaire de déclarer l'appellant coupable d'outrage au tribunal et de lui infliger une peine, sans tenir d'audience et sans lui accorder une possibilité raisonnable de retenir les services d'un avocat?

R. c. Livermore 123

Droit criminel — Agression sexuelle — Moyens de défense — Consentement — Croyance sincère mais erronée au consente-

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

R. v. Marc..... 50

Criminal law — Trial — Charge to jury — Accused convicted of second degree murder — No error in charge to jury — Conviction upheld.

R. v. Mathieu..... 46

Criminal law — Trial — Evidence — Accused convicted of sexual touching — Court of Appeal not erring in allowing accused's appeal and ordering new trial.

R. v. Munroe..... 53

Criminal law — Trial — Jury address by Crown counsel inflammatory — Trial judge's directions to jury adequate to prevent unfair trial.

R. v. Patriquen..... 42

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Evidence — Whether or not admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. v. Polo..... 44

Criminal law — Trial — Evidence — Accused convicted of sexual assault and sexual touching — Court of Appeal not erring in allowing accused's appeal and quashing conviction.

R. v. Rogalsky..... 48

Constitutional law — Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Trial judge entering stay of proceedings on account of delay — Court of Appeal properly finding delay not unreasonable and setting stay aside.

R. v. W. (A.)..... 51

Criminal law — Trial — Procedure — Evidence — Trial judge intervening extensively in examination of witnesses — Whether or not inadmissible expressions of opinion sufficiently prejudicial to render trial unfair.

SOMMAIRE (Fin)

ment — Accusé acquitté d'agression sexuelle — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son examen du non-consentement de la plaignante? — Le juge du procès a-t-il omis de dire au jury que des déclarations antérieures incompatibles non confirmées par le témoin ne constituent pas une preuve? — Le juge du procès a-t-il mal qualifié la preuve médicale? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en soumettant à l'appréciation du jury la défense de croyance sincère mais erronée au consentement? — Y a-t-il lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès?

R. c. Marc..... 50

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré — Aucune erreur dans les directives au jury — Déclaration de culpabilité maintenue.

R. c. Mathieu..... 46

Droit criminel — Procès — Preuve — Accusé reconnu coupable de contacts sexuels — Aucune erreur commise par la Cour d'appel en accueillant l'appel de l'accusé et en ordonnant la tenue d'un nouveau procès.

R. c. Munroe..... 53

Droit criminel — Procès — Exposé incendiaire du substitut du procureur général au jury — Directives du juge du procès au jury suffisantes pour empêcher la tenue d'un procès inéquitable.

R. c. Patriquen..... 42

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Preuve — L'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. c. Polo..... 44

Droit criminel — Procès — Preuve — Accusé reconnu coupable d'agressions sexuelles et de contacts sexuels — Aucune erreur commise par la Cour d'appel en accueillant l'appel de l'accusé et en annulant la déclaration de culpabilité.

R. c. Rogalsky..... 48

Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Arrêt des procédures prononcé par le juge du procès en raison du délai — Délai non jugé déraisonnable à bon droit et annulation de l'arrêt des procédures par la Cour d'appel.

R. c. W. (A.)..... 51

Droit criminel — Procès — Procédure — Preuve — Intervention importante du juge du procès dans l'interrogatoire des témoins — Des opinions inadmissibles exprimées sont-elles suffisantes pour rendre le procès inéquitable?

**Canada
Supreme Court
Reports**

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

Volume 4, 1995

4^e volume, 1995

Philip Keith Fire, Cathy Fran Fire and Samuel Fire *Appellants*

v.

Georges-André Longtin and Gloria G. Longtin *Respondents*

and

The Canadian Bar Association — Ontario *Intervener*

INDEXED AS: FIRE v. LONGTIN

File No.: 24148.

1995: October 4; 1995: October 19.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Property law — Real property — Registry system — Chains of title — Conveyancing — Need to establish good root of title only within prior forty years.

Owing to a surveying error, the respondents' predecessors in title were registered as owners of a five-foot strip of land, being part of the appellant's claim in fee simple that had been registered in 1941. The respondents, who purchased the property that included the land in issue in 1983, claim title on the basis that the *Registry Act* requires title searches to go back only forty years. This allowed them to rely on their predecessors' registered title during that period and ignore the appellants' registered claim that fell outside that period. The trial judge held that the *Registry Act* could not have such an effect and that the appellants had not lost their title; this judgment was reversed on appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The appeal was dismissed for the unanimous reasons of the Court of Appeal which were adopted in their entirety.

Philip Keith Fire, Cathy Fran Fire et Samuel Fire *Appellants*

c.

Georges-André Longtin et Gloria G. Longtin *Intimés*

et

L'Association du Barreau canadien — Ontario *Intervenante*

RÉPERTORIÉ: FIRE c. LONGTIN

N° du greffe: 24148.

1995: 4 octobre; 1995: 19 octobre.

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

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

Droit des biens — Biens immeubles — Régime d'enregistrement — Chaîne de titres — Cession — Obligation d'établir la chaîne de titres uniquement pour les quarante années précédant l'aliénation.

En raison d'une erreur d'arpentage, les personnes qui détenaient le titre avant les intimés étaient enregistrées en tant que propriétaires d'une bande de terrain de cinq pieds visée par la réclamation relative au titre en fief simple enregistrée par les appelants en 1941. Les intimés, qui ont, en 1983, acheté l'unité foncière comprenant le bien-fonds en litige, en réclame le titre en s'appuyant sur la disposition de la *Loi sur l'enregistrement des actes* qui limite la recherche de titres aux quarante années qui précèdent l'aliénation. Cela leur permet d'invoquer le titre enregistré de leurs prédécesseurs et de ne pas tenir compte de la réclamation des appelants, qui n'a pas été enregistrée dans la période de quarante ans en cause. Le juge de première instance a conclu que la *Loi sur l'enregistrement des actes* ne pouvait pas produire un tel effet et que les appelants n'avaient pas perdu leur titre. Cette décision a été infirmée en appel.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le pourvoi est rejeté pour les motifs unanimes de la Cour d'appel, que notre Cour a adoptés dans leur ensemble.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 17 O.R. (3d) 418, 70 O.A.C. 226, 112 D.L.R. (4th) 34, 38 R.P.R. (2d) 1, allowing an appeal from a judgment of MacLeod J. Appeal dismissed.

Michael C. Birley and Christine M. Silversides, for the appellants.

Roger Mills and David C. Thompson, Q.C., for the respondents.

Gerald L. R. Ranking, W. Kirk Russell and Douglas J. Los, for the intervener.

The following is the judgment delivered by

¹ THE COURT — We adopt in their entirety the reasons for judgment delivered by McKinlay J.A. speaking for a unanimous Court of Appeal (1994), 17 O.R. (3d) 418. Accordingly, the appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Shibley, Righton, Toronto.

Solicitors for the respondents: Bell, Baker, Ottawa.

Solicitors for the intervener: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 17 O.R. (3d) 418, 70 O.A.C. 226, 112 D.L.R. (4th) 34, 38 R.P.R. (2d) 1, qui a accueilli l'appel de la décision du juge MacLeod. Pourvoi rejeté.

Michael C. Birley et Christine M. Silversides, pour les appelants.

Roger Mills et David C. Thompson, c.r., pour les intimés.

Gerald L. R. Ranking, W. Kirk Russell et Douglas J. Los, pour l'intervenante.

Version française du jugement rendu par

LA COUR — Nous faisons nôtres l'ensemble des motifs du juge McKinlay, qui exprimait alors la décision unanime de la Cour d'appel (1994), 17 O.R. (3d) 418. En conséquence, le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Shibley, Righton, Toronto.

Procureurs des intimés: Bell, Baker, Ottawa.

Procureurs de l'intervenante: Fasken, Campbell, Godfrey, Toronto.

Consolidated Enfield Corporation *Appellant*

v.

Michael F. Blair *Respondent*

INDEXED AS: BLAIR v. CONSOLIDATED ENFIELD CORP.

File No.: 23887.

Hearing and judgment: March 21, 1995.

Reasons delivered: October 19, 1995.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Company law — Corporations — Directors and officers — Indemnity — Election of directors — Validity of proxies — President of corporation chairing annual shareholders' meeting — President ruling that certain proxies could be used to vote only in favour of management slate of directors — Court overturning ruling and awarding costs against president and corporation — Whether president entitled to be indemnified by corporation for costs — Ontario Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 136(1).

The respondent was the president and a director of the appellant corporation, which was plagued with infighting between him and another shareholder ("Canadian Express"). The respondent, as president of the corporation, was obliged under the by-laws to act as chairman of the annual shareholders' meeting, at which the new board of directors was to be elected. A management information circular had been issued in which 11 candidates were proposed for the 11 director positions. The respondent was part of this slate, which divided 6-5 in favour of his "camp" over Canadian Express's group. Although the Board had agreed on these candidates, at the shareholders' meeting Canadian Express nominated a surprise 12th candidate from the floor, thereby requiring a more formal election. The surprise candidate was elected, replacing the respondent. The night before the meeting, however, the respondent had been advised by corporate counsel that the proxies of Canadian Express and its supporters which had been deposited that day could be used to vote only in favour of the management slate since no specifications had been made thereon to

Consolidated Enfield Corporation *Appelante*

c.

Michael F. Blair *Intimé*

RÉPERTORIÉ: BLAIR c. CONSOLIDATED ENFIELD CORP.

N° du greffe: 23887.

Audition et jugement: 21 mars 1995.

Motifs déposés: 19 octobre 1995.

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

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

Droit des compagnies — Sociétés — Administrateurs et dirigeants — Indemnisation — Élection d'administrateurs — Validité des procurations — Présidence de l'assemblée annuelle des actionnaires assumée par le président de la société — Décision du président que certaines procurations ne pourront être utilisées que pour voter en faveur des candidats de la direction — Tribunal renversant cette décision et condamnant le président et la société à payer des dépens — Le président a-t-il droit à l'indemnisation de frais par la société? — Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 136(1).

L'intimé était président et administrateur de la société appelante, affectée par une querelle intestine entre l'intimé et un autre actionnaire («Canadian Express»). L'intimé, en sa qualité de président de la société, devait, en vertu des règlements administratifs, présider l'assemblée annuelle des actionnaires, au cours de laquelle un nouveau conseil d'administration devait être élu. La direction de la société avait distribué une circulaire d'information dans laquelle 11 candidats étaient proposés pour les 11 postes d'administrateur. L'intimé faisait partie de cette liste qui comptait six candidats du «camp» de Blair et cinq du groupe Canadian Express. Même si les membres du conseil d'administration s'étaient mis d'accord sur ces candidats, lors de l'assemblée des actionnaires, Canadian Express a proposé inopinément un douzième candidat qui se trouvait dans l'assistance, exigeant de ce fait la tenue d'une élection plus formelle. Ce candidat inopiné a été élu et a remplacé l'intimé. Toutefois, la veille de l'assemblée, les avocats de la société avaient informé l'intimé que les procurations déposées ce jour-là par Canadian Express et ses parti-

indicate otherwise. After the voting had taken place, the respondent once again solicited corporate counsel's advice on what he should do with the proxy votes. Following counsel's advice that the proxy votes in favour of the surprise candidate were invalid, the respondent declared that that candidate had received no votes and that the 11 candidates in the management circular had been elected. He refused to entertain any discussion of the decision. The respondent then convened another shareholders' meeting, for the purpose of settling the outstanding voting issues. The provincial Supreme Court found that the respondent's ruling with respect to the proxies was wrong in law and that he was in breach of his fiduciary duties. This decision was upheld on appeal. The respondent's application for an order that he be indemnified by the corporation for the legal costs incurred in defending his corporate acts was dismissed on the ground that his conduct had not been in the best interests of the company and was therefore outside the scope of the right to indemnification provided for in s. 136(1) of the Ontario *Business Corporations Act*. The Court of Appeal set aside this decision and permitted the respondent to be indemnified for all proceedings, except the appeal of the decision regarding the validity of the impugned proxies.

Held: The appeal should be dismissed.

Section 136(1) and the corporation's by-law which closely resembles it specify three conditions that the director or officer must fulfil in order to receive indemnification for the costs of defending litigation: (1) the person must have been made a party to the litigation by reason of being a director or an officer of the corporation; (2) the costs must have been reasonably incurred; and (3) the person must have acted honestly and in good faith with a view to promoting the best interests of the corporation. There is no reason to disturb the findings of the Court of Appeal that the expenses were reasonably incurred: (a) corporate counsel were retained in the annual meeting litigation to act for both the corporation and the respondent, in his capacity as chairman of the meeting; (b) the corporation's board reviewed the issue of whether it should have separate counsel from the respondent and determined that there were no grounds for taking such action; (c) the respondent added nothing to the costs of the litigation arising out of the shareholders' annual meeting; and (d) the respondent's conduct following the shareholders' meeting, in requisitioning

sans ne pourraient être utilisées que pour voter en faveur des candidats de la direction, étant donné qu'aucune indication de voter autrement n'y figurait. Après le vote, l'intimé a demandé, une fois de plus, aux avocats de la société des conseils sur ce qu'il devrait faire des votes par procuration. À la suite des conseils des avocats selon lesquels les votes par procuration en faveur du candidat inopiné étaient invalides, l'intimé a déclaré que ce dernier n'avait obtenu aucun vote et que les 11 candidats nommés dans la circulaire de la direction avaient été élus. Il s'est refusé à toute discussion de sa décision. L'intimé a alors convoqué une autre assemblée des actionnaires dans le but de régler les questions pendantes du scrutin. La Cour suprême de la province a conclu que la décision de l'intimé, relativement aux procurations, constituait une erreur de droit et qu'il avait manqué à ses obligations fiduciaires. La décision de la Cour suprême de la province a été maintenue en appel. La demande de l'intimé visant à obtenir une ordonnance enjoignant à la société de l'indemniser des frais de justice engagés pour défendre les actes qu'il avait accomplis à titre de président de la société a été rejetée pour le motif que sa conduite n'avait pas été au mieux des intérêts de la société, et qu'elle n'était donc pas visée par le droit à l'indemnisation prévu au par. 136(1) de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario. La Cour d'appel a annulé cette décision et a permis à l'intimé d'être indemnisé relativement à toutes les procédures, à l'exception de l'appel de la décision portant sur la validité des procurations contestées.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le paragraphe 136(1) et le règlement administratif de la société, qui lui ressemble beaucoup, énoncent trois conditions que l'administrateur ou le dirigeant doit remplir pour se faire indemniser des frais engagés pour se défendre lors d'un litige: (1) la personne doit avoir été constituée partie au litige en raison de son poste d'administrateur ou de dirigeant de la société, (2) les frais engagés doivent être raisonnables, et (3) la personne doit avoir agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle les frais engagés sont raisonnables: a) les services des avocats de la société ont été retenus, dans le cadre du litige relatif à l'assemblée annuelle, pour représenter à la fois la société et l'intimé, en sa qualité de président de l'assemblée, b) le conseil d'administration de la société s'est demandé s'il devait avoir recours à des avocats différents de ceux de l'intimé, et il a décidé que rien ne justifiait de le faire, c) l'intimé n'a rien ajouté aux frais du litige découlant de l'assemblée annuelle des actionnaires, et d) la conduite que l'intimé a adoptée, à la suite

another shareholders' meeting for the purpose of electing directors, was consistent with his protestations throughout that he had no interest in leading the company if voted out by a majority of informed shareholders. The respondent is involved in this litigation in his capacity as director/chairman of the corporation, not in his personal capacity. Canadian Express's application directly involved the corporation's reputation and the integrity of its voting procedures; moreover, the respondent's participation in the impugned proceedings flows entirely from his role as chairman of the meeting, not from his status as a shareholder.

The respondent has also satisfied the good faith requirement contained in s. 136(1). Persons are assumed to act in good faith unless proven otherwise. The best interests of the corporation in this appeal centre solely on the maintenance of the integrity and propriety of the voting procedure. The duty of a chairman is one of honesty and fairness to all individual interests and is directed generally toward the best interests of the company. The fact that a chairman has an interest in the outcome of a decision does not impugn the integrity of the process because of the mere appearance of bias. It is the corporation's shareholders who concluded that it is to be the president of the company (who is allowed to be a director) — a person who invariably is interested in every matter discussed at the shareholders' meetings — who is to act as chairman. In this respect, there is no unacceptable appearance of bias because it was never contemplated that the chairman was to be someone who would appear to be totally disinterested in the first place. Although a chairman has an obligation to promote administrative fairness, this is necessarily tempered with the need to control and organize a meeting so as to ensure that it proceeds effectively. In closing debate on the proxy issue, the respondent was, based on corporate counsel's instructions, fulfilling his responsibility as chairman to see that the shareholders' instructions as set out in the proxies were followed. Further, allowing the meeting to devolve into a shouting match between two rival camps debating a complex and unsettled area of corporations law could hardly be seen as enhancing the validity and integrity of the corporation's voting procedure. The fact that the respondent made the impugned ruling with the *bona fide* intent that the corporation have a lawfully elected board of directors constitutes evidence that he acted honestly and in good

de l'assemblée des actionnaires, en demandant qu'une autre assemblée des actionnaires soit tenue dans le but d'élire les administrateurs, était conforme à ses protestations répétées selon lesquelles il n'avait aucun intérêt à diriger la société s'il n'était pas réélu par une majorité d'actionnaires bien informés. L'intimé participe au présent litige en sa qualité d'administrateur et de président d'assemblée de la société, et non à titre personnel. La demande de Canadian Express concernait directement la réputation de la société et l'intégrité de ses procédures de scrutin; de plus, la participation de l'intimé aux procédures contestées découle entièrement de son rôle de président de l'assemblée, et non de son statut d'actionnaire.

L'intimé a aussi satisfait à l'exigence de bonne foi du par. 136(1). En l'absence de preuve contraire, on présume que les gens agissent de bonne foi. En l'espèce, c'est le maintien de l'à-propos et de l'intégrité de la procédure de scrutin qui est au mieux des intérêts de la société. Le président d'une assemblée est tenu d'agir de façon intègre et équitable envers tous les intéressés individuellement et, en général, au mieux des intérêts de la société. Le fait que le président d'une assemblée ait un intérêt dans le résultat d'une décision ne compromet pas l'intégrité du processus simplement en raison de l'apparence de partialité. Ce sont les actionnaires de la société qui ont conclu qu'il appartenait au président de la société (qui peut être un administrateur) — une personne qui a inmanquablement un intérêt dans toutes les questions débattues aux assemblées d'actionnaires — de présider leurs assemblées. À cet égard, il n'y a aucune apparence inacceptable de partialité, parce qu'au départ on n'a jamais prévu que le président devrait être quelqu'un qui paraîtrait complètement désintéressé. Bien que le président d'une assemblée soit tenu de promouvoir l'équité administrative, cela est nécessairement tempéré par le besoin de contrôler et d'organiser une assemblée de manière à ce qu'elle se déroule efficacement. En mettant fin au débat sur la question des procurations, l'intimé se trouvait, compte tenu des directives des avocats de la société, à s'acquitter de la responsabilité, qui lui incombait à titre de président de l'assemblée, de veiller à ce que les instructions données par les actionnaires dans les procurations soient suivies. De plus, permettre à l'assemblée de dégénérer en un affrontement verbal entre deux camps rivaux qui débattent un sujet complexe et incertain du droit des sociétés, pourrait difficilement être considéré comme rehaussant la validité et l'intégrité de la procédure de scrutin de la société. Le fait que l'intimé a pris de bonne foi la décision contestée, afin que la société ait un conseil d'administration légalement élu, prouve qu'il a agi avec inté-

faith and with a view to the best interests of the corporation for the purposes of s. 136(1).

While mere *de facto* reliance on legal advice will not guarantee indemnification, reliance that is reasonable and in good faith will establish that a director or officer acted honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation. The respondent's reliance on corporate counsel's advice in this case was both reasonable and in good faith. In deciding not to reject the advice of counsel, the respondent in fact fulfilled his fiduciary duty. The advice given would, to a layperson in the respondent's circumstances (and with his business experience), have been ostensibly credible.

By following the instructions on the proxies and then requisitioning a new shareholders' meeting, the respondent gave all shareholders an opportunity to make a fully informed decision regarding the election of the directors, thereby promoting the integrity of the corporation's voting procedures. Canadian Express suffered no prejudice in respect of its voting rights in that it had the opportunity to nominate and support its surprise candidate at the new meeting or pursue legal action against the corporation. Instead of waiting for the newly requisitioned meeting (at which it could have ensured that its proxies were filled out in accordance with corporate counsel's instructions), Canadian Express took the far more circuitous route of obtaining its candidate's election through the court system, with the hope of transferring the costs thereof onto the respondent.

Permitting the respondent to be indemnified is consonant with the broad policy goals underlying indemnity provisions; these allow for reimbursement for reasonable good faith behaviour, thereby discouraging the hindsight application of perfection. Indemnification is geared to encourage responsible behaviour yet still permit enough leeway to attract strong candidates to directorships and consequently foster entrepreneurship. It is for this reason that indemnification should only be denied in cases of *mala fides*.

Cases Cited

Not followed: *Re Bomac Batten Ltd. and Pozhke* (1983), 43 O.R. (2d) 344; **referred to:** *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537; *Alcyon*

grité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société, conformément au par. 136(1).

Bien que le simple fait que l'on s'en soit remis à des conseils juridiques ne garantisse pas l'indemnisation, le fait qu'un administrateur ou un dirigeant s'en soit remis raisonnablement et de bonne foi à ces conseils établira qu'il a agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société. En l'espèce, l'intimé s'en est remis raisonnablement et de bonne foi aux conseils des avocats de la société. En décidant de ne pas rejeter les conseils des avocats, l'intimé a, en fait, rempli son obligation fiduciaire. Les conseils donnés auraient été manifestement crédibles pour une personne non juriste placée dans la situation de l'intimé (et possédant son expérience des affaires).

En suivant les instructions contenues dans les procurations et en demandant qu'une nouvelle assemblée des actionnaires soit convoquée, l'intimé a donné à tous les actionnaires la possibilité de prendre une décision parfaitement éclairée au sujet de l'élection des administrateurs, et a préservé de ce fait l'intégrité des procédures de scrutin de la société. Canadian Express n'a subi aucun préjudice quant à ses droits de vote, étant donné qu'elle avait la possibilité de nommer et d'appuyer son candidat inopiné lors de la nouvelle assemblée, ou d'intenter une action en justice contre la société. Au lieu d'attendre la tenue de la nouvelle assemblée demandée (à laquelle elle aurait pu s'assurer que ses procurations seraient exécutées conformément aux directives des avocats de la société), Canadian Express a emprunté la voie beaucoup plus sinueuse des procédures judiciaires pour obtenir l'élection de son candidat, en espérant que l'intimé en assumerait les frais.

Permettre à l'intimé d'être indemnisé est conforme aux objectifs de principe généraux qui sous-tendent les dispositions en matière d'indemnisation; celles-ci permettent le remboursement dans les cas de conduite raisonnable et de bonne foi, décourageant ainsi l'application après coup de normes de perfection. L'indemnisation vise à encourager la conduite responsable, mais laisse tout de même assez de latitude pour attirer des candidats solides aux postes d'administrateurs, et favorise donc l'esprit d'entreprise. C'est pour cette raison que l'indemnisation ne devrait être refusée que dans les cas de mauvaise foi.

Jurisprudence

Arrêt non suivi: *Re Bomac Batten Ltd. and Pozhke* (1983), 43 O.R. (2d) 344; **arrêts mentionnés:** *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537;

Shipping Co. v. O'Krane, [1961] S.C.R. 299; *Walters v. Essex County Board of Education*, [1974] S.C.R. 481; *Gray v. Yellowknife Gold Mines Ltd.*, [1946] O.W.N. 938; *Johnson v. Hall* (1957), 10 D.L.R. (2d) 243; *Re United Canso Oil & Gas Ltd.* (1980), 12 B.L.R. 130; *Byng v. London Life Association Ltd.* (1988), 42 B.L.R. 280; *National Dwellings Society v. Sykes*, [1894] 3 Ch. 159; *Cohen-Herrendorf v. Army & Navy Department Store Holdings Ltd.* (1986), 55 Sask. R. 134; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Exco Corp. v. Nova Scotia Savings & Loan Co.* (1987), 35 B.L.R. 149; *Bathgate v. National Hockey League Pension Society* (1994), 16 O.R. (3d) 761, leave to appeal refused, [1994] 2 S.C.R. viii; *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*, [1984] 1 S.C.R. 509; *Re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] 1 Ch. 407, aff'd [1925] Ch. 500 (C.A.).

Statutes and Regulations Cited

Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16, ss. 107, 134(1), 135(4), 136(1).
Business Corporations Act, R.S.S. 1978, c. B-10, s. 119.
Business Corporations Act, S.A. 1981, c. B-15, s. 119.
Canada Business Corporations Act, R.S.C., 1985, c. C-44, s. 124.
Company Act, R.S.B.C. 1979, c. 59, s. 152.
Corporations Act, R.S.M. 1987, c. C225, s. 119.
Corporations Act, R.S.N. 1990, c. C-36, s. 205.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, r. 5, 51.
Securities Act, R.S.O. 1980, c. 466.

Authors Cited

Daniels, Ronald J., and Susan M. Hutton. "The Capricious Cushion: The Implications of the Directors' and Officers' Insurance Liability Crisis on Canadian Corporate Governance" (1993), 22 *Can. Bus. L.J.* 182.
 Ziegel, Jacob S., et al. *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1994.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1993), 15 O.R. (3d) 783, 106 D.L.R. (4th) 193, 66 O.A.C. 121, 12 B.L.R. (2d) 303, reversing a decision of Carruthers J., [1992] O.J. No. 2291 (QL), dismissing the respondent's application for indemnification. Appeal dismissed.

Alcyon Shipping Co. c. O'Krane, [1961] R.C.S. 299; *Walters c. Essex County Board of Education*, [1974] R.C.S. 481; *Gray c. Yellowknife Gold Mines Ltd.*, [1946] O.W.N. 938; *Johnson c. Hall* (1957), 10 D.L.R. (2d) 243; *Re United Canso Oil & Gas Ltd.* (1980), 12 B.L.R. 130; *Byng c. London Life Association Ltd.* (1988), 42 B.L.R. 280; *National Dwellings Society c. Sykes*, [1894] 3 Ch. 159; *Cohen-Herrendorf c. Army & Navy Department Store Holdings Ltd.* (1986), 55 Sask. R. 134; *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Exco Corp. c. Nova Scotia Savings & Loan Co.* (1987), 35 B.L.R. 149; *Bathgate c. National Hockey League Pension Society* (1994), 16 O.R. (3d) 761, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 2 R.C.S. viii; *Gilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509; *Re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] 1 Ch. 407, conf. par [1925] Ch. 500 (C.A.).

Lois et règlements cités

Business Corporations Act, R.S.S. 1978, ch. B-10, art. 119.
Business Corporations Act, S.A. 1981, ch. B-15, art. 119.
Company Act, R.S.B.C. 1979, ch. 59, art. 152.
Corporations Act, R.S.N. 1990, ch. C-36, art. 205.
Loi sur les corporations, L.R.M. 1987, ch. C225, art. 119.
Loi sur les sociétés par actions, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 124.
Loi sur les sociétés par actions, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 107, 134(1), 135(4), 136(1).
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 5, 51.
Securities Act, R.S.O. 1980, ch. 466.

Doctrine citée

Daniels, Ronald J., and Susan M. Hutton. «The Capricious Cushion: The Implications of the Directors' and Officers' Insurance Liability Crisis on Canadian Corporate Governance» (1993), 22 *Can. Bus. L.J.* 182.
 Ziegel, Jacob S. et al. *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1994.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1993), 15 O.R. (3d) 783, 106 D.L.R. (4th) 193, 66 O.A.C. 121, 12 B.L.R. (2d) 303, qui a infirmé la décision du juge Carruthers, [1992] O.J. No. 2291 (QL), qui avait rejeté la demande d'indemnisation de l'intimé. Pourvoi rejeté.

Dennis R. O'Connor, Q.C., and Ronald Foerster, for the appellant.

Patricia A. Virc, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

1 IACOBUCCI J. — This appeal was dismissed from the bench on March 21, 1995, with reasons to follow. These are those reasons.

2 This appeal requires us to determine who should bear the costs of legally contesting a disputed directors' election: the corporation, or the chairman in his personal capacity as the individual making the impugned ruling?

I. Background

3 The respondent Blair was, from 1984 to 1989, the President and a Director of the appellant Consolidated Enfield Corporation ("Enfield"). In 1989, Enfield was plagued with fairly serious corporate infighting between Blair and another shareholder, Canadian Express Limited ("Canadian Express"), which had, in 1988, elected some of its officers (Willard L'Heureux and Manfred Walt) to Enfield's Board of Directors.

4 The dispute came to a head on July 20, 1989 when Enfield's annual shareholders' meeting was scheduled to take place. Blair, as President of the company, was obliged under the by-laws to act as chairman. One of the matters on the agenda was the election of the new Board of Directors. A management information circular had been previously issued in which 11 candidates were proposed for the 11 director positions. Blair was part of this slate, which divided 6-5 in favour of Blair's "camp" over the Canadian Express group.

5 Although the Board had agreed on these candidates, on the day of the shareholders' meeting, Canadian Express nominated a surprise 12th candidate from the floor, Timothy Price, thereby requir-

Dennis R. O'Connor, c.r., et Ronald Foerster, pour l'appelante.

Patricia A. Virc, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Notre Cour a rejeté le présent pourvoi à l'issue de l'audience tenue le 21 mars 1995, affirmant qu'elle ferait connaître ses motifs ultérieurement. Voici donc ces motifs.

Ce pourvoi nous oblige à déterminer qui devrait assumer les frais de contestation judiciaire d'une élection d'administrateurs: la société en cause, ou son président, à titre personnel, pour avoir pris la décision contestée?

I. Les faits

L'intimé Blair a été, de 1984 à 1989, président et administrateur de l'appelante Consolidated Enfield Corporation («Enfield»). En 1989, Enfield a été affectée par une assez sérieuse querelle intestine entre Blair et un autre actionnaire, Canadian Express Limited («Canadian Express»), qui avait, en 1988, élu certains de ses dirigeants (Willard L'Heureux et Manfred Walt) au conseil d'administration d'Enfield.

La querelle a atteint son paroxysme le 20 juillet 1989, au moment de fixer la date de l'assemblée annuelle des actionnaires d'Enfield. Blair, en sa qualité de président de la société, devait, en vertu des règlements administratifs, présider l'assemblée. L'élection d'un nouveau conseil d'administration était l'un des points à l'ordre du jour. La direction de la société avait précédemment distribué une circulaire d'information dans laquelle 11 candidats étaient proposés pour les 11 postes d'administrateur. Blair faisait partie de cette liste qui comptait six candidats du «camp» de Blair et cinq du groupe Canadian Express.

Même si les membres du conseil d'administration s'étaient mis d'accord sur ces candidats, lors de l'assemblée des actionnaires, Canadian Express a proposé inopinément un douzième candidat,

ing a more formal election. According to Canadian Express, although it had originally intended to vote for the management slate of directors, including Blair, Blair's actions in the months before the election (during which Canadian Express alleges that it and Blair had signed an "accord" to work together in the best interests of Enfield) purportedly indicated that he had no intention of co-operating with the Canadian Express camp.

The Canadian Express camp, with Walt being the proxyholder for these shares, combined with Ravelston Corporation Limited (another shareholding group whose proxyholder was John Boulton) and together pooled their voting shares. Their coalition represented 43 percent of the total shares and a majority of the shares actually voted at the meeting. The one candidate they did not vote for was Blair. For his part, Blair, through his own holdings (14 percent of Enfield), plus substantial management proxy support, culled together 41 percent of the total shares. The effect of the election was that Blair was out and Price was in as the 11th director. This reflected a total change in control of the Board in favour of the nominees of Canadian Express.

There was, however, one major complication. On July 19, 1989, the night before the shareholders' meeting, the respondent had met with a representative of the scrutineer, Montreal Trust Company, and Enfield's corporate counsel, Osler, Hoskin & Harcourt ("Osler"), who had advised him that the Canadian Express and Ravelston proxies which had been deposited that day could be used to vote only in favour of the management slate since the instructions in the proxies (specifically Note 3 thereof) restricted the proxyholders to voting for the management slate because no specifications had been made thereon by the shareholders to indicate voting otherwise. Osler also noted

Timothy Price, qui se trouvait dans l'assistance, exigeant de ce fait la tenue d'une élection plus formelle. Canadian Express a affirmé que, même si elle avait d'abord eu l'intention de voter en faveur de la liste de candidats préparée par la direction et dont Blair faisait partie, les actes que ce dernier avait accomplis au cours des mois précédant l'élection (pendant lesquels il aurait, selon Canadian Express, signé avec elle une «entente» pour mettre en commun leurs efforts au mieux des intérêts d'Enfield) portaient à croire qu'il n'avait nullement l'intention de collaborer avec le camp de Canadian Express.

Le camp de Canadian Express, dont Walt étant le fondé de pouvoir pour les actions qu'il détenait, et Ravelston Corporation Limited (autre groupe actionnaire, dont le fondé de pouvoir était John Boulton) ont joint leurs actions avec droit de vote. Ensemble, les deux sociétés détenaient 43 pour 100 de toutes les actions et la majorité des actions assorties d'un droit de vote qui a été effectivement exercé à l'assemblée. Blair a été le seul candidat pour lequel elles n'ont pas voté. Pour sa part, Blair, grâce aux actions qu'il détenait lui-même (14 pour 100 des actions d'Enfield) et à l'appui important des procurations de la direction, réunissait 41 pour 100 de l'ensemble des actions. L'élection a entraîné le remplacement de Blair par Price au onzième poste d'administrateur et il en a résulté un changement complet de contrôle du conseil d'administration en faveur des candidats de Canadian Express.

Un ennui majeur est cependant survenu. Le 19 juillet 1989, la veille de l'assemblée des actionnaires, l'intimé a rencontré un représentant du scrutateur, la Compagnie Montréal Trust, et les avocats d'Enfield, Osler, Hoskin & Harcourt («Osler»), qui l'ont informé que les procurations déposées ce jour-là par Canadian Express et Ravelston ne pouvaient être utilisées que pour voter en faveur des candidats de la direction, étant donné que les instructions contenues dans ces procurations (notamment la note 3) prévoyaient que les fondés de pouvoir ne devraient voter que pour les candidats de la direction, les actionnaires n'ayant donné dans leurs procurations aucune autre

that the *Securities Act*, R.S.O. 1980, c. 466, provided that votes cast pursuant to proxies could not be counted in favour of a candidate not named in the circular. Osler also delivered to Enfield several written memoranda dealing with procedural matters, the role of the chair, and the principles relating to the validity of the proxies.

8 The next day, after the voting had taken place on the surprise candidacy of Price, Blair once again solicited Osler's advice on what he should do with the proxy votes. He turned towards corporate counsel and queried: "You know the law, I will take my direction from you. What should I do?". There were six senior corporate lawyers from Osler present at this *ad hoc* meeting and, before they reached their decision, they deliberated for over one and one half hours in part with the scrutineers while remaining in constant contact with solicitors in their head office. Following Osler's advice that the proxy votes in favour of Price were invalid, Blair, reading verbatim from a statement prepared by Osler, declared that Price had received no votes and that the 11 candidates in the management circular had been elected. When L'Heureux vigorously objected to this decision, Blair refused to entertain any discussion thereon, telling L'Heureux to take the matter up with Enfield's counsel.

9 Instead, the Canadian Express representatives immediately filed an application in the Ontario Supreme Court to the effect that Blair's ruling was wrong in law and that Price, not Blair, should have been elected as the 11th director. Both Blair and Enfield were named as co-respondents. Mention was made of the fact that Blair allegedly breached his quasi-judicial duties as chairman by not ceding the chair when the issue he was to rule upon so directly involved his own interests, as well as by foreclosing debate on the ruling and by not giving notice to Canadian Express as to the limitations of their proxy-holding power. On September 25, 1989, J. Holland J. found that Blair's ruling was

indication de voter autrement. Osler a aussi fait remarquer que la *Securities Act*, R.S.O. 1980, ch. 466, prévoyait que les suffrages exprimés conformément à une procuration ne pouvaient pas compter en faveur d'un candidat non nommé dans la circulaire. Osler a aussi remis à Enfield plusieurs mémoires portant sur des questions de procédure, le rôle du président de l'assemblée et les principes relatifs à la validité des procurations.

Le lendemain, après le vote portant sur la candidature inopinée de Price, Blair a demandé, une fois de plus, à Osler des conseils sur ce qu'il devrait faire des votes par procuration. Il s'est adressé aux avocats de la société et leur a demandé: [TRADUCTION] «Vous connaissez la loi. Je vais faire ce que vous me direz de faire. Qu'est-ce que je devrais faire?». Six avocats principaux d'Osler, spécialisés en droit des sociétés, assistaient à cette réunion spéciale et ils ne sont parvenus à une décision qu'après avoir délibéré pendant plus d'une heure et demie, en partie avec les scrutateurs, tout en restant en contact permanent avec des avocats de leur bureau principal. À la suite des conseils d'Osler selon lesquels les votes par procuration en faveur de Price étaient invalides, Blair a déclaré, en lisant textuellement une déclaration rédigée par Osler, que Price n'avait obtenu aucun vote et que les 11 candidats nommés dans la circulaire de la direction avaient été élus. Lorsque L'Heureux s'est opposé énergiquement à cette décision, Blair s'est refusé à toute discussion sur le sujet, lui disant de s'adresser aux avocats d'Enfield.

Au lieu de cela, les représentants de Canadian Express ont immédiatement déposé une demande en Cour suprême de l'Ontario, dans laquelle ils alléguaient que la décision de Blair constituait une erreur de droit et que c'était Price, et non Blair, qui aurait dû être élu au onzième poste d'administrateur. Blair et Enfield étaient tous les deux désignés comme co-intimés. On mentionnait que Blair aurait manqué aux obligations quasi judiciaires qui lui incombaient à titre de président de l'assemblée, en ne cédant pas la présidence alors que la question qu'il allait trancher mettait si directement en cause ses propres intérêts, en refusant tout débat sur sa décision et en n'avisant pas Canadian Express des

wrong in law and that Blair was in breach of his fiduciary duties. He thus allowed the application, concluding that the ballots were legally cast for Price, in accordance with the proxies, and, consequently, that the respondent had not been elected a director. Costs were issued against Blair and Enfield.

Blair sought to appeal the substantive findings of J. Holland J. to Ontario Divisional Court. This appeal was unsuccessful.

Since Canadian Express was then in control of Enfield, it sought to recover its costs from Blair alone. Blair then applied to Enfield to be indemnified for these costs, which indemnification was refused.

Blair then filed an application under s. 4.02 of Enfield By-law No. 3, which essentially incorporates the terms of the statutory right to indemnification found in s. 136(1) of the Ontario *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16, and in the business corporations statutes of most of the provinces as well as the federal business corporations statute, for an order that he be indemnified by Enfield for the legal costs incurred in defending his corporate acts.

On October 28, 1992, Carruthers J. dismissed the respondent's application, concluding that the respondent's conduct was not in the best interests of Enfield and thereby outside the scope of s. 136(1): [1992] O.J. No. 2291 (QL). Blair's appeal to the Court of Appeal for Ontario was allowed on October 6, 1993: (1993), 15 O.R. (3d) 783, 106 D.L.R. (4th) 193, 66 O.A.C. 121, 12 B.L.R. (2d) 303. Enfield, now controlled by Canadian Express, appeals to this Court.

limites de son pouvoir de procuration. Le 25 septembre 1989, le juge J. Holland a conclu que la décision de Blair constituait une erreur de droit et que Blair avait manqué à ses obligations fiduciaires. Il a donc accueilli la demande, concluant que les suffrages avaient été légalement exprimés en faveur de Price, conformément aux procurations, et que l'intimé n'avait donc pas été élu administrateur. Blair et Enfield ont été condamnés au paiement de dépens.

Blair a interjeté appel contre les conclusions de fond du juge J. Holland devant la Cour divisionnaire de l'Ontario. Cet appel a échoué.

Étant donné que Canadian Express avait alors le contrôle d'Enfield, elle a cherché à se faire rembourser ses frais par Blair seulement. Blair a ensuite demandé à Enfield de l'indemniser de ces frais, ce qui lui a été refusé.

Blair s'est alors appuyé sur l'art. 4.02 du règlement administratif n° 3 d'Enfield, qui reprend essentiellement les conditions du droit à l'indemnisation prévu au par. 136(1) de la *Loi sur les sociétés par actions* de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16, ainsi que dans les lois sur les sociétés par actions de la plupart des provinces et la loi fédérale en la matière, pour déposer une demande d'ordonnance enjoignant à Enfield de l'indemniser des frais de justice engagés pour défendre les actes qu'il avait accomplis à titre de président de la société.

Le 28 octobre 1992, le juge Carruthers a rejeté la demande de l'intimé, concluant que la conduite que ce dernier avait adoptée n'était pas au mieux des intérêts d'Enfield et qu'elle ne relevait donc pas du par. 136(1): [1992] O.J. No. 2291 (QL). L'appel de Blair devant la Cour d'appel de l'Ontario a été accueilli le 6 octobre 1993: (1993), 15 O.R. (3d) 783, 106 D.L.R. (4th) 193, 66 O.A.C. 121, 12 B.L.R. (2d) 303. Enfield, maintenant contrôlée par Canadian Express, se pourvoit devant notre Cour.

10

11

12

13

II. Relevant Statutory Provisions and Corporate By-Laws

Ontario *Business Corporations Act*, R.S.O. 1990, c. B.16 (OBCA)

134. — (1) Every director and officer of a corporation in exercising his or her powers and discharging his or her duties shall,

- (a) act honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation; and
- (b) exercise the care, diligence and skill that a reasonably prudent person would exercise in comparable circumstances.

135. . . .

(4) A director is not liable under section 130 or 134 if the director relies in good faith upon,

. . . .

- (b) a report of a lawyer, accountant, engineer, appraiser or other person whose profession lends credibility to a statement made by any such person.

136. — (1) A corporation may indemnify a director or officer of the corporation . . . against all costs, charges and expenses, including an amount paid to settle an action or satisfy a judgment, reasonably incurred by him or her in respect of any civil, criminal or administrative action or proceeding to which he or she is made a party by reason of being or having been a director or officer of such corporation or body corporate, if,

- (a) he or she acted honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation; . . .

Enfield By-law No. 3

4.02 Indemnity of Directors and Officers. Subject to the limitations contained in the [OBCA], every director or officer of the Corporation . . . shall, from time to time, be indemnified and saved harmless . . . from and against all costs, charges and expenses, including an amount paid to settle an action or satisfy a judgment, reasonably incurred by him in respect of any civil, criminal or administrative action or proceeding to which he is made a party by reason of being or having been a director or officer of such corporation . . . if (a) he acted honestly and in good faith with a view to the best interests of the Corporation

II. Dispositions législatives et règlements administratifs pertinents

Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16 (LSA)

134 (1) Les administrateurs et les dirigeants, dans l'exercice de leurs fonctions, agissent:

- a) d'une part, avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société;
- b) d'autre part, avec le soin, la diligence et la compétence dont ferait preuve, dans des circonstances semblables, une personne d'une prudence raisonnable.

135. . . .

(4) N'est pas engagée, en vertu de l'article 130 ou 134, la responsabilité de l'administrateur qui, de bonne foi, se fie:

. . . .

- b) à un rapport émanant d'un avocat, d'un comptable, d'un ingénieur, d'un estimateur ou d'une autre personne dont la profession permet d'ajouter foi à ses déclarations.

136 (1) La société peut indemniser ses administrateurs ou dirigeants [. . .] de tous les frais et de toutes les dépenses raisonnables, y compris les sommes versées pour le règlement d'une action ou pour satisfaire à un jugement, qu'ils ont engagés à l'égard d'une action ou d'une instance civile, pénale ou administrative à laquelle ils ont été parties à titre d'administrateurs ou de dirigeants ou d'anciens administrateurs ou dirigeants de la société ou de la personne morale, si:

- a) d'une part, ils ont agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société;

Règlement administratif n° 3 d'Enfield

[TRADUCTION] 4.02 Indemnisation d'administrateurs et de dirigeants. Sous réserve des restrictions prévues dans la [LSA], tout administrateur ou dirigeant de la société [. . .] devra, à l'occasion, être indemnisé [. . .] de tous les frais et de toutes les dépenses raisonnables, y compris les sommes versées pour le règlement d'une action ou pour satisfaire à un jugement, qu'il a engagés à l'égard d'une action ou d'une instance civile, pénale ou administrative à laquelle il a été partie à titre d'administrateur ou de dirigeant ou d'ancien administrateur ou dirigeant de la société [. . .] si a) il a agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société . . .

III. Judgments Below

A. *Ontario Supreme Court* (1989), 46 B.L.R. 92, per J. Holland J. (*sub nom. Canadian Express Ltd. v. Blair*)

It is important to emphasize that it is not J. Holland J.'s decision that is appealed to this Court. The application before J. Holland J. was launched by Canadian Express to overrule, on the merits, Blair's decision to void the proxy votes tabulated in favour of Price. J. Holland J. found in favour of Canadian Express and named Price, not Blair, as the 11th director of Enfield. Blair appealed J. Holland J.'s decision; his application was summarily dismissed. However, a review of J. Holland J.'s decision is warranted since it (1) provides a factual background to the s. 136(1) issue involved in the present appeal, and (2) constitutes the first tier of the proceedings for which Blair is presently seeking indemnification. The matter before J. Holland J. is thus the underlying "litigation" for which Blair wishes his reasonable expenses defrayed by Enfield.

I note that the proceedings before J. Holland J. were commenced by Canadian Express even though Blair had convened another shareholders' meeting on July 24, 1989, ostensibly for the purpose of settling the outstanding voting issues. Blair was added to these proceedings in his capacity and status as a director of Enfield and as chairman of the shareholders' meeting of July 20, 1989.

J. Holland J. concluded (at p. 94) that "the true construction of the disputed proxies is that they conferred general discretion" on the proxyholders. He found that the proxies "were effectively converted to unsolicited shareholder proxies once the names of the proposed management proxyholders were deleted and the names of the shareholder designees were inserted". They were thus valid.

III. Juridictions inférieures

A. *Cour suprême de l'Ontario* (1989), 46 B.L.R. 92, le juge J. Holland (*sub nom. Canadian Express Ltd. c. Blair*)

Il importe de souligner que ce n'est pas contre la décision du juge J. Holland que l'on se pourvoit devant notre Cour. La demande présentée au juge J. Holland provenait de Canadian Express et avait pour objet de faire renverser, pour une raison de fond, la décision de Blair d'annuler les suffrages exprimés par procuration en faveur de Price. Le juge J. Holland a conclu en faveur de Canadian Express et a nommé Price, non Blair, au onzième poste d'administrateur d'Enfield. Blair en a appelé de la décision du juge J. Holland, mais son appel a été rejeté sommairement. Cependant, un examen de la décision du juge J. Holland est justifié étant donné (1) qu'elle fournit un contexte factuel relativement à la question du par. 136(1) qui se pose en l'espèce, et (2) qu'elle constitue la première étape des procédures pour lesquelles Blair cherche maintenant à se faire indemniser. L'affaire dont a été saisi le juge J. Holland constitue donc le «litige» sous-jacent à l'égard duquel Blair souhaite être indemnisé par Enfield des dépenses raisonnables qu'il a engagées.

Je constate que les procédures devant le juge J. Holland ont été engagées par Canadian Express, même si Blair avait convoqué une autre assemblée des actionnaires le 24 juillet 1989, manifestement dans le but de régler les questions pendantes du scrutin. Blair a été constitué partie à ces procédures en sa qualité d'administrateur d'Enfield et de président de l'assemblée des actionnaires du 20 juillet 1989.

Le juge J. Holland conclut (à la p. 94) que, [TRANSDUCTION] «d'après leur sens véritable, les procurations contestées conféraient une discrétion générale» aux fondés de pouvoir, et que les procurations [TRANSDUCTION] «ont été effectivement converties en procurations d'actionnaires non sollicitées une fois que les noms des fondés de pouvoir proposés par la direction ont été supprimés et remplacés par les noms des personnes désignées par les actionnaires». Elles étaient donc valides.

14

15

16

17

J. Holland J. noted “the importance of enabling shareholders to freely exercise their voting rights in accordance with their intentions” and underscored that “shareholder designees who hold blank proxies . . . are recognized as having full discretion to vote as they see fit, just as the shareholders in person at the meeting could vote” (p. 94). He stated that the disputed proxies should be construed “in light of surrounding circumstances and, where possible, in a manner consistent with business common sense” (p. 95). With these considerations in mind, J. Holland J. held (at p. 95) that:

I accept that [the proxyholders] were entitled to vote a total of 19,038,296 shares, which was more than 50 per cent of the shares represented at the meeting. There is no doubt on the evidence that the proxyholders intended to, and *did*, cast their votes for Price and not for Blair. [Emphasis in original.]

18

J. Holland J. found that the respondent “failed to meet the quasi-judicial standard of conduct demanded of a chairman” (p. 95). He stated that, based on the evidence, it could be reasonably inferred that the respondent was alerted to the fact that the election of directors would be contentious and that he was likely to be in a position of conflict. He noted that the respondent, when he reconvened the meeting to announce the results of the balloting, read from a statement prepared by his solicitors, stating that Price had received no votes and that he had been elected. He found that this was in accordance with the plan conceived by the respondent to protect his personal interests and that it was no excuse for Blair to say that he relied upon legal advice. J. Holland J. then concluded (at p. 96) that:

From the tally, it was clear that all the votes cast by [the proxyholders] for Price had, by reason of the chairman’s decision, been counted as votes resulting in his own election. He did not permit discussion at the meeting as to this decision. At the very least, he had an obligation to allow those affected by his ruling on the dis-

Le juge J. Holland a constaté [TRADUCTION] «l’importance de permettre aux actionnaires d’exercer librement leur droit de vote conformément à leurs intentions» et a souligné qu’[TRADUCTION] «il est reconnu que les personnes désignées par les actionnaires, qui détiennent des procurations en blanc [. . .] sont entièrement habilitées à voter comme elles l’entendent, tout comme les actionnaires eux-mêmes le feraient s’ils étaient présents à l’assemblée» (p. 94). Il a affirmé qu’il y avait lieu d’interpréter les procurations contestées [TRADUCTION] «à la lumière des circonstances et, dans la mesure du possible, conformément au bon sens des affaires» (p. 95). Ayant ces considérations à l’esprit, le juge J. Holland conclut (à la p. 95):

[TRADUCTION] J’accepte que [les fondés de pouvoir] pouvaient exercer le droit de vote dont étaient assorties en tout 19 038 296 actions, soit plus de 50 pour 100 des actions représentées à l’assemblée. La preuve ne permet pas de douter que les fondés de pouvoir avaient l’intention de voter et ont *effectivement* voté pour Price, et non pour Blair. [En italique dans l’original.]

Le juge J. Holland a décidé que l’intimé [TRADUCTION] «n’a pas satisfait aux normes quasi judiciaires qui s’appliquent à la conduite d’un président d’assemblée» (p. 95). Il a affirmé que, compte tenu de la preuve, on pouvait raisonnablement déduire que l’intimé était conscient du fait que l’élection des administrateurs serait controversée et qu’il se trouverait vraisemblablement dans une position de conflit d’intérêts. Le juge a fait remarquer que, lorsqu’il a convoqué de nouveau l’assemblée pour annoncer les résultats du scrutin, l’intimé a lu une déclaration préparée par ses avocats, selon laquelle Price n’avait obtenu aucun vote, et lui-même avait été élu. Le juge J. Holland a conclu que cela concordait avec le projet de l’intimé de protéger ses intérêts personnels, et que Blair ne pouvait pas invoquer comme excuse qu’il s’en était remis à des conseils juridiques. Le juge J. Holland conclut alors (à la p. 96):

[TRADUCTION] Le compte des résultats montrait clairement que tous les votes accordés à Price par [les fondés de pouvoir] avaient été, en raison de la décision du président de l’assemblée, comptés comme étant des votes lui permettant lui-même d’être élu. Il n’a pas permis que sa décision soit débattue à l’assemblée. Il se

puted ballots an opportunity to be heard. He chose to act as Judge in his own cause and it is properly inferred from the evidence that he had determined to act in this way, at least at the time of the July 19 meeting and until the announcement of the voting results. In view of Blair's conduct alone and quite apart from the true construction of the proxies, his ruling cannot stand.

It was Blair's decision and not that of the scrutineers to determine the ballots in this way. It is no excuse for Blair to say that in doing so he was relying upon legal advice. It was his responsibility to conduct himself quasi-judicially throughout the proceedings.

J. Holland J. stated that, in exercising his discretion as to costs, he did so on the basis of the relationship of the respondent and Enfield in the sense that the respondent breached his fiduciary duty following legal advice given by Enfield's solicitors. J. Holland J. concluded that Canadian Express was entitled to costs against both Blair as well as Enfield. These were assessed (after an assessment appeal) at \$165,432.67.

Blair appealed J. Holland J.'s order as to the proxy votes. This appeal was dismissed. He then commenced an application in the Ontario Court (General Division) for a declaration that Enfield was to indemnify him for all costs, charges and expenses incurred by him in respect of the proceedings before J. Holland J. It is to this issue that I now turn.

B. Ontario Court (General Division)

Carruthers J. denied Blair's claim for indemnification.

Carruthers J. stated that the onus was on the respondent, pursuant to s. 136(1) OBCA, to demonstrate, on a balance of probabilities, that he "acted honestly and in good faith with a view to the best interests" of Enfield throughout the litigation. However, Carruthers J. stated that, "following my opportunity to reflect on the merits of this application on the basis of the material filed with

devait tout au moins d'entendre les gens touchés par sa décision sur les bulletins de vote contestés. Il a choisi d'être à la fois juge et partie, et on peut déduire à bon droit de la preuve qu'il avait décidé d'agir ainsi, au moins lors de la réunion du 19 juillet, et jusqu'à l'annonce des résultats du scrutin. Compte tenu de la seule conduite de Blair, et tout à fait indépendamment du sens véritable des procurations, sa décision ne peut être maintenue.

Le résultat du scrutin a été déterminé par la décision de Blair et non par celle des scrutateurs. Blair ne peut invoquer comme excuse qu'il s'en est remis à des conseils juridiques. Il avait la responsabilité de se conduire d'une manière quasi judiciaire pendant toutes les procédures.

Le juge J. Holland a affirmé qu'il a exercé son pouvoir discrétionnaire en matière de dépens en se fondant sur la relation entre l'intimé et Enfield, en ce sens que l'intimé avait manqué à son obligation fiduciaire à la suite des conseils juridiques donnés par les avocats d'Enfield. Le juge J. Holland a conclu que Canadian Express avait droit au paiement de dépens tant par Blair que par Enfield. Ces dépens ont été fixés à 165 432,67 \$ (après un appel relatif à leur évaluation).

Blair en a appelé de l'ordonnance du juge J. Holland quant aux votes par procuration. Cet appel a été rejeté. Il a alors déposé devant la Cour de l'Ontario (Division générale) une demande de jugement déclarant qu'Enfield devrait l'indemniser de tous les frais et dépenses qu'il avait engagés à l'égard des procédures intentées devant le juge J. Holland. C'est de cette question que je vais maintenant traiter.

B. Cour de l'Ontario (Division générale)

Le juge Carruthers a rejeté la demande d'indemnisation de Blair.

Le juge Carruthers a affirmé qu'il incombait à l'intimé, conformément au par. 136(1) LSA, de démontrer, selon la prépondérance des probabilités, qu'il avait «agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts» d'Enfield pendant tout le litige. Cependant, le juge Carruthers a dit qu'[TRADUCTION] «après avoir réfléchi sur le bien-fondé de la présente demande en tenant compte des docu-

19

20

21

22

the court to this point, I have been able to reach my conclusion without having to determine the issue of good faith on the part of Blair". In the end, Carruthers J. simply found that, since Blair's involvement in the Canadian Express application had not been undertaken with a view to Enfield's best interests, he was not entitled to indemnification.

23

Carruthers J. stated that the respondent's honesty and good faith were relevant for the purposes of the trial judge, who was not concerned with whether the respondent acted "with a view to the best interests of" Enfield in defending the litigation. Carruthers J. then stated that he had to be concerned with this last issue as it related to the respondent's conduct or involvement in the litigation. He concluded that:

The applicable provisions of the Act or by-law require that his involvement in that litigation be in the best interests of Enfield quite apart from whether it can also be described as honest and in good faith. Thus, whether Blair was in fact acting honestly and in good faith during the course of his disputing or defending the claims of Canadian Express raised in the litigation, he is not entitled to succeed in this present application unless, as well, what he did can be said to have been in the best interests of Enfield.

24

Carruthers J. was of the view that the dispute was about the control of Enfield and "involved efforts by both sides to either preserve or promote their respective desires and interests in this respect". He found that the respondent, on the advice of Enfield's solicitors, reached the decision that he had been elected. The question at this point was whether the respondent had done this "in order to promote the best interests of Enfield". Carruthers J. concluded that:

... Blair's conduct at the meeting, including his decision, was not something that can be said to have been in the best interests of Enfield. Accordingly, because the sole purpose of disputing the claims raised on behalf of Canadian Express in the litigation was to uphold Blair's conduct, again including his decision, Blair cannot fit

ments qui ont été déposés en cour jusqu'ici, j'ai pu arriver à une conclusion sans qu'il me soit nécessaire de statuer sur la question de la bonne foi de Blair». Finalement, le juge Carruthers a simplement conclu que Blair n'avait pas le droit d'être indemnisé étant donné qu'il n'avait pas agi au mieux des intérêts d'Enfield relativement à la demande de Canadian Express.

Le juge Carruthers a affirmé que l'intégrité et la bonne foi de l'intimé étaient pertinents en ce qui concernait le juge de première instance qui ne s'intéressait pas à la question de savoir si l'intimé avait agi «au mieux des intérêts» d'Enfield dans sa défense lors du litige. Le juge Carruthers a alors déclaré qu'il devait s'intéresser à cette dernière question étant donné qu'elle avait trait à la conduite de l'intimé ou à sa participation au litige. Il conclut ceci:

[TRADUCTION] Les dispositions applicables de la Loi ou du règlement administratif exigent que sa participation à ce litige soit au mieux des intérêts d'Enfield, tout à fait indépendamment de la question de savoir si elle peut aussi être décrite comme procédant de l'intégrité et de la bonne foi. Ainsi, peu importe que Blair ait effectivement agi avec intégrité et de bonne foi en contestant les réclamations faites par Canadian Express dans le cadre du litige, il ne pourra pas avoir gain de cause relativement à la présente demande à moins que l'on puisse dire également que ce qu'il a fait était au mieux des intérêts d'Enfield.

Le juge Carruthers était d'avis que le litige portait sur le contrôle d'Enfield et qu'il y [TRADUCTION] «était question d'efforts déployés par les deux camps pour préserver ou promouvoir leurs volontés et intérêts respectifs à cet égard». Il a jugé que l'intimé, sur les conseils des avocats d'Enfield, avait décidé qu'il avait été élu. À ce stade, il s'agissait de savoir si l'intimé avait fait cela [TRADUCTION] «pour promouvoir les intérêts d'Enfield». Le juge Carruthers conclut:

[TRADUCTION] ... on ne pouvait pas dire que la conduite de Blair lors de l'assemblée, y compris sa décision, avait été au mieux des intérêts d'Enfield. Par conséquent, étant donné que la contestation des réclamations présentées pour le compte de Canadian Express dans ce litige visait seulement à faire entériner la conduite de Blair, y

himself into either the provisions of s. 136(1) of the OBCA or of s. 4.02 of the Enfield By-Law No. 3.

Both Blair and Enfield were properly named as parties to the litigation; Blair chaired and ran the meeting and made the decision, and Enfield to be bound by the result . . . [a]s that matter was one personal to him, and as well to the other shareholders who supported him, Enfield is not liable to indemnify Blair for the costs, charges and expense which he has incurred by reason of defending the litigation.

C. *Ontario Court of Appeal* (1993), 15 O.R. (3d) 783

The Court of Appeal set aside Carruthers J.'s decision and permitted Blair to be indemnified under s. 136 for all proceedings (i.e. before J. Holland J., Carruthers J. and the Court of Appeal), with the exception of the appeal of J. Holland J.'s decision regarding the validity of the impugned proxies, and the expenses related thereto, which Carthy J.A. found not to have been reasonably incurred.

Carthy J.A. stated that the issue before the court was the proper application to the facts of the By-law which granted rights of indemnity in the terms authorized by s. 136(1) OBCA. He also stated that "reliance upon legal advice cannot be excluded as a factor in determining whether a director acted 'honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation' as set forth in s. 136" (p. 787). He then held (at pp. 789-90) that:

. . . I read s. 136(1)(a) and the language "acted . . . with a view to the best interests of the corporation" as referring back to, in this case, the conduct of the vote for directors — not to the conduct of the litigation. The litigation that is contemplated by s. 136(1)(a) is against the director personally and the indemnity is against personal liability. There is no purpose in a requirement that personal litigation be conducted in the best interests of the corporation. The costs of litigation are dealt with separately in s. 136(1) and must be "reasonably incurred".

Carthy J.A. emphasized that the issue was Blair's ruling on the overall balloting, and "to conclude that his ruling was *male fide* because the

compris, je le répète, sa décision, Blair ne peut se réclamer ni du par. 136(1) LSA ni de l'art. 4.02 du règlement administratif n° 3 d'Enfield.

Tant Blair qu'Enfield ont été à juste titre désignés comme parties au litige; Blair avait présidé et dirigé l'assemblée et avait pris la décision, et Enfield était liée par le résultat [. . .] étant donné que cette question concernait Blair personnellement, de même que les autres actionnaires qui l'appuyaient, Enfield n'est pas tenue de l'indemniser des frais et dépenses qu'il a engagés pour se défendre dans ce litige.

C. *Cour d'appel de l'Ontario* (1993), 15 O.R. (3d) 783

La Cour d'appel a annulé la décision du juge Carruthers et a permis à Blair d'être indemnisé en vertu de l'art. 136, relativement à toutes les procédures (c.-à-d. devant le juge J. Holland, le juge Carruthers et la Cour d'appel), à l'exception de l'appel de la décision du juge J. Holland portant sur la validité des procurations contestées et sur les dépenses y relatives que le juge Carthy n'a pas jugées raisonnables.

Le juge Carthy a affirmé que ce que la cour était appelée à déterminer c'était la façon dont il convenait d'appliquer aux faits le règlement administratif qui accordait le droit de se faire indemniser selon les termes du par. 136(1) LSA. Il a ajouté qu'[TRADUCTION] «on ne peut pas ignorer le fait qu'il s'en soit remis à des conseils juridiques lorsqu'il s'agit de savoir si un administrateur a agi «avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société», comme le prévoit l'art. 136» (p. 787). Il conclut ensuite (aux pp. 789 et 790):

[TRADUCTION] . . . selon moi, l'al. 136(1)a) et les mots «agi [. . .] au mieux des intérêts de la société» renvoient, en l'espèce, au déroulement de l'élection des administrateurs — et non à celui du litige. Le litige prévu par l'al. 136(1)a) vise l'administrateur personnellement, et l'indemnité prévue vise la responsabilité personnelle. Il n'y a aucune raison d'exiger que les litiges personnels se déroulent au mieux des intérêts de la société. Les frais du litige sont traités séparément au par. 136(1) et doivent être «raisonnables».

Le juge Carthy a souligné que ce qui était en cause c'était la décision de Blair sur l'ensemble du scrutin, et que [TRADUCTION] «conclure que sa

25

26

27

result favoured him is to conclude that he was compelled to rule the other way, or give up the chair, no matter what advice he received” (p. 798). He then stated that, aside from the question of giving up the chair, “the real test should be whether the ruling was made with the *bona fide* intent that the company have a lawfully elected board of directors” (p. 798).

décision a été prise de mauvaise foi parce que le résultat l’avantageait revient à conclure qu’il était tenu de décider le contraire, ou d’abandonner la présidence, quels que soient les conseils reçus» (p. 798). Il a alors affirmé qu’à part la question d’abandonner la présidence [TRADUCTION] «la véritable question devrait être de savoir si la décision a été prise de bonne foi, dans l’intention que la société ait un conseil d’administration légalement élu» (p. 798).

28

Carthy J.A. found that the authorities generally described the chairman’s duty as quasi-judicial “without defining what that means in this context” (p. 799). He stated that it was confusing “to use, and seek to define, the word judicial or *quasi-judicial* in this context because an adjudicator or judge can never have a personal interest in the issue”. He then concluded (at p. 799):

Le juge Carthy a constaté que les autorités en la matière qualifient généralement de quasi judiciaire l’obligation du président [TRADUCTION] «sans définir ce que cela signifie dans ce contexte» (p. 799). Il a affirmé qu’il était déconcertant [TRADUCTION] «d’utiliser, de chercher à définir, le mot judiciaire ou quasi judiciaire dans ce contexte parce qu’un arbitre ou un juge ne peut jamais avoir d’intérêt personnel dans la question en litige». Il conclut ensuite (à la p. 799):

A chairperson who is more than a nominal shareholder of a public company, on the other hand, always has a personal interest in everything that affects the company, which includes all of the rulings of the chair. If that distinction is not recognized the reflex reaction is to assume that a decision which benefits the chair personally is non-judicial and thus not *bona fide*. In my view, it is preferable to describe the duty as one of honesty and fairness to all individual interests, and directed generally toward the best interests of the company.

[TRADUCTION] Par contre, un président d’assemblée qui est plus qu’un actionnaire nominal d’une société publique a toujours un intérêt personnel dans tout ce qui touche la société, y compris toutes les décisions de la présidence. Si cette distinction n’est pas acceptée, il est normal de présumer qu’une décision qui favorise le président personnellement est non judiciaire et donc prise de mauvaise foi. À mon avis, il est préférable de parler d’une obligation d’intégrité et d’équité envers tous les intérêts individuels, qui doit généralement être remplie au mieux des intérêts de la société.

29

Carthy J.A. found that the events leading up to the election created an “aggressively competitive atmosphere”. He also found that Blair “felt very strongly that the shareholders as a whole should be fully informed of a change in control” and that Blair “undoubtedly resented the surprise nomination of Price”. In the end, this made the respondent “a protagonist in the duel for control”. Carthy J.A. stated that, based on the sequence of events, Blair did not have a choice when he made the impugned ruling (at pp. 799-801):

Le juge Carthy a conclu que les événements qui ont abouti à l’élection ont créé un [TRADUCTION] «climat de concurrence agressive». Il a aussi constaté que Blair [TRADUCTION] «croyait très fermement que l’ensemble des actionnaires devaient être parfaitement informés d’un changement de contrôle» et qu’il [TRADUCTION] «était sans doute froissé par la nomination inopinée de Price». En fin de compte, cela faisait de l’intimé [TRADUCTION] «un protagoniste dans le duel pour le contrôle». Le juge Carthy a affirmé que, compte tenu de la suite des événements, Blair n’avait pas le choix lorsqu’il a pris la décision contestée (aux pp. 799 à 801):

Given the necessity of determining who the legal directors of the company were, so that business could be carried on in a regular fashion, some decision had to be made. Even if a disinterested chairperson could have been found in the room, he or she would, in these circumstances, have had to look to the corporation's solicitors for an answer to this purely legal issue of interpretation

No matter what debate might have ensued on July 20 and no matter who the chairperson might have been, there was no obvious error or oversight which would enable the chairperson to turn away from the advice of the company's solicitors.

. . . I am satisfied that Blair was acting honestly and in good faith and in the best interests of the corporation in accepting and implementing that advice.

. . . I am satisfied that the evidence shows that he properly performed his duty as chairman of the meeting.

Carthy J.A. considered whether Blair acted reasonably in his defence of the litigation and concluded that there was nothing unreasonable in Blair's involvement in the initial application as well as in the other proceedings.

IV. Issue on Appeal

Did the Ontario Court of Appeal err in concluding that the respondent Blair was entitled to be indemnified by the appellant Enfield regarding the costs of the Canadian Express application (and appeals on the costs issue emanating therefrom) pursuant to s. 4.02 of Enfield By-Law No. 3, modeled upon s. 136(1) OBCA?

V. Analysis

A. *An Overview of the Legislation: Burden of Proof and the Scope of the Conduct that is Caught*

For purposes of convenience, I reproduce s. 136(1) OBCA (relevant portions underscored):

136. — (1) A corporation may indemnify a director or officer of the corporation . . . against all costs, charges and expenses, including an amount paid to settle an action or satisfy a judgment, reasonably incurred by him or her in respect of any civil, criminal or adminis-

[TRADUCTION] Vu la nécessité de déterminer qui légalement était administrateur de la société, de sorte que les affaires puissent se dérouler de façon normale, il fallait prendre une décision. Même si le président de l'assemblée avait été désintéressé, il lui aurait fallu, dans les circonstances, consulter les avocats de la société pour obtenir une réponse sur cette question portant purement sur l'interprétation du droit

Peu importe le débat qui aurait pu s'ensuivre le 20 juillet et peu importe qui aurait pu occuper la présidence, il n'y avait aucune erreur ni aucun oubli manifeste qui aurait permis au président de l'assemblée d'ignorer les conseils des avocats de la société.

. . . je suis convaincu que Blair a agi avec intégrité, de bonne foi et au mieux des intérêts de la société en acceptant et en suivant ces conseils.

. . . je suis convaincu que la preuve montre qu'il a fait correctement son devoir de président d'assemblée.

Le juge Carthy s'est demandé si Blair avait agi raisonnablement dans sa défense lors du litige, et il a conclu que sa participation n'avait rien de déraisonnable, tant en ce qui concernait la demande initiale que les autres procédures.

IV. La question en litige

La Cour d'appel de l'Ontario a-t-elle commis une erreur en concluant que l'intimé Blair avait le droit d'être indemnisé par l'appelante Enfield des frais liés à la demande de Canadian Express (et aux appels qui en ont résulté sur la question des dépens), conformément à l'art. 4.02 du règlement administratif n° 3 d'Enfield, qui s'inspire du par. 136(1) LSA?

V. Analyse

A. *Aperçu de la législation: fardeau de la preuve et portée de la conduite visée*

Pour des motifs de commodité, je reproduis le par. 136(1) LSA (en soulignant les passages pertinents):

136 (1) La société peut indemniser ses administrateurs ou dirigeants [. . .] de tous les frais et de toutes les dépenses raisonnables, y compris les sommes versées pour le règlement d'une action ou pour satisfaire à un jugement, qu'ils ont engagés à l'égard d'une action ou

trative action or proceeding to which he or she is made a party by reason of being or having been a director of such corporation or body corporate, if,

- (a) he or she acted honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation; [Emphasis added.]

d'une instance civile, pénale ou administrative à laquelle ils ont été parties à titre d'administrateurs ou de dirigeants ou d'anciens administrateurs ou dirigeants de la société ou de la personne morale, si:

- a) d'une part, ils ont agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société; [Je souligne.]

32

The effect of s. 4.02 of Enfield By-law No. 3 essentially duplicates that of s. 136(1), although the wording does vary:

4.02 Indemnity of Directors and Officers. Subject to the limitations contained in the [OBCA], every director or officer of the Corporation . . . shall, from time to time, be indemnified and saved harmless . . . from and against all costs, charges and expenses, including an amount paid to settle an action or satisfy a judgment, reasonably incurred by him in respect of any civil, criminal or administrative action or proceeding to which he is made a party by reason of being or having been a director or officer of such corporation . . . if (a) he acted honestly and in good faith with a view to the best interests of the Corporation . . . [Emphasis added.]

L'article 4.02 du règlement administratif n° 3 d'Enfield a essentiellement le même effet que le par. 136(1), bien que sa formulation soit différente:

[TRADUCTION] 4.02 Indemnisation d'administrateurs et de dirigeants. Sous réserve des restrictions prévues dans la [LSA], tout administrateur ou dirigeant de la société [. . .] devra, à l'occasion, être indemnisé [. . .] de tous les frais et de toutes les dépenses raisonnables, y compris les sommes versées pour le règlement d'une action ou pour satisfaire à un jugement, qu'il a engagés à l'égard d'une action ou d'une instance civile, pénale ou administrative à laquelle il a été partie à titre d'administrateur ou de dirigeant ou d'ancien administrateur ou dirigeant de la société [. . .] si a) il a agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société . . . [Je souligne.]

33

Given that the effect of s. 4.02 of By-law No. 3 is essentially the same as that of s. 136, any interpretation given to the By-law by this Court will affect the application of the Act. Furthermore, s. 136(1) is reproduced in turn in the corporations law of many provinces, as well as federally: *Canada Business Corporations Act*, R.S.C., 1985, c. C-44, s. 124; *Newfoundland Corporations Act*, R.S.N. 1990, c. C-36, s. 205; *Manitoba Corporations Act*, R.S.M. 1987, c. C225, s. 119; *Saskatchewan Business Corporations Act*, R.S.S. 1978, c. B-10, s. 119; *Alberta Business Corporations Act*, S.A. 1981, c. B-15, s. 119; *British Columbia Company Act*, R.S.B.C. 1979, c. 59, s. 152.

Étant donné que l'art. 4.02 du règlement administratif n° 3 a essentiellement le même effet que l'art. 136, toute interprétation que notre Cour donnera au règlement administratif aura une incidence sur l'application de la Loi. De plus, le texte du par. 136(1) est reproduit dans les lois sur les sociétés d'un bon nombre de provinces de même que dans la loi fédérale en la matière: *Loi sur les sociétés par actions*, L.R.C. (1985), ch. C-44, art. 124; *Corporations Act* de Terre-Neuve, R.S.N. 1990, ch. C-36, art. 205; *Loi sur les corporations* du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. C225, art. 119; *The Business Corporations Act* de la Saskatchewan, R.S.S. 1978, ch. B-10, art. 119; *Business Corporations Act* de l'Alberta, S.A. 1981, ch. B-15, art. 119; *Company Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 59, art. 152.

34

The largest difference between s. 136(1) and s. 4.02 of By-law No. 3 is that, whereas under s. 136(1) the director may be indemnified, under the By-law the director shall be indemnified. Is this of any importance? The respondent submits that this difference is relevant to the issue of the burden of

La plus grande différence entre le par. 136(1) et l'art. 4.02 du règlement administratif n° 3 tient à ce que, alors qu'en vertu du par. 136(1) l'administrateur peut être indemnisé, en vertu du règlement administratif, l'administrateur devra l'être. Cela a-t-il de l'importance? L'intimé soutient que cette

proof. Since under the By-law indemnification is mandatory, the onus should lie on the corporation to demonstrate that the director acted with *mala fides*. I do not find this argument terribly persuasive.

What I do find more persuasive is the proposition that persons are assumed to act in good faith unless proven otherwise: *General Motors of Canada Ltd. v. Brunet*, [1977] 2 S.C.R. 537, at p. 548. In this respect, contrary to the appellant's submissions before this Court, I believe that a proper construction of the statute and law related to good faith issues reveals that Blair is not required to prove his good faith, although he may certainly call evidence in this regard to counter whatever evidence of bad faith may be adduced against him. To a large extent, it is the corporation that must establish, to the satisfaction of the court, exactly what Blair did that was inimical to its best interests.

Section 136(1) and the Enfield By-law specify three conditions that the director or officer must fulfil in order to receive indemnification for the costs of defending in litigation:

- (1) the person must have been made a party to the litigation by reason of being a director or an officer of the corporation;
- (2) the costs must have been reasonably incurred; and
- (3) the person must have acted honestly and in good faith with a view to promoting the best interests of the corporation.

As I will now discuss, Blair has fulfilled all three conditions entitling him to indemnification.

In terms of applying this law to the facts, I see no reason to disturb the findings of the court below that the expenses were reasonably incurred. The court grounded its assessment in the following factors:

différence est pertinente quant à la question du fardeau de la preuve. Étant donné que l'indemnisation prévue dans le règlement administratif est obligatoire, il devrait incomber à la société de démontrer que l'administrateur a agi de mauvaise foi. Je ne trouve pas cet argument terriblement persuasif.

Je trouve davantage persuasive la proposition voulant qu'en l'absence de preuve contraire on présume que les gens agissent de bonne foi: *General Motors of Canada Ltd. c. Brunet*, [1977] 2 R.C.S. 537, à la p. 548. À cet égard, contrairement aux arguments que l'appelante a avancés devant notre Cour, je crois que, selon l'interprétation qu'il convient de donner à la Loi et à la règle relative aux questions de bonne foi, Blair n'a pas à établir sa bonne foi, bien qu'il puisse sûrement présenter une preuve à cet égard pour contrer toute preuve de mauvaise foi qui pourrait être présentée contre lui. Dans une large mesure, c'est la société qui doit établir, à la satisfaction de la cour, exactement ce que Blair a fait et qui n'était pas au mieux de ses intérêts.

Le paragraphe 136(1) et le règlement administratif d'Enfield énoncent trois conditions que l'administrateur ou le dirigeant doit remplir pour se faire indemniser des frais engagés pour se défendre lors d'un litige:

- (1) la personne doit avoir été constituée partie au litige en raison de son poste d'administrateur ou de dirigeant de la société,
- (2) les frais engagés doivent être raisonnables, et
- (3) la personne doit avoir agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société.

Comme nous le verrons maintenant, Blair a rempli les trois conditions lui donnant droit à indemnisation.

Quant à l'application de cette règle aux faits, je ne vois aucune raison de modifier la conclusion de la Cour d'appel selon laquelle les frais engagés sont raisonnables. La cour a fondé son évaluation sur les faits suivants:

35

36

37

38

- | | |
|--|---|
| <p>(a) Osler was retained in the annual meeting litigation to act for both Enfield and Blair, in his capacity as chairman of the meeting;</p> <p>(b) The Enfield board reviewed the issue of whether it should have separate counsel from Blair and determined that there were no grounds for Enfield taking such action;</p> <p>(c) Blair added nothing to the costs of the litigation arising out of the shareholders' annual meeting;</p> <p>(d) Blair's conduct following the shareholders' meeting, in requisitioning another shareholders' meeting for the purpose of electing directors, was consistent with his protestations throughout that he had no interest in leading the company if voted out by a majority of informed shareholders.</p> | <p>a) Les services d'Osler ont été retenus, dans le cadre du litige relatif à l'assemblée annuelle, pour représenter à la fois Enfield et Blair, en sa qualité de président de l'assemblée;</p> <p>b) Le conseil d'administration d'Enfield s'est demandé s'il devrait avoir recours à des avocats différents de ceux de Blair, et il a décidé que rien ne justifiait Enfield de le faire;</p> <p>c) Blair n'a rien ajouté aux frais du litige découlant de l'assemblée annuelle des actionnaires;</p> <p>d) La conduite que Blair a adoptée, à la suite de l'assemblée des actionnaires, en demandant qu'une autre assemblée des actionnaires soit tenue dans le but d'élire les administrateurs, était conforme à ses protestations répétées selon lesquelles il n'avait aucun intérêt à diriger la société s'il n'était pas réélu par une majorité d'actionnaires bien informés.</p> |
|--|---|

39 Thus, this appeal, when properly focused, involves only the "good faith" requirement contained within s. 136(1). In this connection, I now direct my attention to the respondent's conduct during the July 20, 1989 shareholders' meeting, bearing in mind that this conduct must be placed within the context of the longstanding corporate feud arising between the respondent and Canadian Express. However, before a determination can be made whether this conduct was undertaken in good faith and with a view to promoting the best interests of the corporation, I must respond to the appellant's contention that Blair is involved in this litigation in his personal capacity as opposed to his capacity as a director, thereby *prima facie* precluding him from the benefit of s. 136(1).

B. *Is Blair Involved in this Litigation in his Capacity as Director/Chairman of Enfield or in his Personal Capacity?*

Par conséquent, le présent pourvoi, correctement circonscrit, porte seulement sur la «bonne foi» exigée au par. 136(1). À cet égard, je vais maintenant examiner la conduite de l'intimé lors de l'assemblée des actionnaires du 20 juillet 1989, en gardant à l'esprit que cette conduite doit être située dans le contexte de la querelle intestine qui existe depuis longtemps entre l'intimé et Canadian Express. Cependant, pour pouvoir déterminer si l'intimé a agi de bonne foi et au mieux des intérêts de la société, je dois répondre à la prétention de l'appellante que Blair participe au présent litige à titre personnel et non en sa qualité d'administrateur, ce qui, à première vue, l'empêche de se prévaloir du par. 136(1).

B. *Blair participe-t-il au présent litige à titre personnel ou en sa qualité d'administrateur ou de président d'assemblée d'Enfield?*

40 The appellant submits that the Canadian Express application (and appeals related thereto) is essen-

L'appellante fait valoir que la demande de Canadian Express (et les appels y relatifs) résulte essen-

tially a dispute between two shareholders (Blair and Canadian Express) concerning the 11th position on Enfield's Board. As such, the logical inference to be drawn is that Enfield ought not to reimburse the losing shareholder, in this case Blair.

I disagree with this characterization of the Canadian Express application. It directly involved the reputation of Enfield and the integrity of its voting procedures; moreover, Blair's participation in the impugned proceedings flows entirely from his role as chairman of the meeting, not from his status as a shareholder. In fact, he was named as a respondent to the Canadian Express application in his capacity as "chairman of the meeting". The fact that, pending the outcome of that application, an interim order was adopted by McRae J. precluding Blair from acting as an Enfield director demonstrates the extent to which Blair was involved *qua* director, not *qua* shareholder or individual. Further, both Enfield and Blair were represented by the corporate counsel Osler. In a letter from Osler to counsel for Canadian Express dated July 25, 1989, Osler states:

In your letter dated July 24, 1989, you asked us to clarify who we are representing in these proceedings. In these proceedings we are counsel to Enfield and to Mr. Blair in his capacity as Chairman of the Annual Meeting. We are not acting for Mr. Blair in his personal capacity. [Emphasis added.]

In short, the impugned acts in this case were corporate acts insofar as they were made within the authority accruing to the chairman of Enfield meetings. I now turn to the content of the chairman's responsibilities for the purposes of s. 136(1) and the question whether Blair's conduct on July 20, 1989 disentitled him from indemnification.

tiellement d'un différend entre deux actionnaires (Blair et Canadian Express) concernant le onzième poste d'administrateur au conseil d'administration d'Enfield. Il faut donc conclure logiquement qu'Enfield ne devrait pas avoir à rembourser l'actionnaire perdant, en l'occurrence Blair.

Je ne suis pas d'accord avec cette qualification de la demande de Canadian Express. Elle concernait directement la réputation d'Enfield et l'intégrité de ses procédures de scrutin; de plus, la participation de Blair aux procédures contestées découle entièrement de son rôle de président de l'assemblée, et non de son statut d'actionnaire. En fait, la demande de Canadian Express le désignait comme intimé, en sa qualité de «président de l'assemblée». Le fait que, en attendant qu'il soit statué sur cette demande, le juge McRae ait rendu une ordonnance provisoire interdisant à Blair d'agir en qualité d'administrateur d'Enfield démontre à quel point Blair était partie à titre d'administrateur, plutôt qu'à titre d'actionnaire ou en sa qualité personnelle. De plus, Blair et Enfield étaient tous deux représentés par les avocats de la société, à savoir le cabinet Osler. Dans une lettre adressée, le 25 juillet 1989, à l'avocat de Canadian Express, Osler affirme:

[TRADUCTION] Dans votre lettre du 24 juillet 1989, vous nous avez demandé de préciser qui nous représentons dans les présentes procédures. Dans les présentes procédures, nous sommes les avocats d'Enfield et de M. Blair, en sa qualité de président de l'assemblée annuelle. Nous ne représentons pas M. Blair à titre personnel. [Je souligne.]

Bref, les actes contestés en l'espèce sont des actes de la société, dans la mesure où ils ont été accomplis dans la limite des pouvoirs accordés au président d'assemblée d'Enfield. Je passe maintenant à l'examen de la nature des responsabilités du président d'assemblée aux fins du par. 136(1), et de la question de savoir si la conduite que Blair a adoptée le 20 juillet 1989 lui fait perdre le droit d'être indemnisé.

C. *Factors Relevant in "Acting Honestly and in Good Faith with a View to the Best Interests of the Corporation"*

(i) What are the "best interests of the corporation" in the context of this case?

43 The question is not who is the better director, or whether the corporation's best interests would be furthered by having one rather than the other as the 11th director. Rather, as Carthy J.A. held, the best interests of the corporation in the instant appeal centre solely on the maintenance of the integrity and propriety of the voting procedure.

(ii) The quasi-judicial role of a chairman

44 If chairmen at shareholders' meetings are under a quasi-judicial duty and if Blair is found to have breached that duty, such a finding could constitute evidence in favour of denying him indemnification under s. 136(1).

45 At the outset, I would like to express my agreement with Carthy J.A. that the term "quasi-judicial" is, in a certain sense, inappropriate to describe the duty of a chairman when that chairman is also (as will often be the case in the corporate world) interested in the affairs that are being deliberated before him or her. A judge, adjudicator or arbitrator, on the other hand, will ideally never have any interest in the outcome of the proceedings before him or her. Consequently, chairmen of shareholders' meetings cannot labour under "quasi-judicial" duties in the strict sense because that term imports the idea of a wholly disinterested person.

46 In any event, Carthy J.A. correctly observed that it is one thing to state that a chairman is under a quasi-judicial duty, it is quite another to define the content of the responsibilities engendered by such a duty. Clearly, the chairman of any meeting, especially one mandated by and procedurally governed

C. *Facteurs pertinents pour savoir si on a «agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société»*

(i) Qu'est-ce qui est «au mieux des intérêts de la société» dans le contexte de la présente affaire?

Il ne s'agit pas de savoir qui est le meilleur administrateur, ni de savoir s'il serait au mieux des intérêts de la société que ce soit l'un plutôt que l'autre qui occupe le onzième poste d'administrateur. Comme l'a décidé le juge Carthy, c'est plutôt uniquement le maintien de l'à-propos et de l'intégrité de la procédure de scrutin qui est au mieux des intérêts de la société en l'espèce.

(ii) Le rôle quasi judiciaire du président d'assemblée

Si les présidents d'assemblée d'actionnaires ont une obligation quasi judiciaire et si on conclut que Blair a manqué à cette obligation, une telle conclusion pourrait justifier de lui refuser toute indemnisation fondée sur le par. 136(1).

Au départ, j'aimerais préciser que je suis d'accord avec le juge Carthy pour dire que l'expression «quasi judiciaire» est, dans un certain sens, inappropriée pour qualifier l'obligation du président d'une assemblée, quand ce président a aussi (comme c'est souvent le cas dans le milieu des sociétés par actions) des intérêts dans les affaires qui font l'objet de délibérations devant lui. Par contre, un juge ou un arbitre n'aura idéalement jamais aucun intérêt dans l'issue des procédures qui se déroulent devant lui. En conséquence, les présidents d'assemblée d'actionnaires ne peuvent pas être assujettis à des obligations «quasi judiciaires» au sens strict, parce que cette expression connote l'idée d'une personne totalement désintéressée.

Quoi qu'il en soit, c'est à juste titre que le juge Carthy a fait observer que c'est une chose que d'affirmer que le président d'une assemblée est assujetti à une obligation quasi judiciaire, mais que c'est une tout autre chose que de définir la nature des responsabilités engendrées par une telle obliga-

by statute, operates under certain duties of administrative fairness. The key question is to what extent a chairman will be permitted to be interested in the matters before him or her before a conflict of interest arises and he or she should be expected to cede the chair.

I would affirm Carthy J.A.'s standard; namely that the duty under which chairmen labour is "one of honesty and fairness to all individual interests, and directed generally toward the best interests of the company" (p. 799). However, when one turns to the application of this standard, a contextual approach is necessary. In this respect, it is very important to focus on the actual conduct of the chairman instead of perfunctorily finding bad faith simply because that person stands in a potential conflict and does not step down. As shall become evident, I do not find that Blair's conduct was such that he improperly used his position as chairman to further his own agenda. It was not his doing that the proxies were temporarily disqualified. We were not pointed to any evidence of a "design" or "plan" for the proxies to be invalidated.

In a sense, the argument of the appellant is rather simplistic: Blair was the chairman and because the proxies were deemed invalid and because no debate was fostered on the issue, Blair must have acted in bad faith. In response, I would affirm the following observations made by the Ontario Court of Appeal (at pp. 798 and 794):

... to conclude that [Blair's] ruling was *male fide* because the result favoured him is to conclude that he was compelled to rule the other way, or give up the chair, no matter what advice he received . . .

It can also be assumed that he received the [legal] opinion agreeably and was not unhappy that he could make a ruling to thwart any attempt to alter the slate of direc-

tion. Il est clair que le président d'une assemblée, particulièrement celui qui est prescrit et régi par la loi sur le plan de la procédure, a certaines obligations d'équité sur le plan administratif. La question clé est de savoir jusqu'à quel point il peut avoir des intérêts dans les questions dont il est saisi, avant de devoir abandonner la présidence pour cause de conflit d'intérêts.

Je suis d'avis de confirmer la norme établie par le juge Carthy, à savoir que le président d'une assemblée est tenu d'agir de façon [TRADUCTION] «intègre et équitable envers tous les intéressés individuellement et, en général, au mieux des intérêts de la société» (p. 799). Toutefois, pour appliquer cette norme, il faut adopter une approche contextuelle. À cet égard, il est très important de se concentrer sur la conduite réelle du président de l'assemblée, plutôt que de conclure sommairement à la mauvaise foi simplement parce que la personne en question est dans une situation potentielle de conflit d'intérêts et n'abandonne pas son poste. Comme on le constatera, je ne conclus pas que la conduite adoptée par Blair a consisté à se servir de son poste de président d'assemblée pour réaliser ses propres fins. L'annulation temporaire des procurations n'était pas son fait. On ne nous a indiqué aucune preuve de «dessein» ou de «plan» visant l'invalidation des procurations.

Dans un sens, l'argument de l'appelante est plutôt simpliste: Blair était le président d'assemblée et, parce que les procurations ont été jugées invalides et qu'on n'a pas encouragé la tenue d'un débat sur la question, Blair doit avoir agi de mauvaise foi. Je répondrais à cela en entérinant les observations suivantes de la Cour d'appel de l'Ontario (aux pp. 798 et 794):

[TRADUCTION] . . . conclure que [l]a décision [de Blair] a été prise de mauvaise foi parce que le résultat l'avantagéait revient à conclure qu'il était tenu de décider le contraire, ou d'abandonner la présidence, quels que soient les conseils reçus . . .

On peut aussi supposer qu'il a accepté volontiers l'opinion [juridique] et qu'il n'était pas malheureux de pouvoir prendre une décision qui contrecarrerait toute tenta-

47

48

tors. That falls short of a plan to deviously sidestep the entitlement of shareholders.

49 I also take issue with the appellant's statement that the fact that a chairman has an interest in the outcome of a decision impugns the integrity of the process because of the mere appearance of bias. With respect, it is the Enfield shareholders who concluded that it is to be the President of the company (who is allowed to be a director) — a person who invariably is interested in every matter discussed at the shareholders' meetings — who is to act as chairman (Enfield By-law No. 3, s. 5.05). In this respect, there is no unacceptable appearance of bias because it was never contemplated that the chairman was to be someone who would appear to be totally disinterested in the first place. The fact that a decision-maker has an interest in the outcome of his decision does not disqualify him or her from making decisions if the authority from which he or she obtains the status as decision-maker contemplates that he or she may act as judge in his or her own cause: *Alcyon Shipping Co. v. O'Krane*, [1961] S.C.R. 299, at p. 305; *Walters v. Essex County Board of Education*, [1974] S.C.R. 481, at pp. 487-88.

50 The detailed organization of a corporation is essentially a private contractual matter. If the shareholders decide to designate the President as chairman, so be it. If the shareholders are concerned about the maintenance of *prima facie* impartiality, they can specify through the by-laws or otherwise that the corporate meetings are to be chaired by a neutral third party. It is helpful to note that the drafters of the OBCA considered these issues and in fact established as a default principle that interested parties should operate as chairmen of shareholders' meetings. Section 97(c) of this statute provides:

97. Subject to this Act or the articles or by-laws of a corporation or a unanimous shareholder agreement,

tive de modifier la liste des administrateurs. On est loin d'un plan visant à esquiver, de façon détournée, les droits des actionnaires.

Je n'accepte pas non plus l'affirmation de l'appelante voulant que le fait que le président d'une assemblée ait un intérêt dans le résultat d'une décision compromette l'intégrité du processus simplement en raison de l'apparence de partialité. En toute déférence, ce sont les actionnaires d'Enfield qui ont conclu qu'il appartenait au président de la société (qui peut être un administrateur) — une personne qui a inmanquablement un intérêt dans toutes les questions débattues aux assemblées d'actionnaires — de présider leurs assemblées (art. 5.05 du règlement administratif n° 3 d'Enfield). À cet égard, il n'y a aucune apparence inacceptable de partialité, parce qu'au départ on n'a jamais prévu que le président de l'assemblée devrait être quelqu'un qui paraîtrait complètement désintéressé. Le fait qu'un décideur ait un intérêt dans le résultat de sa décision ne l'empêche pas de prendre des décisions si l'autorité qui l'a nommé décideur a prévu qu'il pourrait être à la fois juge et partie: *Alcyon Shipping Co. c. O'Krane*, [1961] R.C.S. 299, à la p. 305; *Walters c. Essex County Board of Education*, [1974] R.C.S. 481, aux pp. 487 et 488.

L'organisation détaillée d'une société relève essentiellement du domaine des contrats privés. Si les actionnaires décident de désigner le président de la société pour présider leur assemblée, eh bien soit! Si les actionnaires sont soucieux de maintenir une présomption d'impartialité, ils peuvent préciser, par voie de règlement administratif ou autrement, que les assemblées de la société devront être présidées par une tierce partie neutre. Il est utile de noter que les rédacteurs de la LSA ont pris en considération ces questions et ont, en fait, adopté comme principe que, sauf disposition contraire, les assemblées des actionnaires devraient être présidées par des parties intéressées. L'alinéa 97c) de cette loi prévoit ceci:

97 Sous réserve de la présente loi, des statuts ou des règlements administratifs de la société ou d'une convention unanime des actionnaires:

(c) the president or, in his or her absence, a vice-president who is a director shall preside as chair at a meeting of shareholders

On a broader note, I find that there are valid policy reasons militating against blindly precluding anyone holding more than a nominal share in a public company from acting as a chairman. This is not practical for many closely held corporations and, moreover, might pave the way for much litigation regarding the definition of “nominal holdings”, instead of properly focusing on the actual conduct that is impugned. There are many chairmen who have large holdings in a company yet conduct themselves on a most professional basis in terms of chairing meetings; there may be persons who own just one share who conduct themselves improperly. The focus should thus not be on the size of the holdings, but on the nature of the conduct. This is not to say, however, that there might not be situations in which the nomination of a wholly disinterested chairman is advisable as has apparently been the case in a number of situations that have arisen recently or where the court has appointed such a person pursuant to specific statutory provisions. However, such an exceptional situation is not found in the facts of the present appeal.

I now turn to the jurisprudence cited by the appellant in favour of the proposition that a chairman has a duty to act quasi-judicially: *Re Bomac Batten Ltd. and Pozhke* (1983), 43 O.R. (2d) 344 (H.C.); *Gray v. Yellowknife Gold Mines Ltd.*, [1946] O.W.N. 938 (H.C.); *Johnson v. Hall* (1957), 10 D.L.R. (2d) 243 (B.C.S.C.); *Re United Canso Oil & Gas Ltd.* (1980), 12 B.L.R. 130 (N.S.S.C.); *Byng v. London Life Association Ltd.* (1988), 42 B.L.R. 280 (Eng. C.A.). I do not find that this jurisprudence supports the appellant's position. Quite the contrary: many of these cases demonstrate the extent to which courts, through hindsight, are reluctant to find chairmen to be in

c) le président ou, en son absence, un vice-président qui est administrateur, préside l'assemblée des actionnaires

De façon plus générale, je conclus qu'il y a de bonnes raisons de principe de ne pas interdire aveuglément à quiconque détient plus qu'une faible participation dans une société de présider une assemblée. Ce n'est pas pratique pour bien des sociétés qui comptent peu d'actionnaires et, de plus, cela pourrait donner ouverture à un grand nombre de litiges qui porteraient sur la définition de ce qu'est une «faible participation», plutôt que de porter, comme cela devrait être le cas, sur la conduite contestée comme telle. Il y a de nombreux présidents d'assemblée qui détiennent un grand nombre d'actions d'une société, mais qui se conduisent de façon tout à fait professionnelle lorsqu'ils président des assemblées; il peut y avoir des personnes qui ne détiennent qu'une seule action et qui se conduisent incorrectement. L'attention devrait donc porter non pas sur la quantité d'actions détenues, mais sur la nature de la conduite. Toutefois, cela ne revient pas à dire qu'il ne pourrait pas y avoir des situations où la nomination d'un président d'assemblée tout à fait désintéressé serait souhaitable, comme cela semble avoir été le cas dans un certain nombre de situations qui se sont présentées récemment, ou dans le cas où les tribunaux ont nommé un tel président conformément à des dispositions législatives particulières. Cependant, les faits de la présente affaire ne révèlent pas l'existence d'une telle situation exceptionnelle.

J'examine maintenant la jurisprudence citée par l'appelante à l'appui de l'allégation selon laquelle le président d'assemblée est tenu d'agir de façon quasi judiciaire: *Re Bomac Batten Ltd. and Pozhke* (1983), 43 O.R. (2d) 344 (H.C.); *Gray c. Yellowknife Gold Mines Ltd.*, [1946] O.W.N. 938 (H.C.); *Johnson c. Hall* (1957), 10 D.L.R. (2d) 243 (C.S.C.-B.); *Re United Canso Oil & Gas Ltd.* (1980), 12 B.L.R. 130 (C.S.N.-É.); *Byng c. London Life Association Ltd.* (1988), 42 B.L.R. 280 (C.A. Angl.). Je ne trouve pas que cette jurisprudence appuie la position de l'appelante. C'est plutôt le contraire: bon nombre de ces décisions démontrent à quel point les tribunaux hésitent à conclure a

dereliction of their responsibilities barring proof of bad faith. Those remaining cases that offer some assistance to the appellant can readily be distinguished on the facts. To the extent that *Re Bomac Batten Ltd. and Pozhke* is not distinguishable, I would overrule it.

posteriori que des présidents d'assemblée ont manqué à leurs responsabilités, à moins qu'il n'y ait preuve de mauvaise foi. Quant aux autres décisions judiciaires qui sont quelque peu utiles à l'appelante, elles peuvent aisément faire l'objet d'une distinction fondée sur les faits. Dans la mesure où il n'est pas possible d'établir une distinction d'avec la décision *Re Bomac Batten Ltd. and Pozhke*, je suis d'avis d'écarter cette décision.

53

On another note, although a chairman has an obligation to promote administrative fairness, this is necessarily tempered with the need to control and organize a meeting so as to ensure that it proceeds effectively. As noted by Chitty J. in *National Dwellings Society v. Sykes*, [1894] 3 Ch. 159, at p. 162:

Par ailleurs, bien que le président d'une assemblée soit tenu de promouvoir l'équité administrative, cela est nécessairement tempéré par le besoin de contrôler et d'organiser une assemblée de manière à ce qu'elle se déroule efficacement. Comme l'a fait remarquer le juge Chitty dans *National Dwellings Society c. Sykes*, [1894] 3 Ch. 159, à la p. 162:

A question of some importance has been mooted in this case, with regard to the powers of the chairman over a meeting. Unquestionably it is the duty of the chairman, and his function, to preserve order, and to take care that the proceedings are conducted in a proper manner

[TRADUCTION] Une question d'une certaine importance a été soulevée, en l'espèce, concernant les pouvoirs du président d'une assemblée. Il ne fait aucun doute qu'il appartient et incombe au président d'une assemblée de préserver l'ordre et d'assurer le bon déroulement des procédures

54

In closing debate on the proxy issue, Blair was, based on Osler's instructions, fulfilling his responsibility as chairman to see that the shareholders' instructions as set out in the proxies were followed. Further, allowing the meeting to devolve into a shouting match between two rival camps debating a complex and unsettled area of corporations law could hardly be seen as enhancing the validity and integrity of Enfield's voting procedure. The function of a chairman is to oversee, not participate in a partisan sense. It may be sensible to refer briefly to the reason why the chairman is so ruling, but again courts should not attempt to hamstring in advance chairmen of meetings in contested settings. Although it is clearly proper for a shareholder to raise any relevant matter in the manner the Canadian Express representatives did, I cannot find anything improper in Blair's answer to the points raised, especially given his thorough

En mettant fin au débat sur la question des procurations, Blair se trouvait, compte tenu des directives d'Osler, à s'acquitter de la responsabilité, qui lui incombait à titre de président de l'assemblée, de veiller à ce que les instructions données par les actionnaires dans les procurations soient suivies. De plus, permettre à l'assemblée de dégénérer en un affrontement verbal entre deux camps rivaux qui débattent un sujet complexe et incertain du droit des sociétés, pourrait difficilement être considéré comme rehaussant la validité et l'intégrité de la procédure de scrutin d'Enfield. Le président d'assemblée a pour fonction de superviser les débats, non d'y prendre parti. Il peut être sage de renvoyer brièvement au motif de la décision du président de l'assemblée, mais, je le répète, les tribunaux ne devraient pas tenter de paralyser à l'avance les présidents d'assemblée dans des contextes controversés. Bien qu'il soit nettement approprié pour un actionnaire de soulever toute question pertinente comme l'ont fait les représentants de Canadian Express, je ne trouve rien d'incorrect dans la réponse que Blair a donnée aux

consultation with Enfield's independent legal counsel.

In fact, s. 107 OBCA specifically contemplates that, in an imbroglio such as that presented in this appeal, recourse is to be had to the courts, not to the chairman. The rationale behind this provision is to avoid the spectacle that can result from continual challenges made during the corporate meeting to decisions made by the chair. Section 107 reads as follows:

107. — (1) A corporation, shareholder or director may apply to the court to determine any controversy with respect to an election or appointment of a director or auditor of the corporation.

Blair properly instructed the Canadian Express representatives to take up their grievance with corporate counsel on the basis that the issue involved was a legal one. Despite the fact that corporate counsel were present at the meeting, the Canadian Express representative did not communicate with them.

On a final note, the duty of a chairman is to give effect to the proxy and ensure that the instructions it contains are followed. In this appeal, many of the beneficial owners of the shares for which proxies had been issued were not present at the meeting. The appellant submits that it was self-evident that these proxy-“givers” wanted to vote for Price. I find this untenable. First, there is no evidence that they had ever turned their minds to Price's candidacy. Second, and more importantly, the chairman has no duty to inquire into the minds of the beneficial owners of shares represented at a meeting: *Cohen-Herrendorf v. Army & Navy Department Store Holdings Ltd.* (1986), 55 Sask. R. 134 (Q.B.), at p. 148 (at paras. 80 and 81 citing Ontario and U.K. authority). There is no obligation to look behind the proxies. The chairman is simply required to give effect to their instructions. This is precisely what Blair did, believing Osler's interpretation of the instructions and thereby acting with a view to Enfield's best interests. Absentees from the meeting have the right to expect that proxy rules will be followed, and that their proxies

points soulevés, compte tenu particulièrement de sa consultation approfondie des avocats indépendants d'Enfield.

En fait, l'art. 107 LSA prévoit explicitement qu'en cas d'imbroglio comme celui qui s'est produit en l'espèce il faut s'adresser aux tribunaux, non au président de l'assemblée. Cette disposition a pour objet d'éviter les scènes qui peuvent résulter de la contestation répétée des décisions du président au cours de l'assemblée. L'article 107 est rédigé de la façon suivante:

107 (1) La société, un actionnaire ou un administrateur peut, par voie de requête, demander au tribunal de trancher tout différend relatif à l'élection ou à la nomination d'un administrateur ou d'un vérificateur.

Blair a eu raison de dire aux représentants de Canadian Express d'adresser leurs doléances aux avocats de la société, du fait que la question en litige était une question de droit. Bien que les avocats de la société aient été présents à l'assemblée, les représentants de Canadian Express n'ont pas communiqué avec eux.

Enfin, le président d'une assemblée est tenu de donner effet aux procurations et de s'assurer que les instructions qu'elles contiennent soient suivies. En l'espèce, un bon nombre des propriétaires réels des actions pour lesquelles des procurations avaient été accordées n'étaient pas présents à l'assemblée. L'appelante soutient qu'il était évident en soi que ces «donneurs» de procuration voulaient voter pour Price. Je trouve cette opinion insoutenable. Premièrement, il n'y a aucune preuve qu'ils aient jamais songé à la candidature de Price. Deuxièmement, ce qui est plus important, le président d'assemblée n'est pas tenu de lire dans les pensées des propriétaires réels des actions représentées à une assemblée: *Cohen-Herrendorf c. Army & Navy Department Store Holdings Ltd.* (1986), 55 Sask. R. 134 (B.R.), à la p. 148 (aux par. 80 et 81 où l'on cite des décisions de l'Ontario et du Royaume-Uni). Il n'y a aucune obligation de vérifier les procurations. Le président d'assemblée est seulement tenu de donner effet à leurs instructions. C'est précisément ce que Blair a fait, ajoutant foi à l'interprétation donnée par Osler aux ins-

55

56

will be applied pursuant to the instructions they place upon them.

57

In sum, the fact that Blair made the impugned ruling with the *bona fide* intent that Enfield have a lawfully elected board of directors constitutes evidence that he acted honestly and in good faith and with a view to the best interests of Enfield for the purposes of s. 136(1). Although his decision to disallow the proxies turned out, under judicial scrutiny, to be wrong, it did not evidence any *mala fides*. I am further buttressed in this conclusion by the fact that Blair entirely relied upon objective legal advice from corporate counsel in arriving at this decision. It is to this factor that I now turn.

(iii) The reliance on the legal advice of corporate counsel

58

How does reliance on legal advice support a claim for indemnification under s. 136(1)? At the outset, I note my agreement with the position of the Court of Appeal that mere *de facto* reliance on legal advice will not guarantee indemnification. However, reliance that is reasonable and in good faith will establish that a director or officer acted “honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation”. In the instant appeal, Blair’s reliance on Osler’s advice was both reasonable and in good faith.

59

Blair sought Osler’s advice in the broadest of terms:

“You know the law, I will take my direction from you. What should I do?”

60

Implicit in this query was not only concern over whether the proxies should be allowed, but also the question whether Blair should step down as chair, or whether he was in any position at all to make a decision. At no time did Enfield’s corporate coun-

tructions, et agissant ainsi au mieux des intérêts d’Enfield. Les absents ont le droit de s’attendre à ce que les règles en matière de procuration soient suivies, et que leurs procurations soient exécutées conformément aux instructions dont ils les assortissent.

Somme toute, le fait que Blair a pris de bonne foi la décision contestée, afin qu’Enfield ait un conseil d’administration légalement élu, prouve qu’il a agi avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts d’Enfield, conformément au par. 136(1). Bien que sa décision de rejeter les procurations se soit avérée erronée lors d’un examen judiciaire, elle ne constituait pas une preuve de mauvaise foi. Cette conclusion est étayée par le fait que Blair s’en est entièrement remis aux conseils juridiques objectifs des avocats de la société pour prendre sa décision. Je passe maintenant à l’examen de ce facteur.

(iii) Le fait que l’on s’en soit remis aux conseils juridiques des avocats de la société

Comment le fait que l’on s’en soit remis à des conseils juridiques justifie-t-il une demande d’indemnisation fondée sur le par. 136(1)? Au départ, je fais remarquer que je suis d’accord avec la position adoptée par la Cour d’appel selon laquelle le simple fait que l’on s’en soit remis à des conseils juridiques ne garantit pas l’indemnisation. Cependant, le fait qu’un administrateur ou un dirigeant s’en soit remis raisonnablement et de bonne foi à ces conseils établira qu’il a agi «avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société». En l’espèce, Blair s’en est remis raisonnablement et de bonne foi aux conseils d’Osler.

Blair a demandé des conseils à Osler en des termes on ne peut plus larges:

[TRADUCTION] «Vous connaissez la loi. Je vais faire ce que vous me direz de faire. Qu’est-ce que je devrais faire?»

Implicitement, il s’agissait non seulement de savoir si les procurations devraient être acceptées, mais encore de savoir si Blair devrait abandonner la présidence, ou s’il était en mesure de prendre une décision. À aucun moment les avocats d’En-

sel ever suggest that Blair should relinquish control of the chair. If anything, Osler advised Blair that it was his duty, as chairman, to make a ruling. Osler did not advise Blair that he should hear submissions regarding the ruling; nor did they correct Blair's decision not to allow for such submissions. The ruling made by Blair was entirely prepared by Osler: Blair read verbatim from a script, with the exception of one gratuitous comment directed at Price which, although it probably should not have been made, was, given the tense atmosphere, understandable and, even if it were not excusable, certainly did not demonstrate bad faith or an intention to undermine the best interests of the corporation.

Osler deliberated over these issues for about an hour and a half. Blair did not participate in the substantive aspects of this discussion. There were six senior corporate lawyers present and they were in constant communication with Osler's head office. Furthermore, the conclusions they reached on July 20, 1989 were in line with the conclusions arrived at the night before as well as the results of the research memoranda prepared for Enfield. The point of the matter is that there was no reason for Blair, acting reasonably, to have believed Osler was making a hasty decision based on sketchy advice. In any event, Osler was Enfield's corporate counsel and it strikes me as odd that it would amount to "bad faith" or a dereliction of a chairman's duty of care not to solicit a second opinion from an independent legal counsel.

The evidentiary record reveals that Blair believed that, in relying on the advice of Enfield's corporate counsel, he acted in a prudent manner, in good faith and with a view to Enfield's best interests. Blair goes so far as to affirm in discovery:

... having gone through an hour, an hour and a half of deliberation, including a discussion with other counsel

field n'ont laissé entendre que Blair devrait abandonner la présidence. Osler a plutôt avisé Blair qu'il était tenu, à titre de président d'assemblée, de prendre une décision. Osler n'a pas conseillé à Blair d'entendre des arguments au sujet de la décision; il n'a pas non plus corrigé la décision de Blair de ne pas permettre la présentation de tels arguments. La décision de Blair a été entièrement préparée par Osler: Blair a lu textuellement une déclaration, à l'exception d'un commentaire injustifié à l'égard de Price, qui, même s'il n'aurait probablement pas dû être fait, était compréhensible compte tenu de l'atmosphère tendue, et, même s'il n'était pas excusable, ne démontrait certainement pas de la mauvaise foi ou une intention d'agir à l'encontre des intérêts de la société.

Osler a délibéré sur ces questions pendant environ une heure et demie. Blair n'a pas participé au fond de cette discussion. Six avocats principaux spécialisés en droit des sociétés étaient présents et ils étaient en communication permanente avec le bureau principal d'Osler. De plus, les conclusions qu'ils ont tirées le 20 juillet 1989 concordaient avec les conclusions de la nuit précédente, de même qu'avec les résultats des mémoires de recherche préparés pour Enfield. En fait, il n'y avait aucune raison pour Blair, agissant raisonnablement, de croire qu'Osler prenait une décision hâtive fondée sur une opinion incomplète. Quoi qu'il en soit, les avocats du cabinet Osler étaient conseillers juridiques de la société, et je trouve particulièrement étrange que l'on puisse considérer que l'omission de demander une seconde opinion à un conseiller juridique indépendant traduit de la «mauvaise foi» ou un manquement à l'obligation de diligence qui incombe au président d'assemblée.

La preuve révèle que Blair a cru agir prudemment, de bonne foi et au mieux des intérêts d'Enfield en s'en remettant aux conseils des avocats de la société. Lors de l'interrogatoire préalable, Blair va jusqu'à dire:

[TRADUCTION] ... après une heure, une heure et demie de délibérations, y compris une discussion avec d'autres

61

62

in their firm, and gone through a full process, I would have felt compelled to accept their advice and act on it.

avocats à leur cabinet, et après avoir fait le tour de la question, je me serais senti forcé d'accepter leurs conseils et d'agir en conséquence.

63

If anything, I am sympathetic to the respondent's submission that he believed that the rejection of Osler's advice, which is what the appellant appears to suggest Blair should have done, could not be in Enfield's best interest:

En fait, je comprends l'argument de l'intimé voulant qu'il ait cru que rejeter les conseils d'Osler, ce que l'appelante semble dire que Blair aurait dû faire, ne pouvait être au mieux des intérêts de la société:

- (a) Blair was not qualified to interpret and apply the law to the ballots and proxies;
- (b) Blair owed a duty to shareholders to see that the instructions contained in their proxies were followed;
- (c) The shareholders who had not received notice of the surprise nomination of Price and who were not present at the shareholders' meeting and who held enough votes to change the result had they received notice might have a cause of action if Price were declared elected against the advice of Enfield's counsel;
- (d) The shareholders who were represented by management proxies had no opportunity to assess Price or to vote in relation to his candidacy, and they relied on Enfield and its chairman to ensure that their rights at the meeting were protected.

- a) Blair n'était pas qualifié pour interpréter et appliquer la loi aux bulletins de vote et aux procurations;
- b) Blair avait envers les actionnaires l'obligation de veiller à ce que les instructions contenues dans leurs procurations soient suivies;
- c) Les actionnaires qui n'avaient pas été avisés de la nomination inopinée de Price, qui n'étaient pas présents à l'assemblée des actionnaires et qui auraient détenu assez de droits de vote pour changer le résultat s'ils avaient été avisés, auraient pu avoir une cause d'action si Price avait été déclaré élu malgré les conseils des avocats d'Enfield;
- d) Les actionnaires qui étaient représentés par des procurations de la direction n'avaient aucune possibilité d'évaluer Price ou de voter sur sa candidature, et ils s'en remettaient à Enfield et à son président d'assemblée pour ce qui était de la protection de leurs droits au cours de l'assemblée.

64

In deciding not to reject the advice of counsel, Blair in fact fulfilled his fiduciary duty. Consequently, I would disagree with J. Holland J. to the extent that he held otherwise in a series of *obiter* comments not necessary to the resolution of the question before him (i.e. whether, upon their true construction, the proxies were validly voted).

En décidant de ne pas rejeter les conseils des avocats, Blair a, en fait, rempli son obligation fiduciaire. Par conséquent, je ne partagerais pas l'avis du juge J. Holland, dans la mesure où il a conclu le contraire dans une série de commentaires incidents qui n'étaient pas nécessaires pour trancher la question dont il était saisi (à savoir si, d'après leur sens véritable, les procurations avaient été utilisées valablement).

65

The appellant cites some case law in favour of the proposition that reliance on legal advice in and of itself does not entitle an officer or director to indemnification: *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; *Exco Corp. v. Nova Scotia Savings & Loan Co.* (1987), 35 B.L.R. 149

L'appelante cite certaines décisions judiciaires à l'appui de la proposition voulant que le fait qu'il s'en soit remis à des conseils juridiques ne confère pas en soi à un dirigeant ou à un administrateur le droit à une indemnisation: *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Exco Corp. c. Nova*

(N.S.S.C.T.D.). Although this principle is found in the jurisprudence, it is not really relevant to the case at bar, given that the decision to permit Blair to be indemnified is not grounded in and of itself in Blair's reliance on the erroneous advice yet, instead, takes root in several considerations, such as the fact that he did not breach his duties as chairman, and is further coloured by the fact that the reliance on Osler's advice was fully made in good faith. I note that the case law cited by the appellant establishes that reliance on counsel's advice (even if it leads to a deleterious result) will strongly militate against a finding of *mala fides* or fiduciary breach, such a finding being necessary to disentitle one from indemnification. For example, in *Exco* at pp. 220-21, Richard J. held:

The presence of . . . counsel . . . do[es] have the result of absolving the directors of any allegation of bad faith with respect to their actions . . . Directors have a right, indeed a duty to rely on the opinion of counsel . . .

Although what the directors did, as a board, may have been unlawful, no liability can attach to the directors personally for what they did, having first received advice from . . . counsel who held himself out as having experience and expertise in that area of law. [Emphasis added.]

And, in *Rafuse, supra*, at pp. 215-16, Le Dain J. held:

The executive officers of the . . . Company and the members of the Executive Committee of the Board of Directors did not have a duty of care with respect to the legal aspects of a transaction other than to retain qualified solicitors to perform the necessary legal services . . . They might well have been negligent had they relied on their own legal judgment in such a case . . . the trust company "took the only course open to it to determine the validity of the mortgage, namely, consulting the solicitors."

It was reasonable for Blair to believe, and the evidence shows he did believe, that reliance on the

Scotia Savings & Loan Co. (1987), 35 B.L.R. 149 (C.S.N.-É. 1^{re} inst.). Même si ce principe se dégage de la jurisprudence, il n'est pas vraiment pertinent en l'espèce, étant donné que la décision de permettre à Blair d'être indemnisé ne s'appuie pas en soi sur le fait que Blair s'en est remis à des conseils erronés, mais découle plutôt de diverses considérations, comme le fait qu'il n'a pas manqué à ses obligations de président d'assemblée, et qu'elle s'explique en outre par le fait que c'est entièrement de bonne foi qu'il s'en est remis aux conseils d'Osler. Je souligne que la jurisprudence citée par l'appelante établit que le fait que l'on s'en soit remis aux conseils d'un avocat (même si cela mène à un résultat malheureux) milite fortement contre une conclusion à la mauvaise foi ou à un manquement à une obligation fiduciaire, laquelle conclusion est nécessaire pour faire perdre le droit à l'indemnisation. Par exemple, le juge Richard statue dans *Exco*, aux pp. 220 et 221:

[TRADUCTION] La présence de l'avocat [. . .] [a] pour résultat d'écartier toute allégation de mauvaise foi relative aux actes des administrateurs. [. . .] Les administrateurs ont le droit, en fait le devoir, de s'en remettre à l'opinion de l'avocat . . .

Bien que ce que les administrateurs ont fait, comme conseil d'administration, puisse être illégal, la responsabilité personnelle des administrateurs ne peut être engagée pour leurs actes, étant donné qu'ils ont d'abord obtenu les conseils de l'avocat [. . .], qui se disait expérimenté et expert dans ce domaine du droit. [Je souligne.]

Et, dans l'arrêt *Rafuse*, précité, aux pp. 215 et 216, le juge Le Dain affirme:

Les administrateurs de [la société] et les membres du comité exécutif du conseil d'administration n'avaient pas, à l'égard des aspects juridiques d'une opération, d'autre obligation de diligence que celle de retenir les services d'avocats compétents pour fournir les services juridiques nécessaires. [. . .] Ils auraient bien pu faire preuve de négligence si, dans un tel cas, ils s'en étaient remis à leur propre jugement juridique. [. . .] la société de fiducie [TRADUCTION] «a eu recours au seul moyen dont elle disposait pour déterminer la validité de l'hypothèque, savoir la consultation des avocats».

Il était raisonnable que Blair croie, et la preuve montre que cela a été effectivement le cas, qu'il

advice of Osler was the only course open to him. Thus, it is clear that Blair fulfilled his duty of care under the *Rafuse* standard. This militates against a finding that he should not be indemnified for the subsequent litigation initiated by Canadian Express. I also note that such a conclusion is consonant with jurisprudence in other contexts which has held that reliance on actuarial and legal advice obtained from competent sources would militate against a finding of misconduct: *Bathgate v. National Hockey League Pension Society* (1994), 16 O.R. (3d) 761, leave to appeal to the Supreme Court of Canada refused, [1994] 2 S.C.R. viii (for trustees); *Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon*, [1984] 1 S.C.R. 509, at p. 532 (a union's decision not to take a grievance to arbitration).

n'avait pas d'autre choix que de s'en remettre aux conseils d'Osler. Ainsi, il est clair que Blair a rempli son obligation de diligence au sens de l'arrêt *Rafuse*. Cela milite contre la conclusion qu'il ne devrait pas être indemnisé relativement aux procédures engagées ultérieurement par Canadian Express. Je constate aussi qu'une telle conclusion concorde avec la jurisprudence dans d'autres contextes, où on a jugé que le fait que l'on s'en soit remis à des conseils actuariels et juridiques obtenus de sources compétentes militerait contre une conclusion d'inconduite: *Bathgate c. National Hockey League Pension Society* (1994), 16 O.R. (3d) 761, autorisation de pourvoi devant la Cour suprême du Canada refusée, [1994] 2 R.C.S. viii (cas de fiduciaires); *Gilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon*, [1984] 1 R.C.S. 509, à la p. 532 (décision d'un syndicat de ne pas soumettre un grief à l'arbitrage).

68

Of considerable relevance is the fact that reliance on the work of a lawyer has been recognized within the OBCA itself as comprising part of the director's standard of care. Section 135(4) reads as follows:

135. . . .

(4) A director is not liable under section 130 or 134 [describing the fiduciary duties and duties of care governing directors' conduct] if the director relies in good faith upon,

(b) a report of a lawyer, accountant, engineer, appraiser or other person whose profession lends credibility to a statement made by any such person. [Emphasis added.]

Blair fits within the scope of s. 135(4)(b) given that there was no reason to doubt Osler's competence. Osler was apprised of all the relevant facts, and Blair acted in full accordance with the advice that was given.

Il est particulièrement pertinent de noter que la LSA elle-même reconnaît que se fier au travail d'un avocat fait partie intégrante de l'obligation de diligence de l'administrateur. Le paragraphe 135(4) est rédigé ainsi:

135. . . .

(4) N'est pas engagée, en vertu de l'article 130 ou 134 [qui décrivent les obligations fiduciaires et les obligations de diligence régissant la conduite des administrateurs], la responsabilité de l'administrateur qui, de bonne foi, se fie:

b) à un rapport émanant d'un avocat, d'un comptable, d'un ingénieur, d'un estimateur ou d'une autre personne dont la profession permet d'ajouter foi à ses déclarations. [Je souligne.]

L'alinéa 135(4)(b) s'applique à la situation de Blair, étant donné qu'il n'y avait aucune raison de douter de la compétence d'Osler. Le cabinet Osler avait été mis au courant de tous les faits pertinents, et Blair a suivi à la lettre les conseils qui lui ont été donnés.

69

I should also mention that s. 135(4) codifies the anterior common law director duties of care, in which a director would be absolved of liability if he or she relied upon the work of an official of the

Je tiens aussi à mentionner que le par. 135(4) codifie les obligations de diligence que la common law imposait auparavant aux administrateurs, selon lesquelles l'administrateur était dégagé de toute

company (in the present appeal, corporate counsel) if such work is properly left to that official and, in the absence of grounds for suspicion, the director is justified in trusting that official to perform the duty: *Re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] Ch. 407, *per Romer J.*, *aff'd* [1925] Ch. 500 (C.A.). Consequently, directors will be held liable for the misdeeds of officials of the company only if they have been personally negligent or if they have acted unreasonably in relying on an official whose honesty or competence they have reason to suspect.

On another note, I cannot accept Enfield's submission that Osler was partial to Blair and acted on behalf of Blair and was hence not independent counsel. At all material times, Osler was Enfield's corporate counsel and represented Blair in that capacity as it was professionally obliged to; in fact, the only reason Osler represented Blair at the Canadian Express application was because Enfield was joined as a co-defendant. There is no evidence whatsoever that Osler's advice to Blair during the meeting was influenced by any partiality. Its conclusion as to the validity of the proxies was reasonable and involved a complicated question of law over which J. Holland J. heard, for eight days, expert testimony before reaching his conclusion. This seems to confirm that this issue would not have been solved by giving Canadian Express representatives a few moments to address the shareholders' meeting. Further, it should be remembered that Blair, a layperson, could not have been expected to be suspicious about advice that, *prima facie*, appeared legitimate and came from Enfield's own corporate counsel. I would affirm the Court of Appeal's finding that the advice given by Osler and followed by Blair would, to a layperson in Blair's circumstances (and with his business experience), have been "ostensibly credible"

responsabilité s'il s'en était remis au travail d'un représentant de la société (en l'occurrence, les avocats de la société) et si le travail en question avait été confié à juste titre à ce représentant; en l'absence de raisons de douter, l'administrateur est justifié de faire confiance à ce représentant quant à l'exécution de ce travail: *Re City Equitable Fire Insurance Co.*, [1925] Ch. 407, le juge Romer, *conf. par* [1925] Ch. 500 (C.A.). Par conséquent, les administrateurs ne seront tenus responsables des mauvaises actions de représentants de la société que s'ils ont personnellement fait preuve de négligence ou s'ils ont agi déraisonnablement en s'en remettant à un représentant alors qu'ils avaient une raison de douter de son intégrité ou de sa compétence.

Par ailleurs, je ne puis accepter l'argument d'Enfield voulant que les avocats du cabinet Osler aient fait preuve de partialité en faveur de Blair, qu'ils aient agi pour le compte de Blair et qu'ils n'aient donc pas été des conseillers juridiques indépendants. Pendant toute la période pertinente, les avocats du cabinet Osler étaient conseillers juridiques d'Enfield et c'est à ce titre qu'ils ont représenté Blair, comme ils étaient tenus de le faire sur le plan professionnel. En fait, la seule raison pour laquelle Osler a représenté Blair lors de la demande de Canadian Express était qu'Enfield y était cité comme codéfendeur. Il n'y a pas la moindre preuve que les conseils donnés à Blair par Osler au cours de l'assemblée aient été influencés par quelque partialité que ce soit. Sa conclusion quant à la validité des procurations était raisonnable et portait sur une question de droit complexe au sujet de laquelle le juge J. Holland a entendu, pendant huit jours, des témoignages d'experts avant de tirer sa conclusion. Cela semble confirmer qu'accorder aux représentants de Canadian Express quelques instants pour s'adresser aux participants à l'assemblée des actionnaires n'aurait pas permis de régler cette question. En outre, il y a lieu de se rappeler que l'on n'aurait pas pu s'attendre à ce que Blair, qui n'était pas juriste, ait des doutes au sujet de conseils qui paraissaient légitimes à première vue et émanaient des propres avocats d'Enfield. Je suis donc d'avis de confirmer la conclusion de la Cour d'appel que les conseils donnés par Osler et

(p. 801). He thereby acted in accordance with the duties he owed.

(iv) The interests of the shareholders not present at the meeting

71 Many of the persons issuing proxies were not present at the meeting. Although they may very well have been informed of the tensions between Blair and Canadian Express, they would certainly not have expected there to be a contested election for the position of 11th director. At the time the proxies were given to Ravelston and Canadian Express, it was assumed that the 11 persons listed in the management circular would simply be elected. The evidentiary record does not reveal that anyone's mind was alerted to the possibility that the proxyholders would use the proxies to nominate Price over Blair. No notice whatsoever was given of Price's nomination. In this context, I find some merit to Blair's submission that his decision to follow Osler's advice must be viewed also in light of the interests of the shareholders not present at the meeting.

72 In the end, by following the instructions on the proxies and then requisitioning a new shareholders' meeting on July 24, 1989, Blair gave all shareholders an opportunity to make a fully informed decision regarding the election of the directors, thereby promoting the integrity of Enfield's voting procedures. Shareholders holding fully 16 percent of the shares of Enfield who were not aware that Canadian Express would attempt to take control of the Board were thus placed in a position of being able to make an informed choice as to how to vote (see judgment of the Court of Appeal, at p. 801). The corollary is that Canadian Express suffered no prejudice in respect of its voting rights in that it had the opportunity to nominate and support Price at the new meeting or pursue legal action against Enfield. Instead of waiting for the newly requisitioned meeting (at which it could have ensured that its proxies would be filled out as *per* Osler's

suivis par Blair auraient été [TRADUCTION] «manifestement crédibles» (p. 801) pour une personne non juriste placée dans la situation de Blair (et possédant son expérience des affaires). Blair a donc agi conformément aux obligations qui lui incombaient.

(iv) Les intérêts des actionnaires non présents à l'assemblée

Bon nombre des personnes ayant donné des procurations n'étaient pas présentes à l'assemblée. Bien qu'elles aient très bien pu être au courant des tensions entre Blair et Canadian Express, elles ne s'attendaient certainement pas à ce que l'élection du onzième administrateur soit contestée. Au moment où les procurations ont été remises à Ravelston et à Canadian Express, on présumait que les 11 personnes nommées dans la circulaire de la direction seraient tout simplement élues. D'après la preuve, personne ne croyait que les fondés de pouvoir pourraient utiliser les procurations pour nommer Price plutôt que Blair. Aucun avis de la nomination de Price n'a été donné. Dans ce contexte, je considère comme étant fondé jusqu'à un certain point l'argument de Blair voulant que sa décision de suivre les conseils d'Osler doive être également appréciée en fonction des intérêts des actionnaires qui n'assistaient pas à l'assemblée.

Finalement, en suivant les instructions contenues dans les procurations et en demandant, le 24 juillet 1989, qu'une nouvelle assemblée des actionnaires soit convoquée, Blair a donné à tous les actionnaires la possibilité de prendre une décision parfaitement éclairée au sujet de l'élection des administrateurs, et a préservé de ce fait l'intégrité des procédures de scrutin d'Enfield. Les actionnaires qui détenaient 16 pour 100 des actions d'Enfield et qui ne savaient pas que Canadian Express essaierait de prendre le contrôle du conseil d'administration étaient donc en mesure de faire un choix éclairé quant à leur façon de voter (voir l'arrêt de la Cour d'appel, à la p. 801). Il s'ensuit que Canadian Express n'a subi aucun préjudice quant à ses droits de vote, étant donné qu'elle avait la possibilité de nommer et d'appuyer Price lors de la nouvelle assemblée, ou d'intenter une action en justice contre Enfield. Au lieu d'attendre la tenue de la

instructions), Canadian Express took the far more circuitous route of obtaining Price's election through the court system, with the hope of transferring the costs thereof upon Blair. A similar observation was made by Carthy J.A. (at pp. 802-3):

Given the opportunity provided by Blair's requisition of the meeting on July 24 the more obvious question is why Canadian Express did not drop the litigation. In a way, it was being offered the opportunity to correct the mistake that had apparently been made on July 19 and 20. It was up to the board of Enfield to set the date for the meeting, and at a meeting on July 27 it was decided, without dissent and without Blair's involvement, to do nothing until the outcome of the court case was known

Blair added nothing to the costs of the proceedings, his requisition of an annual meeting made it possible for the board to hold one before the litigation reached the courtroom, and his conduct was consistent with his protestations throughout that he had no interest in leading the company if voted out by a majority of informed shareholders. [Emphasis added.]

In my mind, the fact that Blair promptly, and contrary to his personal interests, requisitioned a new meeting constitutes further evidence that his actions were taken with a view to the best interests of Enfield. If anything, Canadian Express's decision to pursue this matter through litigation drives against the well-being of Enfield's shareholders, especially those who have no personal interest in who acts as the 11th director, provided simply that individual discharge his or her duties to the corporation in a competent and trustworthy manner.

(v) Policy concerns

Permitting Blair to be indemnified is consonant with the broad policy goals underlying indemnity provisions; these allow for reimbursement for reasonable good faith behaviour, thereby discouraging the hindsight application of perfection. Indemnification is geared to encourage responsible beha-

nouvelle assemblée demandée (à laquelle elle aurait pu s'assurer que ses procurations seraient exécutées conformément aux directives d'Osler), Canadian Express a emprunté la voie beaucoup plus sinueuse des procédures judiciaires pour obtenir l'élection de Price, en espérant que Blair en assumerait les frais. Le juge Carthy fait une observation similaire (aux pp. 802 et 803):

[TRADUCTION] Compte tenu de l'occasion fournie, le 24 juillet, par la demande de tenue d'une assemblée présentée par Blair, la question la plus évidente qui se pose est de savoir pourquoi Canadian Express n'a pas laissé tomber les procédures judiciaires. En un sens, on lui donnait la possibilité de corriger l'erreur qui avait apparemment été commise les 19 et 20 juillet. Il revenait au conseil d'administration d'Enfield de choisir la date de l'assemblée et, à la réunion du 27 juillet, il a été décidé, à l'unanimité et sans la participation de Blair, de ne rien faire jusqu'à l'issue du procès

Blair n'a rien ajouté aux frais des procédures, sa demande d'assemblée annuelle permettait au conseil d'administration d'en tenir une avant l'audition du litige, et sa conduite était conforme à ses protestations répétées selon lesquelles il n'avait aucun intérêt à diriger la société s'il n'était pas réélu par une majorité d'actionnaires bien informés. [Je souligne.]

À mon avis, le fait que Blair ait promptement, et contrairement à ses intérêts personnels, demandé que l'on tienne une nouvelle assemblée constitue une preuve de plus qu'il a agi au mieux des intérêts d'Enfield. C'est plutôt la décision de Canadian Express de régler la question par la voie de procédures judiciaires qui va à l'encontre du bien-être des actionnaires d'Enfield, en particulier ceux qui n'ont aucun intérêt personnel quant à la personne qui occupe le onzième poste d'administrateur, pourvu simplement que cette personne remplisse fidèlement et avec compétence ses obligations envers la société.

(v) Préoccupations de principe

Permettre à Blair d'être indemnifié est conforme aux objectifs de principe généraux qui sous-tendent les dispositions en matière d'indemnisation; celles-ci permettent le remboursement dans les cas de conduite raisonnable et de bonne foi, décourageant ainsi l'application après coup de

viour yet still permit enough leeway to attract strong candidates to directorships and consequently foster entrepreneurship. It is for this reason that indemnification should only be denied in cases of *mala fides*. A balance must be maintained. As noted by Ziegel et al. *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, vol. 1 (3rd ed. 1994), at p. 523:

If an officer or director is compensated for acts of fraud or misappropriation effected against the corporation and its shareholders, then, apart from the negative publicity aspect of an explicit judgment against the director or officer, there will be little deterrent value left in legal controls, and agency costs will be left uncontrolled. In essence, indemnification would be tantamount to an employment contract recognizing that a director owes no duty to various corporate constituencies.

Despite the concerns with unrestrained managerial opportunism, a blanket prohibition against arrangements designed to minimize the impact of civil liability may be overbroad. There may be situations in which directors and officers are held liable for conduct that was not coloured by any opportunistic behavior, and reflects outcomes that are the by-product of legitimate business judgments. [Emphasis added.]

75

Given the circumstances of this appeal, denying Blair indemnification would, in my mind, run afoul of these policy concerns. See also Daniels and Hutton, "The Capricious Cushion: The Implications of the Directors' and Officers' Insurance Liability Crisis on Canadian Corporate Governance" (1993), 22 *Can. Bus. L.J.* 182, at p. 187:

To temper excessive care and activity level reactions to potential gatekeeper liability, modern corporate law statutes permit a corporation to indemnify a director for any expense reasonably incurred in defending, settling or satisfying a judgment for any action, provided that the director's fiduciary duty to act "honestly and in good

normes de perfection. L'indemnisation vise à encourager la conduite responsable, mais laisse tout de même assez de latitude pour attirer des candidats solides aux postes d'administrateurs, et favorise donc l'esprit d'entreprise. C'est pour cette raison que l'indemnisation ne devrait être refusée que dans les cas de mauvaise foi. Il faut maintenir l'équilibre. Comme l'ont fait remarquer Ziegel et autres, dans *Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations*, vol. 1 (3^e éd. 1994), à la p. 523:

[TRADUCTION] Si un dirigeant ou un administrateur est indemnisé pour des actions frauduleuses ou des détournements faits au détriment de la société et de ses actionnaires, alors, à part la publicité négative qui pourrait entourer un jugement explicite contre ce dirigeant ou cet administrateur, les mécanismes de contrôle prévus par la loi n'auront pas beaucoup d'effet de dissuasion, et les coûts d'encadrement ne feront l'objet d'aucun contrôle. Essentiellement, l'indemnisation équivaudrait à un contrat de travail reconnaissant que l'administrateur n'a aucune obligation envers divers groupes de la société.

Malgré les craintes d'opportunisme effréné de la part de la direction, une interdiction générale de toute convention visant à minimiser l'incidence de la responsabilité civile peut être exagérée. Il peut se présenter des situations où les administrateurs et les dirigeants sont tenus responsables d'une conduite qui n'était entachée d'aucun opportunisme, et qui reflète des résultats constituant le sous-produit de décisions d'affaires légitimes. [Je souligne.]

Compte tenu des circonstances du présent pourvoi, j'estime que refuser à Blair l'indemnisation irait à l'encontre de ces préoccupations de principe. Voir aussi Daniels et Hutton, «The Capricious Cushion: The Implications of the Directors' and Officers' Insurance Liability Crisis on Canadian Corporate Governance» (1993), 22 *Can. Bus. L.J.* 182, à la p. 187:

[TRADUCTION] Afin de tempérer les réactions de prudence et d'activité excessives face au risque d'engager une responsabilité de «gardien», les lois modernes sur les sociétés permettent à une société d'indemniser un administrateur de toutes les dépenses raisonnablement engagées pour se défendre, régler une action ou satis-

faith and with a view to the best interests of the corporation” has been fulfilled.

VI. Conclusion And Disposition

The appeal is dismissed. Blair’s ruling was made with the *bona fide* intent that the corporation have a lawfully elected Board of Directors. It is insufficient to say retrospectively that Blair “should have” acted differently or that he did not handle things perfectly in order to deny indemnification under s. 136(1). Actual *mala fides* must be shown such that the director did not act with a view to the best interests of the corporation. This has not been demonstrated in this case. Therefore Blair is entitled to indemnification for the costs arising out of the application before J. Holland J. (though not for the costs of appealing J. Holland J.’s decision regarding the validity of the impugned proxies, and the expenses related thereto, which Carthy J.A. found not to have been reasonably incurred).

As pronounced at the hearing of the appeal, the appeal is dismissed with costs to the respondent on a solicitor-client basis. After the judgment was pronounced but before reasons were released, Blair brought a motion under rules 5 and 51 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, SOR/83-74, for an extension of time and a rehearing, to seek clarification of this Court’s order with respect to costs. Upon consideration of the materials filed by Blair and Enfield in connection with the motion, and upon consideration of all the circumstances, Blair is awarded his costs on a solicitor and client scale not only in this Court but also in the proceedings before Carruthers J. and in the Ontario Court of Appeal.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Borden & Elliot, Toronto.

Solicitors for the respondent: Patricia A. Virc, Collingwood, Ont.

faire à un jugement relatif à une action, pourvu qu’il ait rempli son obligation fiduciaire d’agir «avec intégrité et de bonne foi au mieux des intérêts de la société».

VI. Conclusion et dispositif

Le pourvoi est rejeté. Blair a pris sa décision de bonne foi, dans l’intention que la société ait un conseil d’administration légalement élu. Il ne suffit pas d’affirmer rétrospectivement que Blair «aurait dû» agir différemment ou qu’il n’a pas fait exactement ce qu’il devait faire, pour lui refuser l’indemnisation prévue au par. 136(1). Il faut démontrer l’existence réelle de mauvaise foi de manière à établir que l’administrateur n’a pas agi au mieux des intérêts de la société. Cela n’a pas été fait en l’espèce. C’est pourquoi Blair a droit à l’indemnisation des frais découlant de la demande devant le juge J. Holland (quoique non des frais d’appel de la décision du juge J. Holland portant sur la validité des procurations contestées et sur les dépenses y relatives que le juge Carthy n’a pas jugées raisonnables).

Conformément au jugement prononcé à l’issue de l’audience, le pourvoi est rejeté et l’intimé a droit à ses dépens sur la base procureur-client. Après que le jugement eut été rendu mais avant le dépôt des motifs, Blair a présenté une requête fondée sur les art. 5 et 51 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/83-74, en vue d’obtenir une prorogation de délai et une nouvelle audition qui permettraient de clarifier l’ordonnance que notre Cour a rendue en matière de dépens. Après examen des documents produits par Blair et Enfield relativement à cette requête, et compte tenu de toutes les circonstances, Blair a droit à ses dépens sur la base procureur-client non seulement devant notre Cour mais encore relativement aux procédures devant le juge Carruthers et la Cour d’appel de l’Ontario.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l’appelante: Borden & Elliot, Toronto.

Procureurs de l’intimé: Patricia A. Virc, Collingwood (Ont.).

**Michael Ronald Patriquen and Barry
Alexander Nagy** *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. PATRIQUEN

File Nos.: 24535, 24536.

1995: October 30.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
NOVA SCOTIA

Constitutional law — Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Evidence — Whether or not admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1995), 136 N.S.R. (2d) 218, 36 C.R. (4th) 363, 27 C.R.R. (2d) 135, allowing an appeal from acquittal by Nathanson J. Appeal dismissed.

Warren K. Zimmer, for the appellant Michael Ronald Patriquen.

Kevin A. Burke, Q.C., for the appellant Barry Alexander Nagy.

Bernard Laprade and James C. Martin, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ LAMER C.J. — In view of the dispute as to the scope of the concession made by the Crown at trial as regards the existence of a violation of s. 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, and given the possible reliance by the accused on such

**Michael Ronald Patriquen et Barry
Alexander Nagy** *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. PATRIQUEN

N^{os} du greffe: 24535, 24536.

1995: 30 octobre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Preuve — L'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1995), 136 N.S.R. (2d) 218, 36 C.R. (4th) 363, 27 C.R.R. (2d) 135, qui a accueilli l'appel contre un acquittement prononcé par le juge Nathanson. Pourvoi rejeté.

Warren K. Zimmer, pour l'appelant Michael Ronald Patriquen.

Kevin A. Burke, c.r., pour l'appelant Barry Alexander Nagy.

Bernard Laprade et James C. Martin, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Compte tenu du différend concernant la portée de la reconnaissance, par le ministère public au procès, de l'existence d'une violation de l'art. 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et compte tenu de la possibi-

concession when conducting their case, we feel this is not an appropriate case to pronounce upon "open-space" searches. Fortunately we are all of the view that, assuming without deciding that there was an unreasonable search and therefore a breach of s. 8 of the *Charter*, on the particular circumstances of this case we should not interfere with the Court of Appeal finding to the effect that the admission of the evidence would not tend to bring the administration of justice into disrepute.

The appeal is accordingly dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant Michael Ronald Patriquen: Warren K. Zimmer, Halifax.

Solicitor for the appellant Barry Alexander Nagy: Kevin A. Burke, Halifax.

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

lité que les accusés se fondent sur cette reconnaissance dans leurs plaidoiries, nous estimons qu'il ne convient pas en l'espèce de nous prononcer sur les fouilles ou perquisitions dans des espaces libres. Heureusement, nous sommes tous d'avis qu'à supposer, sans en décider, qu'il y a eu fouille ou perquisition abusive et donc violation de l'art. 8 de la *Charte*, nous ne devrions pas, compte tenu des circonstances de la présente affaire, modifier la conclusion de la Cour d'appel que l'utilisation de la preuve ne serait pas susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

Le pourvoi est donc rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appellant Michael Ronald Patriquen: Warren K. Zimmer, Halifax.

Procureur de l'appellant Barry Alexander Nagy: Kevin A. Burke, Halifax.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jean Polo *Respondent*

INDEXED AS: R. v. POLO

File No.: 24210.

1995: November 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Trial — Evidence — Accused convicted of sexual assault and sexual touching — Court of Appeal not erring in allowing accused's appeal and quashing conviction.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1994] Q.J. No. 249 (QL), J.E. 94-610, R.J.P.Q. 94-125, 23 W.C.B. (2d) 484, allowing the accused's appeal from his conviction of sexual assault and sexual touching. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Pierre Lapointe, for the appellant.

Josée Ferrari, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

¹ LAMER C.J. — We are all of the view that the Court of Appeal made no error in allowing the accused's appeal and quashing the conviction. Since the Crown did not request an order for a new trial in the event of a dismissal of its appeal, counsel for the respondent has stated she is not adequately prepared to argue in favour of upholding the acquittal. In the circumstances the appeal is dismissed in a majority decision;

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jean Polo *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. POLO

N° du greffe: 24210.

1995: 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 QUÉBEC

Droit criminel — Procès — Preuve — Accusé reconnu coupable d'agressions sexuelles et de contacts sexuels — Aucune erreur commise par la Cour d'appel en accueillant l'appel de l'accusé et en annulant la déclaration de culpabilité.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1994] A.Q. n° 249 (QL), J.E. 94-610, R.J.P.Q. 94-125, 23 W.C.B. (2d) 484, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'agressions sexuelles et de contacts sexuels. Pourvoi rejeté, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Pierre Lapointe, pour l'appelante.

Josée Ferrari, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Nous sommes tous d'avis que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en accueillant le pourvoi de l'accusé et en annulant la condamnation. Vu que la Couronne n'a pas demandé, subsidiairement à un rejet de son pourvoi l'ordonnance d'un nouveau procès, l'avocate de l'intimé nous déclare ne pas être prête à argumenter adéquatement au soutien du maintien de l'acquittal. Dans les circonstances le pourvoi à la majorité est rejeté, dissidente, Madame le juge L'Heureux-Dubé accueillerait en partie le

L'Heureux-Dubé J., dissenting, would allow the appeal in part and order a new trial.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Pierre Lapointe, Québec.

Solicitors for the respondent: Rolland, Pariseau, Olivier & St-Louis, Montréal.

pourvoi et ordonnerait la tenue d'un nouveau procès.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Pierre Lapointe, Québec.

Procureurs de l'intimé: Rolland, Pariseau, Olivier & St-Louis, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Raynald Mathieu *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MATHIEU

File No.: 24173.

1995: November 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Trial — Evidence — Accused convicted of sexual touching — Court of Appeal not erring in allowing accused's appeal and ordering new trial.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1994), 90 C.C.C. (3d) 415, allowing the accused's appeal from his conviction of sexual touching and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Alain Gaumond, for the appellant.*Pierre Gaudreau*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

¹ LAMER C.J. — We are all of the view that the Court of Appeal made no error in allowing the accused's appeal and ordering a new trial. The appeal is therefore dismissed.

*Judgment accordingly.**Solicitor for the appellant: Alain Gaumond, Québec.**Solicitors for the respondent: Gaudreau & Associés, Québec.***Sa Majesté la Reine** *Appelante*

c.

Raynald Mathieu *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. MATHIEU

N° du greffe: 24173.

1995: 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 QUÉBEC

Droit criminel — Procès — Preuve — Accusé reconnu coupable de contacts sexuels — Aucune erreur commise par la Cour d'appel en accueillant l'appel de l'accusé et en ordonnant la tenue d'un nouveau procès.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1994), 90 C.C.C. (3d) 415, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de contacts sexuels, et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Alain Gaumond, pour l'appelante.*Pierre Gaudreau*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Nous sommes tous d'avis que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en accueillant le pourvoi de l'accusé et en ordonnant un nouveau procès. Le pourvoi est donc rejeté.

*Jugement en conséquence.**Procureur de l'appelante: Alain Gaumond, Québec.**Procureurs de l'intimé: Gaudreau & Associés, Québec.*

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jacques Fleurant *Respondent*

INDEXED AS: R. v. FLEURANT

File No.: 24310.

1995: November 2.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Criminal law — Trial — Evidence — Accused convicted of sexual assault at trial but acquitted on appeal — Error by Court of Appeal — Conviction restored.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1994), 65 Q.A.C. 161, allowing the accused's appeal from his conviction of sexual assault. Appeal allowed.

Pierre Lapointe and Mario Tremblay, for the appellant.

Jean-Luc Paris, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered orally by

LAMER C.J. — We all share the view of Tourigny J.A. and, for the reasons she gives, we allow the appeal and restore the conviction entered by the trial judge.

Judgment accordingly.

Solicitor for the appellant: Pierre Lapointe, Québec.

Solicitors for the respondent: Pasquin & Associés, Montréal.

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Jacques Fleurant *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. FLEURANT

N° du greffe: 24310.

1995: 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 QUÉBEC

Droit criminel — Procès — Preuve — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle au procès mais acquitté en appel — Erreur de la Cour d'appel — Déclaration de culpabilité rétablie.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1994), 65 Q.A.C. 161, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé contre sa déclaration de culpabilité d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli.

Pierre Lapointe et Mario Tremblay, pour l'appelante.

Jean-Luc Paris, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu oralement par

LE JUGE EN CHEF LAMER — Nous partageons tous l'avis de Madame le juge Tourigny et, pour les motifs qu'elle énonce, nous accueillons le pourvoi et rétablissons la déclaration de culpabilité prononcée par le juge du procès.

Jugement en conséquence.

Procureur de l'appelante: Pierre Lapointe, Québec.

Procureurs de l'intimé: Pasquin & Associés, Montréal.

**Ernest John Rogalsky, Erwin Sylvester
Wiegiers and Edward Tracey
Schwandt** *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ROGALSKY

File No.: 24489.

1995: November 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
SASKATCHEWAN

*Constitutional law — Charter of Rights — Trial
within a reasonable time — Trial judge entering stay of
proceedings on account of delay — Court of Appeal
properly finding delay not unreasonable and setting stay
aside.*

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan
Court of Appeal (1994), 95 C.C.C. (3d) 41, 125
Sask. R. 271, 81 W.A.C. 271, 36 C.R. (4th) 215,
allowing the Crown's appeal from a stay of pro-
ceedings entered by the Court of Queen's Bench
(1994), 118 Sask. R. 81. Appeal dismissed.

Mark Brayford and Hugh M. Harradence, for
the appellants.

S. R. Fainstein, Q.C., and *George Dolhai*, for
the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally
by

¹ SOPINKA J. — The length of the delay in this
case is sufficient to raise the issue of reasonable-
ness. We agree with the trial judge that, in particu-
lar, the delay in the continuation of the preliminary
inquiry from December 10, 1992 to April 12, 1993
due to the late consolidation of charges by the
Crown requires an explanation. We agree, how-
ever, with the majority of the Court of Appeal that

**Ernest John Rogalsky, Erwin Sylvester
Wiegiers et Edward Tracey
Schwandt** *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. ROGALSKY

N° du greffe: 24489.

1995: 7 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA
SASKATCHEWAN

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Procès
dans un délai raisonnable — Arrêt des procédures pro-
noncé par le juge du procès en raison du délai — Délai
non jugé déraisonnable à bon droit et annulation de
l'arrêt des procédures par la Cour d'appel.*

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de
la Saskatchewan (1994), 95 C.C.C. (3d) 41, 125
Sask. R. 271, 81 W.A.C. 271, 36 C.R. (4th) 215,
qui a accueilli l'appel du ministère public contre
un arrêt des procédures prononcé par la Cour du
Banc de la Reine (1994), 118 Sask. R. 81. Pourvoi
rejeté.

Mark Brayford et Hugh M. Harradence, pour les
appelants.

S. R. Fainstein, c.r., et *George Dolhai*, pour l'in-
timée.

Version française du jugement de la Cour rendu
oralement par

LE JUGE SOPINKA — Le délai a été suffisamment
long en l'espèce pour soulever la question du
caractère raisonnable. Nous sommes d'accord avec
le juge du procès pour dire que, en particulier, il y
aurait lieu d'expliquer le délai dans la poursuite de
l'enquête préliminaire, qui a été reportée du 10
décembre 1992 au 12 avril 1993 en raison de la
réunion tardive des chefs d'accusation par le

the trial judge erred in attributing the entire period of this delay to the Crown. While the Crown must bear some responsibility for the adjournment of the preliminary inquiry, this did not justify a finding that the entire period of delay should be attributed to the Crown.

The long period of the adjournment of four months was necessitated in order to accommodate the schedules of counsel. In this respect we adopt the following passage from the reasons of Cameron J.A.:

The Crown, of course, was prepared to continue . . . [b]ut that was not convenient to defence counsel. And so the judge, though he had the power to override their wishes and forge ahead, adjourned until April 12th to accommodate them.

((1994), 95 C.C.C. (3d) 41, at p. 55.)

There is no evidence to support a conclusion that the consent of counsel to this adjournment constituted an acquiescence in the inevitable. Attribution of the entire period of delay to the Crown by the trial judge justified the intervention of the Court of Appeal. Taking into account that the entire period of four months cannot be attributed to the Crown and also taking into account all relevant circumstances, we agree with the majority of the Court of Appeal that the delay in this case was not unreasonable. Accordingly, the appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Harradence, Longworth, Logue & Harradence, Prince Albert.

Solicitor for the respondent: George Thomson, Ottawa.

ministère public. Cependant, tout comme la Cour d'appel à la majorité, nous sommes d'avis que le juge du procès a commis une erreur en attribuant la totalité de ce délai au ministère public. Bien que le ministère public doive assumer une partie de la responsabilité pour l'ajournement de l'enquête préliminaire, cela ne justifie pas la conclusion que la totalité du délai devrait lui être attribuée.

Le long ajournement de quatre mois était nécessaire afin de concilier les horaires des avocats. À cet égard, nous adoptons l'extrait suivant des motifs du juge Cameron de la Cour d'appel:

[TRADUCTION] Il va sans dire que le ministère public était disposé à poursuivre [. . .] [m]ais cela ne convenait pas aux avocats de la défense. Bien qu'il ait eu le pouvoir de passer outre à leurs désirs et de poursuivre, le juge a ajourné jusqu'au 12 avril pour leur être utile.

((1994), 95 C.C.C. (3d) 41, à la p. 55.)

Aucun élément de preuve ne permet d'appuyer une conclusion que le consentement des avocats à cet ajournement constituait une reconnaissance de l'inévitable. L'attribution de la totalité du délai au ministère public par le juge du procès justifiait l'intervention de la Cour d'appel. Compte tenu du fait que la totalité du délai de quatre mois ne peut pas être attribuée au ministère public et compte tenu également de toutes les circonstances pertinentes, nous convenons avec la Cour d'appel à la majorité que le délai en l'espèce n'était pas déraisonnable. En conséquence, le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants: Harradence, Longworth, Logue & Harradence, Prince Albert.

Procureur de l'intimée: George Thomson, Ottawa.

Gérard Marc *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MARC

File No.: 24588.

1995: November 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NEW BRUNSWICK

Criminal law — Trial — Charge to jury — Accused convicted of second degree murder — No error in charge to jury — Conviction upheld.

APPEAL from a judgment of the New Brunswick Court of Appeal (1995), 159 N.B.R. (2d) 183, 409 A.P.R. 183, dismissing the accused's appeal from his conviction of second degree murder. Appeal dismissed.

Scott F. Fowler, for the appellant.

Luc Labonté and *Ronald Leblanc*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

¹ SOPINKA J. — This is an appeal as of right. We agree with the majority of the Court of Appeal that there was no error in the charge to the jury.

² The appeal is dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Fowler & Fowler, Moncton.

Solicitor for the respondent: Luc Labonté, Moncton.

Gérard Marc *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MARC

N° du greffe: 24588.

1995: 7 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU NOUVEAU-BRUNSWICK

Droit criminel — Procès — Exposé au jury — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré — Aucune erreur dans les directives au jury — Déclaration de culpabilité maintenue.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick (1995), 159 R.N.-B. (2^e) 183, 409 A.P.R. 183, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre la déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré prononcée contre lui. Pourvoi rejeté.

Scott F. Fowler, pour l'appelant.

Luc Labonté et *Ronald Leblanc*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE SOPINKA — Il s'agit d'un pourvoi de plein droit. Tout comme la Cour d'appel à la majorité, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas eu d'erreur dans les directives au jury.

Le pourvoi est rejeté.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appelant: Fowler & Fowler, Moncton.

Procureur de l'intimée: Luc Labonté, Moncton.

A. W. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. W. (A.)

File No.: 24414.

1995: November 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Procedure — Evidence — Trial judge intervening extensively in examination of witnesses — Whether or not inadmissible expressions of opinion sufficiently prejudicial to render trial unfair.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 94 C.C.C. (3d) 441, 75 O.A.C. 130, dismissing an appeal from conviction by Dandie J. Appeal allowed, Gonthier J. dissenting.

Brian H. Greenspan and Sharon E. Lavine, for the appellant.

Ian R. Smith, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered orally by

LA FOREST J. — The majority is of the view that the appeal should be allowed for the reasons given by the dissenting judge, Brooke J.A. in the Court of Appeal (1994), 94 C.C.C. (3d) 441, 75 O.A.C. 130. The appeal is accordingly allowed, the conviction is set aside and a new trial is ordered. Gonthier J., dissenting, would have dismissed the appeal for the reasons of Arbour J.A.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellant: Greenspan, Humphrey, Toronto.

A. W. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. W. (A.)

N° du greffe: 24414.

1995: 10 novembre.

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

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

Droit criminel — Procès — Procédure — Preuve — Intervention importante du juge du procès dans l'interrogatoire des témoins — Des opinions inadmissibles exprimées sont-elles suffisantes pour rendre le procès inéquitable?

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 94 C.C.C. (3d) 441, 75 O.A.C. 130, qui a rejeté un appel contre une déclaration de culpabilité prononcée par le juge Dandie. Pourvoi accueilli, le juge Gonthier est dissident.

Brian H. Greenspan et Sharon E. Lavine, pour l'appellant.

Ian R. Smith, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE LA FOREST — La Cour à la majorité est d'avis qu'il y a lieu d'accueillir le pourvoi pour les raisons exposées par le juge Brooke, dissident en Cour d'appel (1994), 94 C.C.C. (3d) 441, 75 O.A.C. 130. Le pourvoi est donc accueilli, la déclaration de culpabilité est annulée et un nouveau procès est ordonné. Le juge Gonthier, dissident, aurait rejeté l'appel pour les raisons exposées par le juge Arbour.

Jugement en conséquence.

Procureurs de l'appellant: Greenspan, Humphrey, Toronto.

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

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

Robert A. Munroe *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. MUNROE

File No.: 24586.

1995: November 10.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Trial — Jury address by Crown counsel inflammatory — Trial judge's directions to jury adequate to prevent unfair trial.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1995), 96 C.C.C. (3d) 431, 38 C.R. (4th) 68, 79 O.A.C. 41, dismissing the accused's appeal from his conviction for second degree murder. Appeal dismissed, Cory and Major JJ. dissenting.

*Edward L. Greenspan, Q.C., and Alison Wheeler, for the appellant.**Eric Siebenmorgen, for the respondent.*

The judgment of the Court was delivered orally by

IACOBUCCI J. — Although the Court agrees with the unanimous view of the Court of Appeal for Ontario that the jury address by the Crown counsel in this case was inflammatory and repugnant to the role of Crown counsel in criminal cases, there is division among us as to the disposition of this appeal. The majority, Madame Justice L'Heureux-Dubé, Mr. Justice Gonthier and myself, would dismiss the appeal, agreeing with the conclusion of the majority in the Court of Appeal that the trial judge's directions to the jury were adequate to prevent the occurrence of an unfair or partial trial. The dissent, Mr. Justice Cory and Mr. Justice Major,

Robert A. Munroe *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. MUNROE

N° du greffe: 24586.

1995: 10 novembre.

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

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

Droit criminel — Procès — Exposé incendiaire du substitut du procureur général au jury — Directives du juge du procès au jury suffisantes pour empêcher la tenue d'un procès inéquitable.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1995), 96 C.C.C. (3d) 431, 38 C.R. (4th) 68, 79 O.A.C. 41, qui a rejeté l'appel de l'accusé contre sa déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Pourvoi rejeté, les juges Cory et Major sont dissidents.

*Edward L. Greenspan, c.r., et Alison Wheeler, pour l'appelant.**Eric Siebenmorgen, pour l'intimée.*

Version française du jugement de la Cour rendu oralement par

LE JUGE IACOBUCCI — Bien qu'elle souscrive à l'avis unanime de la Cour d'appel de l'Ontario, selon lequel l'exposé que le substitut du procureur général a fait au jury, en l'espèce, était incendiaire et incompatible avec le rôle qu'il est appelé à jouer en matière criminelle, notre Cour est partagée sur la façon de trancher le pourvoi. Les juges majoritaires, à savoir le juge L'Heureux-Dubé, le juge Gonthier et moi-même, sont d'avis de rejeter le pourvoi, souscrivant à la conclusion de la Cour d'appel à la majorité, selon laquelle les directives du juge du procès au jury étaient suffisantes pour empêcher la tenue d'un procès inéquitable ou par-

would allow the appeal for the reasons given by Galligan J.A. in the Court of Appeal.

tial. Les juges Cory et Major, dissidents, accueilleraient le pourvoi pour les raisons exposées par le juge Galligan de la Cour d'appel.

2

Accordingly, the appeal is dismissed.

Par conséquent, le pourvoi est rejeté.

Judgment accordingly.

Jugement en conséquence.

Solicitors for the appellant: Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto.

Procureurs de l'appellant: Greenspan, Rosenberg & Buhr, Toronto.

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

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

Randy Jorgensen and 913719 Ontario Limited *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. JORGENSEN

File No.: 23787.

1995: February 21; 1995: November 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 — Obscenity — Selling obscene material — Mens rea — Accused charged with “knowingly” selling obscene material without lawful justification or excuse — Interpretation of “knowingly” — Whether s. 163(2) of Criminal Code requires that retailer have knowledge of specific acts which make material obscene in law — Whether sufficient for Crown to show that retailer had general knowledge that materials deal with exploitation of sex — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163(2), (8).

Criminal law — Obscenity — Selling obscene material — Effect of provincial film board approval — Accused charged with knowingly selling obscene material “without lawful justification or excuse” — Whether provincial film board approval of obscene material negates mens rea of offence — Whether film board approval provides legal justification or excuse — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163(2), (8).

J is the sole officer of the co-accused company which owns and operates an adult video store. Undercover police agents purchased eight videotapes from that store and, despite the fact that the Ontario Film Review Board (“OFRB”) had approved all of them, J and his company were charged with eight counts of “knowingly” selling obscene material “without lawful justification or excuse” contrary to s. 163(2)(a) of the *Criminal Code*. The trial judge found three of the eight videos to be

Randy Jorgensen et 913719 Ontario Limited *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. JORGENSEN

N° du greffe: 23787.

1995: 21 février; 1995: 16 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 L'ONTARIO

Droit criminel — Obscénité — Vente de matériel obscène — Mens rea — Accusés inculpés d’avoir «sciemment» vendu du matériel obscène sans justification ni excuse légitime — Interprétation du terme «sciemment» — L’article 163(2) du Code criminel exige-t-il que le détaillant soit au courant des actes spécifiques qui rendent le matériel obscène en droit? — Est-il suffisant pour le ministère public de démontrer que le détaillant savait d’une manière générale que le matériel traitait de l’exploitation des choses sexuelles? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163(2), (8).

Droit criminel — Obscénité — Vente de matériel obscène — Effet de l’approbation par une commission de contrôle cinématographique provinciale — Accusés inculpés d’avoir sciemment vendu du matériel obscène «sans justification ni excuse légitime» — L’approbation par une commission de contrôle cinématographique provinciale du matériel obscène annule-t-elle la mens rea relative à l’infraction? — L’approbation par une commission de contrôle cinématographique constitue-t-elle une justification ou excuse légitime? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163(2), (8).

J est l’unique dirigeant de la société coaccusée qui possède et exploite un magasin de vidéocassettes pour adultes. Des policiers en civil ont acheté huit vidéocassettes au magasin et, malgré le fait que la Commission de contrôle cinématographique de l’Ontario («CCCO») les avait toutes approuvées, J et sa société ont été inculpés, en vertu de l’al. 163(2)a) du *Code criminel*, sous huit chefs d’accusation d’avoir «sciemment» vendu du matériel obscène «sans justification ni excuse

obscene within the meaning of s. 163(8) of the *Code* because some of their scenes portray explicit sex coupled with violence. She also found that, with respect to the *mens rea* for a s. 163(2) offence, the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused are aware of the presence or nature of the matter that constitutes the subject of the charge in a general sense. It is not necessary that the Crown prove the accused were aware of the specific factual contents of the forbidden material at issue. The trial judge rejected the arguments made by the accused that the OFRB approval negates any possibility that an accused acted knowingly, or constitutes a lawful justification or excuse. The accused were convicted on the three counts relating to the obscene videos. The Court of Appeal upheld the convictions.

Held: The appeal is allowed and a verdict of acquittal entered.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: It is a general rule of statutory construction that the term "knowingly" used in a criminal statute applies to all elements of the *actus reus*, and there is nothing in the language of s. 163(2), or in its legislative history, to suggest that the word "knowingly" should be given a restricted meaning. In including the word "knowingly" in s. 163(2), Parliament chose to set an onerous standard of proof in the case of sellers or retailers. Thus, to satisfy the *mens rea* requirement of the offence under s. 163(2), the Crown must show not only that the retailer was aware that the subject matter of the material had as its dominant characteristic the exploitation of sex, but also that he knew of the specific acts which make the material obscene in law. Material is generally obscene if it involves explicit sex with violence, or explicit sex which is degrading or dehumanizing. If the court is unable to specify any particular scene but still concludes that, overall, the film is obscene in law, then sufficient proof must be offered to show that the retailer was aware of the "overall" obscene nature of the film.

A retailer, however, will not be immune from charges merely because he does not know how the law defines obscenity. This would amount to the defence of mistake of law and it is well established that ignorance of the

légitime». Le juge du procès a conclu que trois des huit vidéos étaient obscènes au sens du par. 163(8) du *Code* parce que certaines scènes représentent des actes sexuels explicites accompagnés de violence. Elle a également conclu que, relativement à la *mens rea* de l'infraction prévue au par. 163(2), le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que les accusés sont au courant de la présence ou de la nature du matériel qui fait l'objet de l'accusation dans un sens général. Il n'est pas nécessaire que le ministère public prouve que les accusés étaient au courant du contenu factuel précis du matériel interdit en cause. Le juge du procès a rejeté les arguments avancés par les accusés portant que l'approbation de la CCCO écarte toute possibilité qu'un accusé ait agi sciemment, ou constitue une justification ou excuse légitime. Les accusés ont été déclarés coupables relativement aux trois chefs d'accusation portant sur les vidéocassettes obscènes. La Cour d'appel a maintenu les déclarations de culpabilité.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et un verdict d'acquiescement est inscrit.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: Il est généralement bien établi en matière d'interprétation législative que lorsqu'il est utilisé dans une loi en matière criminelle, le terme «sciemment» s'applique à tous les éléments de l'*actus reus*, et il n'y a rien dans le texte du par. 163(2) ou dans son historique qui permette de donner un sens restreint à ce terme. En utilisant le terme «sciemment» au par. 163(2), le législateur a choisi de fixer une norme de preuve exigeante dans le cas des vendeurs et des détaillants. Aussi, pour satisfaire à l'exigence de la *mens rea* relative à l'infraction prévue au par. 163(2), le ministère public doit démontrer non seulement que le détaillant savait que le matériel avait comme caractéristique dominante l'exploitation des choses sexuelles, mais qu'il était au courant des actes précis qui rendent le matériel en question obscène selon la loi. Est généralement obscène le matériel comportant des choses sexuelles explicites accompagnées de violence, ou des choses sexuelles explicites qui sont dégradantes ou déshumanisantes. Si la cour est incapable de préciser une scène en particulier mais conclut quand même que, globalement, le film est obscène selon la loi, alors une preuve suffisante doit être présentée selon laquelle le détaillant était au courant de la nature obscène «globale» du film.

Le détaillant ne jouira toutefois pas d'une immunité à l'égard des accusations simplement parce qu'il ne sait pas de quelle façon la loi définit l'obscénité. Une telle situation équivaldrait au moyen de défense de l'erreur

law is no defence. Further, proof that a retailer had “knowledge” that he was selling obscene material does not necessarily require the Crown to prove that he actually viewed the obscene material. “Knowledge” of the obscene character of the film can be acquired by means other than direct viewing. In this regard, in appropriate circumstances, the Crown can avail itself of the principles of wilful blindness. Deliberately choosing not to know something when there are reasons to believe further inquiry is necessary can satisfy the mental element of the offence. The approval of a film by a provincial censor board may be relevant to the issue of wilful blindness.

The accused’s reliance on the OFRB approval does not negate the *mens rea* of the offence. The OFRB screens and classifies films, but it is not its function to determine whether a film is obscene. While the approval of a film by a provincial censor board may be relevant to the determination of community standards of tolerance, the approval is not relevant with respect to the issue of the accused’s knowledge. The question whether a film exceeds community standards of tolerance may be characterized as a question of mixed fact and law. As such, the Crown need not generally prove intent or knowledge where these mind states are otherwise an essential ingredient of the offence, nor can the accused rely on a mistake of fact in relation to the issue. Accordingly, if the Crown establishes that the accused knew of the presence of the specific acts or set of facts in the film which the court finds exceed community standards, that is sufficient for a conviction. The Crown need not prove that the accused knew that the film exceeded community standards.

Furthermore, approval by a provincial censor board does not constitute a justification or excuse. First, one level of government cannot delegate its legislative powers to another. Second, approval by a provincial body cannot as a matter of constitutional law preclude the criminal prosecution of a charge under the *Criminal Code*. In using the words “lawful justification or excuse”, Parliament did not intend that conduct which is criminalized by s. 163(2) be rendered lawful, or that the

de droit et il est bien établi que l’ignorance de la loi ne constitue pas un moyen de défense. En outre, la preuve qu’un détaillant «savait» qu’il vendait du matériel obscène ne signifie pas nécessairement que le ministère public est tenu de prouver qu’il a en fait visionné le matériel obscène. Il est possible d’avoir la «connaissance» du caractère obscène du film par d’autres moyens que le visionnement direct. À cet égard, dans des circonstances appropriées, le ministère public peut se prévaloir des principes de l’ignorance volontaire. Le fait de choisir délibérément d’ignorer une chose lorsqu’il y a des raisons de croire qu’un examen approfondi est nécessaire peut satisfaire à l’exigence en matière d’élément moral de l’infraction. L’approbation d’un film par une commission de contrôle provinciale peut être pertinente à l’égard de la question de l’ignorance volontaire.

Le fait pour les accusés de s’être fié à l’approbation de la CCCO n’annule pas la *mens rea* de l’infraction. La CCCO visionne les films puis les classifie, mais elle n’a pas pour fonction de déterminer si un film est obscène. Si l’approbation d’un film par une commission de contrôle provinciale peut être pertinente pour déterminer les normes sociales de tolérance, elle ne l’est pas en ce qui a trait à la question de la connaissance de l’accusé. La question de savoir si un film outrepassé les normes sociales de tolérance peut être qualifiée de question mixte de fait et de droit. Ainsi, en règle générale, il n’est pas nécessaire que le ministère public démontre qu’il y avait intention ou connaissance lorsque ces états d’esprit constituent par ailleurs un ingrédient essentiel de l’infraction, et l’accusé ne peut pas non plus se fonder sur une erreur de fait relativement à la question. Par conséquent, pour qu’il y ait déclaration de culpabilité, il suffit que le ministère public démontre que les accusés étaient au courant de la présence d’actes précis ou de l’ensemble de faits dans le film qui, selon le tribunal, outrepassent les normes sociales. Le ministère public n’est pas tenu de prouver que les accusés savaient que le film outrepassait les normes sociales.

Qui plus est, l’approbation d’une commission de contrôle provinciale ne constitue pas une justification ou une excuse. Premièrement, un palier de gouvernement ne peut déléguer ses pouvoirs législatifs. Deuxièmement, l’approbation donnée par un organisme provincial ne peut, en droit constitutionnel, empêcher qu’une poursuite soit intentée à l’égard d’une accusation portée en vertu du *Code criminel*. En utilisant les termes «justification ni excuse légitime», le législateur n’a pas voulu que la conduite qui est criminalisée par le par. 163(2) devienne légitime ou que la personne qui l’adopte soit

person engaging in it be excused, as a result of a decision of a provincial body.

Since there was no evidence in this case to suggest any knowledge on the part of the accused, beyond the fact that the videos in question were sex films in the general sense that they involved the exploitation of sex, the Crown did not satisfy the *mens rea* requirements of s. 163(2) and the accused are entitled to an acquittal.

The issue of officially induced error of law as an excuse has not been considered in this appeal because the matter was not raised either here or in the courts below. It would be preferable to address this issue in a case in which it is properly raised and argued.

Per Lamer C.J.: There is agreement with Sopinka J.'s reasons on the question of the requisite *mens rea* for the offence under s. 163(2) of the *Criminal Code*, and with his conclusion that the OFRB approval of a film cannot negative the *mens rea* of this offence. On the question of whether the accused acted "without lawful justification or excuse", while the OFRB approval of the films did not justify the accused's criminal actions, in the circumstances of this case it would have permitted the accused to be excused from conviction on the basis of an officially induced error of law. Officially induced error of law is an exception to the rule that ignorance of the law does not excuse which is codified in s. 19 of the *Criminal Code*. Like the other exceptions to this rule, it ensures that the morally blameless are not made criminally responsible for their actions.

Allowing OFRB approval to constitute an excuse is not an impermissible delegation of power from one level of government to another. Officially induced error of law can only be raised after the Crown has proven all elements of the offence. As this excuse is considered only after culpability has been proven, there is no issue of the action of a provincial board precluding criminal prosecutions. Further, advice from an official of any level of government can meet the test for this excuse.

There is no particular link between the phrase "without lawful justification or excuse" and officially induced error of law. Where an accused raises an officially

excusée par suite de la décision d'un organisme provincial.

Puisque aucun élément de preuve n'a été présenté pour démontrer que les accusés avaient la connaissance requise, outre le fait que les vidéos en question étaient des films à caractère sexuel dans le sens général qu'ils comportaient l'exploitation des choses sexuelles, le ministère public n'a pas satisfait aux exigences du par. 163(2) en matière de *mens rea* et les accusés ont droit à un acquittement.

La question de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité n'a pas été examinée parce qu'elle n'a été soulevée ni devant la Cour, ni devant les juridictions inférieures. Il serait préférable d'examiner cette question dans une affaire où elle est soulevée et débattue à bon droit.

Le juge en chef Lamer: Les motifs du juge Sopinka sont acceptés sur la question de la *mens rea* requise à l'égard de l'infraction prévue au par. 163(2) du *Code criminel* et quant à sa conclusion selon laquelle l'approbation d'un film par la CCCO ne peut écarter la *mens rea* de cette infraction. En ce qui a trait à la question de savoir si les accusés ont agi «sans justification ni excuse légitime», si l'approbation des films par la CCCO ne justifiait pas les actes criminels des accusés, les circonstances de l'espèce auraient permis aux accusés de ne pas être déclarés coupables sur le fondement d'une erreur de droit provoquée par une personne en autorité. L'erreur de droit provoquée par une personne en autorité est une exception à la règle selon laquelle l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse, qui est codifiée à l'art. 19 du *Code criminel*. À l'instar des autres exceptions à la règle, elle fait en sorte que les personnes moralement innocentes ne soient pas tenues responsables de leurs actes.

Le fait d'admettre que l'approbation de la CCCO constitue une excuse n'est pas une délégation de pouvoirs inacceptable d'un palier de gouvernement à un autre. L'erreur de droit provoquée par une personne en autorité peut être soulevée seulement après que le ministère public a démontré tous les éléments de l'infraction. Comme il n'est tenu compte de cette excuse qu'après que la culpabilité a été établie, il n'est pas question que les actes d'une commission provinciale écartent les poursuites pénales. En outre, l'avis d'une personne en autorité de tout palier de gouvernement peut satisfaire au critère relatif à cette excuse.

Il n'existe aucun lien particulier entre l'expression «sans justification ni excuse légitime» et l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité. Lorsqu'un

induced error of law argument, the trial judge must assess whether the excuse is made out in law, regardless of the wording of the offence. Officially induced error is distinct from a defence of due diligence and is applicable to regulatory as well as criminal offences.

In order for an accused to rely on an officially induced error as an excuse, he must show, after establishing he made an error of law (or of mixed law and fact), that he considered his legal position, consulted an appropriate official, obtained reasonable advice and relied on that advice in his actions. When considering the legal consequences of his actions, it is insufficient for an accused who wishes to benefit from this excuse to simply have assumed that his conduct was permissible. The advice came from an appropriate official if that official was one whom a reasonable individual in the position of the accused would normally consider responsible for advice about the particular law in question. If an appropriate official is consulted, the advice obtained will generally be presumed to be reasonable unless it appears on its face to be utterly unreasonable. The advice relied on by the accused must also have been erroneous, but this fact does not need to be demonstrated by the accused. Reliance on the official advice can be shown by proving that the advice was obtained before the actions in question were commenced and by showing that the questions posed to the official were specifically tailored to the accused's situation.

A successful application of an officially induced error of law argument will lead to a judicial stay of proceedings. As a stay can only be entered in the clearest of cases, an officially induced error of law argument will only be successful in the clearest of cases. Finally, the question of whether officially induced error constitutes an excuse in law is a question of law or of mixed law and fact. While a jury may determine whether the accused is culpable, and hence whether this argument is necessary, it is for a judge to determine whether the precise conditions for this legal excuse are made out and if a stay should be entered. The elements of officially induced error are to be proven on a balance of probabilities by the accused.

accusé soulève cet argument, le juge du procès doit déterminer si l'excuse est valable en droit, peu importe le libellé de l'infraction. L'erreur provoquée par une personne en autorité est différente du moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable et elle s'applique à l'égard tant de l'infraction à la réglementation que de l'infraction criminelle.

Pour qu'un accusé puisse se fonder sur l'erreur provoquée par une personne en autorité comme excuse, il doit prouver, après avoir établi qu'il a commis une erreur de droit (ou une erreur mixte de droit et de fait), qu'il a examiné sa position à l'égard de la loi, a consulté une personne en autorité compétente en la matière, a obtenu un avis raisonnable et s'est fondé sur cet avis pour accomplir ses actes. Lorsqu'il envisage les conséquences juridiques de ses actes, il ne suffit pas que l'accusé qui souhaite profiter de cette excuse présume simplement que sa conduite était acceptable. L'avis obtenu provenait d'une personne en autorité compétente en la matière si une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé la considérerait normalement chargée de donner des avis sur la loi en question. Si une personne en autorité compétente en la matière est consultée, l'avis obtenu sera en général présumé raisonnable à moins qu'à première vue, il paraisse tout à fait déraisonnable. L'avis sur lequel l'accusé s'est fondé doit également avoir été erroné. Toutefois, il n'est pas nécessaire que l'accusé établisse ce fait. L'accusé peut démontrer qu'il s'est fondé sur l'avis de la personne en autorité par la preuve que l'avis a été obtenu avant le début des actions en cause et que les questions posées à la personne en autorité visaient expressément la situation de l'accusé.

L'application avec succès de l'argument fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité entraînera un arrêt des procédures. Comme un arrêt des procédures ne peut être prononcé que dans les cas les plus clairs, l'argument fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité n'aura gain de cause que dans les cas les plus clairs. Enfin, la question de savoir si l'erreur provoquée par une personne en autorité constitue une excuse en droit est une question de droit ou une question mixte de droit et de fait. Bien qu'un jury puisse décider si l'accusé est coupable et, partant, si cet argument est nécessaire, il incombe au juge de déterminer si les conditions précises pour l'application de cette excuse juridique sont établies et s'il convient d'inscrire un arrêt des procédures. L'accusé doit prouver selon la prépondérance des probabilités les éléments de l'erreur provoquée par une personne en autorité.

Since the accused are entitled to an acquittal in this case, nothing turns on the application of an officially induced error of law analysis. Had the accused had the requisite *mens rea* for the s. 163(2) offence, however, they would have been entitled to a judicial stay of proceedings as a result of officially induced error of law. The argument put forward by the accused would have been one based on error of law — the conclusion that the films they retailed were not legally obscene; the accused sought the OFRB opinion on these films and relied on its advice; and the OFRB was the appropriate official body to consult when seeking a determination about whether a film can be legally sold in Ontario.

Cases Cited

By Sopinka J.

Referred to: *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452; *R. v. Rees*, [1956] S.C.R. 640; *R. v. Metro News Ltd.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 35; *R. v. Cameron*, [1966] 4 C.C.C. 273 (Ont. C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1967] 2 C.C.C. 195n; *R. v. Kiverago* (1973), 11 C.C.C. (2d) 463; *R. v. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Blondin* (1970), 2 C.C.C. (2d) 118; *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569; *R. v. Prairie Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251; *Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 494; *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89; *R. v. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35; *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232.

By Lamer C.J.

Referred to: *Molis v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 356; *Long v. State*, 65 A.2d 489 (1949); *R. v. Maclean* (1974), 17 C.C.C. (2d) 84; *R. v. Potter* (1978), 3 C.R. (3d) 154; *R. v. Flemming* (1980), 43 N.S.R. (2d) 249; *R. v. MacDougall* (1981), 60 C.C.C. (2d) 137, rev'd [1982] 2 S.C.R. 605; *R. v. Ross*, [1985] Sask. D. 5845-02; *R. v. Cancoil Thermal Corp.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 295; *R. v. Provincial Foods Inc.* (1992), 111 N.S.R. (2d) 420; *R. v. Dubeau* (1993), 80 C.C.C. (3d) 54; *R. v. Erotica Video Exchange Ltd.* (1994), 163 A.R. 181; *R. v. Forster*, [1992] 1 S.C.R. 339; *R. v. Pontes*, [1995] 3 S.C.R. 44; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903.

Puisque les accusés ont droit à l'acquiescement en l'espèce, il n'y a pas lieu d'appliquer une analyse fondée sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité. Cependant, si les accusés avaient eu la *mens rea* requise pour l'infraction visée au par. 163(2), ils auraient eu droit à un arrêt des procédures par suite d'une erreur de droit provoquée par une personne en autorité. L'argument présenté par les accusés aurait été fondé sur une erreur de droit — la conclusion que les films qu'ils vendaient au détail n'étaient pas obscènes selon la loi —, les accusés ont demandé l'opinion de la CCCO à l'égard de ces films et se sont fondés sur l'avis donné, et la CCCO est l'organisme officiel compétent qu'il convenait de consulter pour tenter de déterminer si certains films peuvent être légalement vendus en Ontario.

Jurisprudence

Citée par le juge Sopinka

Arrêts mentionnés: *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452; *R. c. Rees*, [1956] R.C.S. 640; *R. c. Metro News Ltd.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 35; *R. c. Cameron*, [1966] 4 C.C.C. 273 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1967] 2 C.C.C. 195n; *R. c. Kiverago* (1973), 11 C.C.C. (2d) 463; *R. c. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Blondin* (1970), 2 C.C.C. (2d) 118; *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569; *R. c. Prairie Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251; *Towne Cinema Theatres Ltd. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 494; *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89; *R. c. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35; *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232.

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356; *Long c. State*, 65 A.2d 489 (1949); *R. c. Maclean* (1974), 17 C.C.C. (2d) 84; *R. c. Potter* (1978), 3 C.R. (3d) 154; *R. c. Flemming* (1980), 43 N.S.R. (2d) 249; *R. c. MacDougall* (1981), 60 C.C.C. (2d) 137, inf. par [1982] 2 R.C.S. 605; *R. c. Ross*, [1985] Sask. D. 5845-02; *R. c. Cancoil Thermal Corp.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 295; *R. c. Provincial Foods Inc.* (1992), 111 N.S.R. (2d) 420; *R. c. Dubeau* (1993), 80 C.C.C. (3d) 54; *R. c. Erotica Video Exchange Ltd.* (1994), 163 A.R. 181; *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339; *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 19, 163(1), (2), (6) [rep. 1993, c. 46, s. 1], (8).
Theatres Act, R.S.O. 1990, c. T.6, ss. 3(7)(a), 33(1), (2), (5) to (9).

Authors Cited

Arnold, Terence. "State-Induced Error of Law, Criminal Liability and *Dunn v. The Queen*: A Recent Non-Development in Criminal Law" (1978), 4 *Dalhousie L.J.* 559.
 Barton, P. G. "Officially Induced Error as a Criminal Defence: A Preliminary Look" (1979-80), 22 *Crim. L.Q.* 314.
 Canada. Law Reform Commission. Report 30. *Recodifying the Criminal Law*. Ottawa: The Commission, 1986.
 Canada. Law Reform Commission. Working Paper 29. *Criminal Law — The General Part: Liability and Defences*. Ottawa: The Commission, 1982.
 Kastner, Nancy S. "Mistake of Law and the Defence of Officially Induced Error" (1985-86), 28 *Crim. L.Q.* 308.
 LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
 Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal rendered October 19, 1993, dismissing the accused's appeal from their conviction under s. 163(2) of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

Alan D. Gold, for the appellants.

David Butt, for the respondent.

The following are the reasons delivered by

LAMER C.J. —

I. Introduction

This appeal from a conviction under s. 163(2) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, raises two issues for our consideration because of the

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 19, 163(1), (2), (6) [abr. 1993, ch. 46, art. 1], (8).
Loi sur les cinémas, L.R.O. 1990, ch. T.6, art. 3(7)a), 33(1), (2), (5) à (9).

Doctrine citée

Arnold, Terence. «State-Induced Error of Law, Criminal Liability and *Dunn v. The Queen*: A Recent Non-Development in Criminal Law» (1978), 4 *Dalhousie L.J.* 559.
 Barton, P. G. «Officially Induced Error as a Criminal Defence: A Preliminary Look» (1979-80), 22 *Crim. L.Q.* 314.
 Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 29. *Droit pénal — Partie générale: responsabilité et moyens de défense*. Ottawa: La Commission, 1982.
 Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 30. *Pour une nouvelle codification du droit pénal*. Ottawa: La Commission, 1986.
 Kastner, Nancy S. «Mistake of Law and the Defence of Officially Induced Error» (1985-86), 28 *Crim. L.Q.* 308.
 LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott, Jr. *Substantive Criminal Law*, vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.
 Stuart, Don. *Canadian Criminal Law: A Treatise*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.
 Williams, Glanville. *Criminal Law: The General Part*, 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario rendu le 19 octobre 1993, qui a rejeté l'appel des accusés contre la déclaration de culpabilité prononcée contre eux en application du par. 163(2) du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

Alan D. Gold, pour les appelants.

David Butt, pour l'intimée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE EN CHEF LAMER —

I. Introduction

Le présent pourvoi contre une déclaration de culpabilité fondée sur le par. 163(2) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, soulève deux

wording of the section: (i) did the accused “knowingly” sell obscene material? and (ii) did he do so “without lawful justification or excuse”? Regarding the first issue, the question of the requisite *mens rea* for this offence, I agree with the reasons of my colleague Justice Sopinka. In particular, I concur in his conclusion that the law requires the Crown to prove that an accused retailer knew of the specific acts or set of facts which lead the court to the conclusion that the material in question is obscene. The Crown is not, of course, required to prove that the accused knew the material was obscene in law, nor is the Crown required to prove that an accused actually viewed the obscene material. As my colleague has pointed out, there are other ways to acquire knowledge of the obscene character of a film. In addition, I concur in Sopinka J.’s conclusion that approval of a film by the Ontario Film Review Board (“OFRB”) cannot negate the *mens rea* of this offence. Accordingly, I concur in Sopinka J.’s disposition of the appeal; the accused are entitled to be acquitted.

2

On the second issue raised by this appeal, the question of whether the accused acted without lawful justification or excuse, I disagree with Sopinka J.’s conclusion. In my view, the circumstances of this case permit the accused to be excused from conviction on the basis of an officially induced error of law by virtue of the OFRB’s approval of the films in question. While I do not believe film board approval negates *mens rea* or justifies the accused’s criminal actions, I believe that reasonable reliance on this type of official advice is sufficient basis for a judicial stay of proceedings to be entered. Requiring that a stay be entered only in the clearest of officially induced error of law cases does not offend the maxim that ignorance of the law does not excuse. Rather, it provides an exception from this provision, in line with the existing exceptions, which ensures that the morally blame-

questions que nous devons examiner à cause du texte de la disposition: (i) l’accusé a-t-il «sciemment» vendu du matériel obscène? et (ii) l’a-t-il fait «sans justification ni excuse légitime»? En ce qui concerne la première question, qui porte sur la *mens rea* requise à l’égard de cette infraction, je souscris aux motifs de mon collègue le juge Sopinka. En particulier, je suis d’accord avec sa conclusion selon laquelle le ministère public est tenu en droit de démontrer qu’un détaillant accusé était au courant des actes précis ou de l’ensemble de faits qui amènent la cour à conclure que le matériel en question est obscène. Il va sans dire que le ministère public n’est pas tenu de prouver que l’accusé savait que le matériel était obscène au sens de la loi, ni qu’un accusé a en fait visionné le matériel obscène. Comme l’a souligné mon collègue, il y a d’autres façons d’être mis au courant du caractère obscène d’un film. De plus, je suis d’accord avec la conclusion du juge Sopinka selon laquelle l’approbation d’un film par la Commission de contrôle cinématographique de l’Ontario («CCCO») ne peut écarter la *mens rea* de cette infraction. Par conséquent, je souscris à la façon dont le juge Sopinka tranche le pourvoi; les accusés ont droit à un acquittement.

En ce qui a trait à la seconde question soulevée en l’espèce, celle de savoir si les accusés ont agi sans justification ni excuse légitime, je ne suis pas d’accord avec la conclusion du juge Sopinka. À mon avis, les circonstances de l’espèce permettent, en raison de l’approbation des films en question par la CCCO, de ne pas déclarer les accusés coupables pour le motif qu’il y a eu erreur de droit provoquée par une personne en autorité. Même si je ne crois pas que l’approbation d’une commission de contrôle écarte la *mens rea* ou justifie les actes criminels des accusés, je suis d’avis que le fait de se fonder raisonnablement sur ce genre d’avis d’une personne en autorité est suffisant pour obtenir un arrêt des procédures. Exiger que l’arrêt ne puisse être prononcé que dans les cas les plus évidents d’erreur de droit provoquée par une personne en autorité ne contrevient pas à la maxime selon laquelle l’ignorance de la loi ne constitue pas une excuse. Il s’agit plutôt d’une exception à cette disposition, conforme aux exceptions en vigueur,

less are not made criminally responsible for their actions.

To elaborate my conclusions, I will first examine the rationale of the *ignorantia juris neminem excusat* maxim which is one of the backbones of our criminal law. Next I will consider emerging trends in Canadian cases, and briefly examine the American position. I will then outline how I propose that the officially induced error of law excusing provision be limited. Finally, I will demonstrate why I believe the accused in this case would have been entitled to a judicial stay of proceedings had the *mens rea* requirement for culpability been met.

II. Analysis

A. *Ignorance of the Law Does not Excuse*

While mistakes of fact relevant to the commission of a criminal offence excuse an accused from criminal responsibility, mistakes regarding the law do not. There is no significant difference between a mistake of law and ignorance of the law (see *Molis v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 356). The common law rule that ignorance of the law does not excuse the commission of a criminal offence is codified in s. 19 of the *Criminal Code*:

19. Ignorance of the law by a person who commits an offence is not an excuse for committing that offence.

This principle is a significant barrier to the appellants here because the question of whether or not a film is obscene is a question of law, specifically a question of the interpretation and application of the definition of obscenity contained in s. 163(8) of the *Criminal Code*.

Don Stuart identifies four aspects of the rationale for the rule against accepting ignorance of the law as an excuse:

qui fait en sorte que les personnes moralement innocentes ne soient pas tenues responsables de leurs actes.

Pour expliquer mes conclusions, j'examinerai tout d'abord la justification de la maxime *ignorantia juris neminem excusat* qui constitue l'un des fondements de notre droit criminel. Ensuite, j'examinerai les nouvelles tendances jurisprudentielles et, brièvement, la position adoptée aux États-Unis. Par la suite, je soulignerai de quelle façon je propose de limiter l'exception de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité. Enfin, j'indiquerai pour quelles raisons je suis d'avis que les accusés en l'espèce auraient dû obtenir un arrêt des procédures s'ils avaient eu la *mens rea* nécessaire pour être reconnus coupables.

II. Analyse

A. *L'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse*

Même si les erreurs de fait relatives à la perpétration d'un acte criminel écartent la responsabilité criminelle d'un accusé, ce n'est pas le cas en ce qui concerne les erreurs portant sur la loi. Il n'existe pas de différence importante entre une erreur de droit et l'ignorance de la loi (voir *Molis c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 356). La règle de common law selon laquelle l'ignorance de la loi n'excuse pas la perpétration d'un acte criminel est codifiée à l'art. 19 du *Code criminel*:

19. L'ignorance de la loi chez une personne qui commet une infraction n'excuse pas la perpétration de l'infraction.

Ce principe représente un obstacle important pour les appelants en l'espèce parce que la question de savoir si un film est obscène ou non est une question de droit, particulièrement une question portant sur l'interprétation et l'application de la définition de l'obscénité que prévoit le par. 163(8) du *Code criminel*.

Don Stuart fait ressortir quatre aspects de la justification de la règle qui s'oppose à l'acceptation de l'ignorance de la loi à titre d'excuse:

1. Allowing a defence of ignorance of the law would involve the courts in insuperable evidential problems.
2. It would encourage ignorance where knowledge is socially desirable.
3. Otherwise every person would be a law unto himself, infringing the principle of legality and contradicting the moral principles underlying the law.
4. Ignorance of the law is blameworthy in itself.

(*Canadian Criminal Law: A Treatise* (3rd ed. 1995), at pp. 295-98.)

While Stuart finds the rule against ignorance of the law crude, and these principles unconvincing in the present era, this maxim is an orienting principle of our criminal law which should not be lightly disturbed. I have concluded that certain types of officially induced errors of law should be permitted to excuse an individual from criminal sanction for his actions, in part because I find that this does not infringe any of the four rationales for the ignorance of the law rule set out above.

6 Despite the importance of this rule, some exceptions to it are already well established in our law. An accused is excused when the law she was charged under was impossible to gain knowledge of because it had not been published. In addition, a certain number of our *Criminal Code* offences provide an excuse for an accused who acted with colour of right. The existence of these exceptions demonstrates that the *ignorantia juris* rule is not to be applied when it would render a conviction manifestly unjust.

7 Academic commentators for some time now have argued that a form of an officially induced error of law doctrine should be accepted by the courts as an exoneration from criminal responsibility. Reviewing the tentative steps taken by judges towards this defence, Stuart asserts that courts to date have been "too timid". He advocates a full

[TRANSLATION]

1. L'admission du moyen de défense d'ignorance de la loi causerait aux tribunaux des problèmes insurmontables en matière de preuve.
2. Elle encouragerait l'ignorance alors que la connaissance est souhaitable du point de vue social.
3. Sinon, chacun ne connaîtrait d'autre loi que la sienne, ce qui contreviendrait au principe de la légalité et contredirait les principes moraux qui sous-tendent le droit.
4. L'ignorance de la loi est répréhensible en soi.

(*Canadian Criminal Law: A Treatise* (3^e éd. 1995), aux pp. 295 à 298.)

Bien que, selon Stuart, la règle relative à l'ignorance de la loi soit sommaire et que ces principes ne soient pas convaincants de nos jours, cette maxime constitue un principe directeur de notre droit criminel qui ne devrait pas être perturbé à la légère. J'ai conclu que certains types d'erreurs de droit provoquées par une personne en autorité devraient être admis pour éviter l'imposition d'une sanction criminelle à une personne en raison de ses actes, en partie parce que je suis d'avis que cela ne compromet aucune des quatre justifications de la règle relative à l'ignorance de la loi énoncées précédemment.

Malgré son importance, cette règle comporte des exceptions qui sont déjà bien établies dans notre droit. Un accusé est excusé lorsqu'il était impossible de connaître la règle de droit en vertu de laquelle il a été inculpé parce qu'elle n'avait pas été rendue publique. De plus, un certain nombre des infractions issues de notre *Code criminel* prévoient une excuse pour l'accusé qui a agi avec apparence de droit. L'existence de ces exceptions démontre que la règle *ignorantia juris* ne doit pas être appliquée lorsqu'elle rendrait une déclaration de culpabilité manifestement injuste.

Les auteurs de doctrine soutiennent depuis maintenant assez longtemps qu'une forme de théorie fondée sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité devrait être acceptée par les tribunaux comme une exonération à l'égard de la responsabilité criminelle. En examinant les mesures provisoires adoptées par les juges à

defence, which would consider whether reliance on a particular statement of the law was reasonable, and states (at p. 317):

None of the four suggested rationales for the ignorance of the law rule is undermined. Such a defence is capable of proof, and the accused can demonstrate that he was socially responsible, not lawless and not blameworthy. Like the claim of right defence, we are considering only those who were not simply ignorant of law but made a mistake. The recognition of a common law defence of reliance on advice as to the law is a very healthy development in our criminal law and substantially ameliorates the harsh ignorance of the law rule. It is vastly preferable to the devious [case cite omitted] device of classifying the mistake made as one of mistake of fact rather than law.

The difficulty of distinguishing errors of fact from errors of law is also the starting point for Professor Barton's critique. Barton argues in support of a full justification defence which would remove the need to distinguish between errors of fact and errors of law. He would support a defence for an accused whose reliance on advice is reasonable, and he finds it difficult to distinguish advice from an official of a government agency charged with administering the law from advice given by a lawyer or a police officer. The starting point of Barton's analysis is an assessment of moral blameworthiness:

Because it is so difficult to fashion an adequate test to help distinguish between mistake of fact and of law, and because judges spend so much time focussing on this issue and miss the ultimate question of the effect, if any, of the mistake, perhaps it is time to abandon the distinction and to look at the position of the accused from the point of view of "should the accused be excused?"

l'égard de ce moyen de défense, Stuart soutient que les tribunaux ont jusqu'à présent été [TRADUCTION] «trop timides». Il propose un moyen de défense complet qui examinerait s'il était raisonnable de se fonder sur un énoncé particulier de la règle de droit, et dit (à la p. 317):

[TRADUCTION] Il n'y a atteinte à aucune des quatre justifications proposées de la règle relative à l'ignorance de la loi. Un tel moyen de défense peut être prouvé et l'accusé peut démontrer qu'il était socialement responsable et que son comportement n'était ni illégal ni répréhensible. Comme pour le moyen de défense fondé sur la prétention à un droit, nous ne tenons compte que de ceux non seulement qui ignoraient la loi mais qui ont fait une erreur. La reconnaissance d'un moyen de défense en common law fondé sur le crédit accordé à un avis sur ce qui constitue la loi marque une très saine évolution de notre droit criminel et améliore de façon importante la règle fondée sur la simple ignorance de la loi. C'est grandement préférable au moyen détourné [référence omise] qui consiste à classer l'erreur commise comme une erreur de fait plutôt que comme une erreur de droit.

La difficulté d'établir une distinction entre les erreurs de fait et les erreurs de droit constitue également le point de départ de la critique du professeur Barton. Il est en faveur d'un moyen de défense fondé sur une justification complète qui éliminerait la nécessité d'établir une distinction entre les erreurs de fait et les erreurs de droit. Il appuierait un moyen de défense à l'égard d'un accusé qui s'est fondé de façon raisonnable sur un avis et, selon lui, il est difficile d'établir une distinction entre l'avis d'un fonctionnaire d'un organisme gouvernemental responsable de l'application de la loi et l'avis d'un avocat ou d'un policier. L'analyse de Barton commence par une évaluation du caractère moralement répréhensible:

[TRADUCTION] Parce qu'il est si difficile d'énoncer un critère adéquat permettant d'établir une distinction entre l'erreur de fait et l'erreur de droit et parce que les juges passent tellement de temps à examiner cette seule question et qu'ils oublient en fin de compte la question de l'effet, s'il y a lieu, de l'erreur, le moment est peut-être venu d'abandonner la distinction et d'examiner la position de l'accusé en se demandant: «l'accusé devrait-il être excusé?».

(P. G. Barton, "Officially Induced Error as a Criminal Defence: A Preliminary Look" (1979-80), 22 *Crim. L.Q.* 314, at p. 315.)

From this perspective of moral blameworthiness, it is difficult to justify convicting an individual who has considered that her behaviour may be illegal, consulted an appropriate authority regarding the legality of her actions, and relied on the advice she obtained in a way that appears objectively reasonable.

9

Discussing the defence which he would name "state-induced error of law", in the context of reliance on a judicial decision which was later overturned, Terence Arnold states:

The principle that ignorance or mistake of law constitutes no defence is treated by many as expressing a proposition of self-evident utility and necessity. So simple and absolute a rule may have been appropriate at a time when the criminal law was narrow in scope and therefore fundamental in nature. It is not appropriate in a modern legal context, however. In recognition of this many courts and legislatures have reassessed the doctrine, retaining it in respect to certain offences or situations, modifying in respect to others. My criticism of the Court in the *Dunn* case [(1977), 21 N.S.R. (2d) 334] is not that they accept the basic mistake of law doctrine — s. 19 of the *Code* compels them to do that. It is, rather, that the Court shows no sensitivity to the fact that [the] doctrine's applicability in some situations requires reconsideration. Furthermore, in order to apply the doctrine to the fact situation urged in *Dunn* the Court had to apply a legal theory, long since abandoned by legal analysts, which has no connection with reality, does not achieve individual justice and cannot be justified on public policy grounds.

("State-Induced Error of Law, Criminal Liability and *Dunn v. The Queen*: A Recent Non-Development in Criminal Law" (1978), 4 *Dalhousie L.J.* 559, at pp. 584-85.)

Arnold's sense of injustice is perhaps overly sensitive, but his point reflects our contemporary reality. The number of laws under which any person in

(P. G. Barton, «Officially Induced Error as a Criminal Defence: A Preliminary Look» (1979-80), 22 *Crim. L.Q.* 314, à la p. 315.)

Vu sous cet angle, le caractère moralement répréhensible permet difficilement de justifier la déclaration de culpabilité d'un individu qui, considérant que son comportement pouvait être illégal, a consulté une personne en autorité compétente en la matière concernant la légalité de ses actes et s'est fondé sur l'avis qu'il a obtenu d'une façon qui paraît objectivement raisonnable.

Terence Arnold a dit au sujet du moyen de défense fondé sur ce qu'il appellerait l'[TRADUCTION] «erreur de droit provoquée par l'État», dans le contexte du respect d'une décision judiciaire qui a par la suite été écartée:

[TRADUCTION] Selon un grand nombre de personnes, le principe selon lequel l'ignorance de la loi ou l'erreur de droit ne constitue pas un moyen de défense a un caractère intrinsèquement utile et nécessaire. Une règle aussi simple et absolue a pu convenir à un moment où le droit criminel avait une portée restreinte et par conséquent une nature fondamentale. Toutefois, elle ne convient pas dans un contexte juridique moderne. Reconnaissant ce fait, de nombreux tribunaux et assemblées législatives ont procédé à un nouvel examen du principe, le conservant à l'égard de certaines infractions ou situations, le modifiant à l'égard de certaines autres. Ce que je reproche à la cour dans l'arrêt *Dunn* [(1977), 21 N.S.R. (2d) 334] n'est pas qu'elle accepte le principe de base de l'erreur de droit — l'art. 19 du *Code* l'oblige à le faire. C'est plutôt que la cour n'a pas tenu compte du fait que l'applicabilité du principe dans certaines situations exige un nouvel examen. Qui plus est, pour appliquer la doctrine à la situation de fait soulevée dans l'arrêt *Dunn*, la cour devait appliquer une théorie juridique, abandonnée depuis longtemps par les analystes juridiques, qui n'a aucun lien avec la réalité, ne permet pas à un particulier d'obtenir justice et ne peut être justifiée sur le fondement de l'intérêt public.

(«State-Induced Error of Law, Criminal Liability and *Dunn v. The Queen*: A Recent Non-Development in Criminal Law» (1978), 4 *Dalhousie L.J.* 559, aux pp. 584 et 585.)

Le sens de l'injustice exprimé par Arnold est peut-être exagéré, mais le point qu'il soulève correspond à la réalité d'aujourd'hui. Le nombre de lois

Canada may incur criminal liability is nothing short of astounding. While knowledge of the law is to be encouraged, it is certainly reasonable for someone to assume he knows the law after consulting a representative of the state acting in a capacity which makes him expert on that particular subject.

Nancy S. Kastner also urges that a defence of officially induced error of law be accepted by the courts:

... the traditional rationalia for the rule that ignorance of the law does not excuse are not done violence by the incursion of the defence of officially induced error, where the offender in good faith is duly diligent in attempting to guide his conduct by the law as stated by "a party in the know".

("Mistake of Law and the Defence of Officially Induced Error" (1985-86), 28 *Crim. L.Q.* 308, at p. 335.)

In its Report 30 entitled *Recodifying the Criminal Law* (1986), the Law Reform Commission of Canada proposed the following provision as part of a new General Part of the *Criminal Code* (at p. 31):

3(7) Mistake or Ignorance of Law. No one is liable for a crime committed by reason of mistake or ignorance of law:

- (a) concerning private rights relevant to that crime; or
- (b) reasonably resulting from

- (i) non-publication of the law in question,
- (ii) reliance on a decision of a court of appeal in the province having jurisdiction over the crime charged, or
- (iii) reliance on competent administrative authority. [Emphasis added.]

en vertu desquelles une personne au Canada peut être tenue criminellement responsable est tout simplement ahurissant. Bien qu'il faille encourager la connaissance de la loi, il est certainement raisonnable pour une personne de présumer qu'elle connaît la loi après avoir consulté un représentant de l'État exerçant des fonctions qui font de lui un expert sur un sujet en particulier.

Nancy S. Kastner soutient également que les tribunaux devraient admettre le moyen de défense fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité:

[TRADUCTION] ... l'incursion du moyen de défense fondé sur l'erreur provoquée par une personne en autorité ne porte pas atteinte aux raisonnements traditionnels sur lesquels est fondée la règle que l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse, lorsque le contrevenant tente de bonne foi et avec diligence de guider sa conduite en fonction du droit énoncé par «une partie bien informée».

(«Mistake of Law and the Defence of Officially Induced Error» (1985-86), 28 *Crim. L.Q.* 308, à la p. 335.)

Dans son Rapport 30 intitulé *Pour une nouvelle codification du droit pénal* (1986), la Commission de réforme du droit du Canada a proposé la disposition suivante dans le cadre d'une nouvelle partie générale du *Code criminel* (aux pp. 34 et 35):

3(7) Erreur de droit ou ignorance de la loi. Nul n'est responsable d'un crime commis en raison d'une erreur de droit ou de l'ignorance de la loi dans les cas suivants:

- a) l'erreur ou l'ignorance concernent des droits privés visés par le crime en cause;
- b) l'erreur ou l'ignorance peuvent raisonnablement être imputées à l'une des circonstances suivantes:

- (i) la non-publication de la règle de droit en cause,
- (ii) une décision judiciaire rendue par la cour d'appel de la province ayant compétence sur le crime reproché,
- (iii) l'interprétation donnée par une autorité administrative compétente. [Je souligne.]

In a working paper which preceded this draft, the Law Reform Commission proposed extending a "reliance on administrative authority" excuse only to offences outside the *Criminal Code* (Working Paper 29, *Criminal Law — The General Part: Liability and Defences* (1982), at p. 82). The shift between that provision and the final report indicates a broader approach to an officially induced error of law provision.

11 This steady trickle of academic commentary has been fuelled by tentative steps toward the recognition of officially induced error of law as either a complete defence or an excusing provision by Canadian jurists, as well as more widespread support for this defence in the United States. Before outlining the precise form this doctrine should take, I will examine some of this jurisprudence to illustrate situations where this doctrine will assist judges in achieving just results.

B. *Developments in the Jurisprudence*

12 The defence of officially induced error of law emerged in American jurisprudence with the 1949 case of *Long v. State*, 65 A.2d 489 (Del.). In that case a man who had obtained a divorce in Arkansas returned to his native Delaware, married for a second time, and was convicted of bigamy. He presented evidence that he had consulted a reputable attorney before going to Arkansas to obtain the divorce, and again upon his return to Delaware, regarding the legal effect in Delaware of his divorce. The Reverend who performed the second marriage sought and obtained the same advice, and the lawyer who had advised them both signed the marriage application. The Supreme Court of Delaware ordered a new trial where the jury would be instructed to consider this evidence based on a defence that "before engaging in the [prohibited] conduct, the defendant made a bona fide, diligent effort, adopting a course and resorting to sources and means at least as appropriate as any afforded under our legal system, to ascertain and abide by the law, and where he acted in good faith reliance

Dans un document de travail qui a précédé ce projet, la Commission de réforme du droit a proposé d'étendre l'excuse «fondée sur l'interprétation administrative» seulement aux infractions qui ne sont pas régies par le *Code criminel* (Document de travail 29, *Droit pénal — Partie générale: responsabilité et moyens de défense* (1982), à la p. 95). L'écart entre cette disposition et le rapport final indique qu'une position plus large a été adoptée à l'égard d'une disposition sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité.

Ce flot régulier de remarques issues de la doctrine provient de tentatives de juristes canadiens visant à faire reconnaître l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité comme un moyen de défense complet ou comme une disposition assurant une excuse, ainsi que d'un appui plus répandu de ce moyen de défense aux États-Unis. Avant d'exposer la forme précise que cette théorie devrait adopter, j'examinerai une partie de la doctrine et de la jurisprudence sur cette question afin d'illustrer des situations où cette théorie aidera les juges à parvenir à des résultats équitables.

B. *L'évolution de la jurisprudence*

Le moyen de défense fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité a vu le jour dans la jurisprudence américaine en 1949 avec l'arrêt *Long c. State*, 65 A.2d 489 (Del.). Dans cette affaire, un homme qui avait obtenu un divorce en Arkansas est retourné dans son État d'origine, le Delaware, s'est marié une deuxième fois et a été déclaré coupable de bigamie. Il a présenté des éléments de preuve selon lesquels il avait consulté un avocat renommé avant d'aller en Arkansas pour obtenir le divorce et de nouveau à son retour concernant l'effet juridique que son divorce avait au Delaware. Le pasteur qui a célébré le deuxième mariage a demandé et obtenu le même conseil et l'avocat qui les a conseillés tous les deux a signé la demande de permis de mariage. La Cour suprême du Delaware a ordonné la tenue d'un nouveau procès où le jury aurait pour directive d'examiner cet élément de preuve sur le fondement d'un moyen de défense portant que [TRADUCTION] «avant d'accomplir l'acte [prohibé], le défendeur a, de bonne foi et avec diligence, fait un effort, en

upon the results of such effort" (p. 497). The Court stated (at p. 498):

It is difficult to conceive what more could be reasonably expected of a "model citizen" than that he guide his conduct by "the law" ascertained in good faith, not merely by efforts which might seem adequate to a person in his situation, but by efforts as well designed to accomplish ascertainment as any available under our system. We are not impressed with the suggestion that a mistake under such circumstances should aid the defendant only in inducing more lenient punishment by a court, or executive clemency after conviction. The circumstances seem so directly related to the defendant's behavior upon which the criminal charge is based as to constitute an integral part of that behavior, for purposes of evaluating it. No excuse appears for dealing with it piecemeal. We think such circumstances should entitle a defendant to full exoneration as a matter of right, rather than to something less, as a matter of grace.

While the American jurisprudence has since backed away from accepting reliance on the advice of a lawyer as a form of officially induced error of law, the defence is well established in American law in cases where government officials are relied upon. *Long v. State* itself has influenced the Canadian jurists who have opened the way for the establishment of this defence here. Discussing the present state of the defence in American law, W. R. LaFave and A. W. Scott state:

Consistent with the above [reasonable reliance on lower court decisions], the better view is that if a defendant reasonably relies upon an erroneous official statement of the law contained in an administrative order or grant or in an official interpretation by the public officer or body responsible for interpretation, administration, or

ce sens qu'il a adopté une conduite et eu recours à des sources et des moyens au moins aussi indiqués que ceux que prévoit notre système juridique pour connaître la loi et la respecter et qu'il a agi de bonne foi sur le fondement des résultats de cet effort» (p. 497). La cour a ajouté (à la p. 498):

[TRADUCTION] Il est difficile de concevoir ce qu'un «citoyen modèle» pourrait raisonnablement faire de plus que de fonder sa conduite sur «le droit» vérifié de bonne foi, pas simplement par des efforts qui pourraient sembler adéquats pour une personne dans sa situation, mais par des efforts aussi bien destinés à vérifier le droit que ce que permet notre système. Nous ne sommes pas impressionnés par la suggestion qu'une erreur commise dans de telles circonstances ne devrait aider le défendeur qu'à obtenir d'un tribunal une peine moins sévère ou la clémence de l'administration après une déclaration de culpabilité. Les circonstances semblent tellement directement liées au comportement du défendeur sur lequel est fondée l'accusation criminelle qu'elles constituent une partie intégrante de ce comportement, dans le cadre de son évaluation. Il n'y a aucune excuse pour les examiner à la pièce. Nous sommes d'avis que de telles circonstances devraient permettre à un défendeur d'obtenir une exonération complète en droit plutôt qu'un autre redressement moins important accordé comme une grâce.

Bien que la jurisprudence américaine ait depuis lors refusé d'accepter le fait de s'être fondé sur le conseil d'un avocat comme une forme d'erreur de droit provoquée par une personne en autorité, le moyen de défense est bien établi en droit américain dans les affaires où des fonctionnaires sont consultés. L'arrêt *Long c. State* a lui-même influencé les juristes canadiens qui ont ouvert la voie à l'établissement de ce moyen de défense dans notre droit. Analysant l'état actuel du moyen de défense en droit américain, W. R. LaFave et A. W. Scott disent:

[TRADUCTION] Conformément à ce qui précède [fondement raisonnable sur les décisions des tribunaux d'instance inférieure], la meilleure position est celle selon laquelle si un défendeur s'est raisonnablement fondé sur un énoncé officiel erroné du droit contenu dans une ordonnance ou une décision administratives ou dans l'interprétation officielle par le fonctionnaire ou l'organisme chargé de l'interprétation ou de l'application de la loi qui définit l'infraction, alors sa croyance que la con-

enforcement of the law defining the offense, then his belief that the conduct was not criminal is a defense.

(*Substantive Criminal Law* (1986), vol. 1, at pp. 592-93, and see generally pp. 589-96.)

13

The first Canadian decision to reflect the defence was in *R. v. Maclean* (1974), 17 C.C.C. (2d) 84 (N.S. Co. Ct.), where O Hearn Co. Ct. J. sought to develop the realm of common law defences available in Canada by relying on *Long v. State*. Maclean's driver's licence had been revoked after he was convicted of refusing to take a breathalyser test. He worked at the Halifax airport and had obtained the permission of his supervisor to drive on airport property without his licence. His supervisor's advice was based on Maclean's telephone call to the Registrar of Motor Vehicles who had advised him that driving on federal government property, with his boss's permission, was fine. O Hearn Co. Ct. J. confined his reasons to the field of delegated legislation. He was clearly influenced by the accused's conscientious effort to ascertain his legal position and by the fact that in inquiring about his legal status he "went to the source that people ordinarily use to secure information about drivers' licences and the requirements of licensing and in that sense the source was appropriate" (p. 107).

14

The defence was again considered in *R. v. Potter* (1978), 3 C.R. (3d) 154 (P.E.I.S.C.), where the accused was charged with keeping a gambling device despite the fact that the persons importing the goods to Canada had specifically inquired to customs officials about their legality and customs officials had inspected the shipments and collected duty over a period of years. McQuaid J. considered and praised the decision in *Maclean*, but decided that based on the jurisprudence of this Court he could not follow the path struck by O Hearn Co. Ct. J. Instead, he ordered an absolute discharge.

duite n'était pas criminelle constitue un moyen de défense.

(*Substantive Criminal Law* (1986), vol. 1, aux pp. 592 et 593, voir aussi de façon générale les pp. 589 à 596.)

La première décision canadienne qui fait état de ce moyen de défense est *R. c. Maclean* (1974), 17 C.C.C. (2d) 84 (C. cté N.-É.), où le juge O Hearn a cherché à préciser le domaine des moyens de défense en common law pouvant être utilisés au Canada sur le fondement de l'arrêt *Long c. State*. Le permis de conduire de Maclean avait été révoqué après qu'il eut été déclaré coupable d'avoir refusé de subir un alcootest. Il travaillait à l'aéroport d'Halifax et avait été autorisé par son surveillant à conduire sur le terrain de l'aéroport sans son permis. Le surveillant s'était fondé sur un appel téléphonique de Maclean au registrateur des véhicules automobiles qui lui avait dit qu'il pouvait conduire sur un terrain du gouvernement fédéral avec la permission de son patron. Le juge O Hearn a restreint ses motifs au domaine de la législation déléguée. Il a clairement été influencé par les efforts consciencieux de l'accusé pour vérifier son statut juridique et par le fait qu'en demandant des renseignements à ce sujet il [TRADUCTION] «est allé à la source que les gens utilisent ordinairement pour obtenir des renseignements sur les permis de conduire et sur les exigences rattachées à celui-ci et, dans ce sens, la source était appropriée» (p. 107).

Le moyen de défense a également été examiné dans *R. c. Potter* (1978), 3 C.R. (3d) 154 (C.S.Î.-P.-É.), où l'accusé était inculpé d'avoir gardé un dispositif de jeu malgré le fait que les personnes qui importaient les marchandises au Canada s'étaient précisément renseignées auprès des fonctionnaires des douanes au sujet de leur légalité et que ces fonctionnaires avaient inspecté les envois et perçu les droits pendant de nombreuses années. Le juge McQuaid a examiné la décision *Maclean* et en a fait l'éloge, mais a décidé que, sur le fondement de la jurisprudence de notre Cour, il ne pouvait suivre la voie indiquée par le juge O Hearn. Il a plutôt ordonné une absolution inconditionnelle.

O Hearn Co. Ct. J. had the opportunity to elaborate his reasoning in *R. v. Flemming* (1980), 43 N.S.R. (2d) 249, where he upheld an acquittal on a driving while disqualified charge. Flemming's driver's licence was under suspension and he had consulted the Motor Vehicle Bureau about whether he was permitted to steer and brake a car which was being towed. In a thoroughly reasoned judgment, O Hearn Co. Ct. J. found that this Court's decision in *Molis*, *supra*, about which I have more to say below, barred a defence of insufficient promulgation but not a defence of officially induced error. On the basis of *Molis*, however, he rejected his earlier distinction between statutory and regulatory offences. Considering s. 19 of the *Criminal Code*, O Hearn Co. Ct. J. stated (at p. 272):

If a person does his best to conform his conduct [to] the law but is misled by officials charged with the administration of the law, he is not doing anything at odds with the purpose of the maxim "Ignorance of the law is not an excuse" in its application to criminal law. The mischief that the policy is aimed at has not occurred.

He specifies that the official whose advice is followed must be involved in the administration of the law in question so that following his advice is reasonable, and that the opinion itself should be reasonable in the circumstances. In his conclusion on this issue he states, and I fully agree (at p. 274):

Moreover, most people would consider it radically unjust for the same government to prosecute an individual for an offence that it had already assured him was not an offence, through one of its bureaux.

Such prosecution, I would assert, may bring the administration of justice into disrepute.

The Nova Scotia Court of Appeal recognized an officially induced error of law as a defence in *R. v. MacDougall* (1981), 60 C.C.C. (2d) 137. MacDougall's licence had been cancelled following a crim-

Le juge O Hearn de la Cour de comté a eu l'occasion de développer son raisonnement dans *R. c. Flemming* (1980), 43 N.S.R. (2d) 249, où il a confirmé un acquittement relativement à une accusation de conduite sans permis. Le permis de conduire de M. Flemming avait été suspendu et il avait demandé au bureau des véhicules automobiles s'il avait le droit de diriger et de freiner une automobile en remorque. Dans un jugement solidement motivé, le juge O Hearn a conclu que l'arrêt de notre Cour *Molis*, précité, sur lequel je reviendrai ultérieurement, empêchait de faire valoir un moyen de défense fondé sur la promulgation insuffisante mais pas un moyen de défense fondé sur l'erreur provoquée par une personne en autorité. Toutefois, sur le fondement de l'arrêt *Molis*, il a rejeté la distinction qu'il avait établie précédemment entre les infractions à la loi et les infractions à la réglementation. En examinant l'art. 19 du *Code criminel*, le juge O Hearn a dit (à la p. 272):

[TRADUCTION] Si une personne fait de son mieux pour que sa conduite soit conforme à la loi mais est induite en erreur par les responsables de l'application de la loi, il ne contrevient pas à l'objet de la maxime «l'ignorance de la loi n'est pas une excuse» dans son application au droit criminel. Le méfait visé par la politique ne s'est pas produit.

Il précise que la personne en autorité qui a donné l'avis doit jouer un rôle dans l'application de la loi en question de façon qu'il soit raisonnable de suivre son avis et que l'opinion en soi devrait être raisonnable dans les circonstances. Je souscris entièrement à ce qu'il dit dans sa conclusion sur cette question (à la p. 274):

[TRADUCTION] Qui plus est, la plupart des gens considéreraient qu'il est radicalement injuste qu'un gouvernement poursuive un particulier relativement à une infraction, alors qu'il a déjà assuré celui-ci par l'entremise de l'un de ses bureaux qu'il ne s'agissait pas d'une infraction.

À mon avis, une telle poursuite serait susceptible de déconsidérer l'administration de la justice.

La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a reconnu, dans l'arrêt *R. v. MacDougall* (1981), 60 C.C.C. (2d) 137, que l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité constitue un moyen

inal conviction. He received an "order of revocation" and when he commenced appeal proceedings, received a "notice of reinstatement". After he was informed by his lawyer that his appeal had been dismissed, he continued driving until receiving a second "order of revocation". In that interim, he was charged with driving without a licence. Macdonald J.A. for the majority stated (at p. 158):

Assuming . . . that the error of the respondent as to revocation was one of law I am prepared to say that the facts as found by the trial Judge give rise to a defence of justification based upon reliance by the respondent on a previous course of conduct on the part of the Registrar. This defence might be classified as officially induced error or perhaps as a form of colour of right.

Upholding the trial court's acquittal, he concluded (at p. 160):

The defence of officially induced error has not been sanctioned, to my knowledge, by any appellate Court in this country. The law, however, is ever-changing and ideally adapts to meet the changing mores and needs of society. In this day of intense involvement in a complex society by all levels of Government with a corresponding reliance by people on officials of such Government, there is, in my opinion, a place and need for the defence of officially induced error, at least so long as mistake of law, regardless of how reasonable, cannot be raised as a defence to a criminal charge.

17 This Court reversed this decision on other grounds, [1982] 2 S.C.R. 605. However, in his judgment for the unanimous Court, Ritchie J. wrote (at p. 613):

It is not difficult to envisage a situation in which an offence could be committed under mistake of law arising because of, and therefore induced by, "officially induced error", and if there was evidence in the present case to support such a situation existing it might well be an appropriate vehicle for applying the reasoning adopted by Mr. Justice Macdonald. In the present case, however, there is no evidence that the accused was misled by an error on the part of the Registrar.

de défense. Le permis de MacDougall avait été annulé par suite d'une déclaration de culpabilité en matière criminelle. Il a reçu un «ordre de révocation» et lorsqu'il a introduit des procédures en appel, il a reçu un «avis de rétablissement». Après qu'il eut été informé par son avocat du rejet de son appel, il a continué à conduire jusqu'à ce qu'il reçoive un deuxième «ordre de révocation». Entre-temps, il a été accusé de conduite sans permis. Le juge Macdonald a dit au nom de la majorité (à la p. 158):

[TRADUCTION] À supposer [. . .] que ce soit une erreur de droit, j'estime que les conclusions de fait du juge du procès appuient une défense de justification parce que l'intimé s'est fondé sur la conduite antérieure du registraire. Ce moyen de défense pourrait être appelé la défense d'erreur provoquée par une personne en autorité ou peut-être s'agit-il d'une espèce d'apparence de droit.

Il a conclu en confirmant l'acquittement prononcé par la cour de première instance (à la p. 160):

[TRADUCTION] À ma connaissance, le moyen de défense de l'erreur provoquée par une personne en autorité n'a pas été sanctionné par une cour d'appel au pays. Toutefois, le droit est en constante évolution et s'adapte idéalement pour satisfaire aux moeurs et aux besoins changeants de la société. À une époque où tous les paliers de gouvernement s'engagent de façon intense dans une société complexe et où les personnes doivent se fonder sur les fonctionnaires de ce gouvernement, à mon avis, le moyen de défense fondé sur l'erreur provoquée par une personne en autorité a sa place et est nécessaire, du moins tant que l'erreur de droit, peu importe jusqu'à quel point elle est raisonnable, ne peut être soulevée à titre de moyen de défense contre une accusation criminelle.

Notre Cour a infirmé cette décision sur le fondement d'autres moyens, [1982] 2 R.C.S. 605. Toutefois, dans son jugement au nom de la Cour à l'unanimité, le juge Ritchie a dit (à la p. 613):

On envisage sans difficulté une situation où une infraction pourrait être commise par suite d'une erreur de droit «provoquée par un fonctionnaire» et, s'il existait en l'espèce des éléments de preuve à l'appui de l'existence de pareille situation, il y aurait peut-être eu lieu d'appliquer le raisonnement du juge Macdonald. Cependant, rien n'indique que dans la présente affaire l'accusé a été induit en erreur par le registraire.

Clearly, this Court has not foreclosed the possibility of raising officially induced error of law as a defence or excuse. Significantly, the *MacDougall* decision also affirmed the validity of the s. 19, ignorance of the law does not excuse, provision. Accordingly, the excuse and the traditional rule are not viewed as contradictory.

The defence of officially induced error of law was accepted by Ferris Prov. Ct. J. in *R. v. Ross*, [1985] Sask. D. 5845-02. Ross did not have an appropriate licence to drive the truck he had been driving for several years. He had inquired about this at the Highway Traffic Board on several occasions as he was concerned about his insurance. On each occasion he was assured that he was appropriately licensed. He also stopped at weigh scales dozens of times per year and had his licence inspected. Ferris Prov. Ct. J. held that this constituted an excuse to a charge of obstruction of justice when he continued to drive after police officers told him not to because he did not have a proper licence.

In 1986, the Ontario Court of Appeal acknowledged the defence in the context of regulatory offences in *R. v. Cancoil Thermal Corp.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 295. Cancoil was charged under the *Occupational Health and Safety Act*, R.S.O. 1980, c. 321, after removing a protective shield from a piece of machinery. A Ministry of Labour inspector had approved operation of the machine without the shield, but an employee subsequently suffered a serious injury which the shield would have prevented. The court overturned the original acquittal on the basis of another error, but stated (at p. 303) that the defence of officially induced error should be available at the new trial:

The defence of "officially induced error" is available as a defence to an alleged violation of a regulatory statute where an accused has reasonably relied upon the

De toute évidence, notre Cour n'a pas écarté la possibilité de soulever l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité à titre de moyen de défense ou d'excuse. De façon significative, l'arrêt *MacDougall* a également confirmé la validité de l'art. 19, disposition prévoyant que l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse. Par conséquent, l'excuse et la règle traditionnelle ne sont pas considérées comme contradictoires.

Le moyen de défense fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité a été admis par le juge Ferris de la Cour provinciale dans *R. c. Ross*, [1985] Sask. D. 5845-02. Ross ne détenait pas le permis adéquat pour conduire le camion qu'il conduisait depuis plusieurs années. Il s'était renseigné à ce sujet auprès du Highway Traffic Board à plusieurs reprises, car il était préoccupé au sujet de son assurance. À chaque fois, on lui a assuré qu'il détenait le bon permis. Il s'est également arrêté une douzaine de fois par année à des contrôles routiers de poids, où son permis a été examiné. Le juge Ferris a conclu qu'il s'agissait d'une excuse à une accusation d'entrave à la justice lorsqu'il a continué à conduire après que les policiers lui eurent interdit de le faire parce qu'il ne détenait pas le bon permis.

En 1986, la Cour d'appel de l'Ontario a reconnu le moyen de défense dans le contexte des infractions à la réglementation dans *R. c. Cancoil Thermal Corp.* (1986), 27 C.C.C. (3d) 295. Cancoil a été accusée aux termes de la *Loi sur la santé et la sécurité au travail*, L.R.O. 1980, c. 321, après avoir enlevé un écran protecteur d'une pièce d'équipement. Un inspecteur du ministère du Travail avait approuvé le fonctionnement de la machine sans l'écran, mais par la suite, un employé a subi une blessure grave que l'écran aurait permis d'éviter. La cour a infirmé l'acquiescement initial sur le fondement d'une autre erreur, mais a déclaré (à la p. 303) que le moyen de défense fondé sur l'erreur provoquée par une personne en autorité pourrait être invoqué lors du nouveau procès:

[TRADUCTION] Le moyen de défense fondé sur «l'erreur provoquée par une personne en autorité» peut être invoqué dans le cadre d'une violation reprochée d'une

18

19

erroneous legal opinion or advice of an official who is responsible for the administration or enforcement of the particular law. In order for the accused to successfully raise this defence, he must show that he relied on the erroneous legal opinion of the official and that his reliance was reasonable. The reasonableness will depend upon several factors including the efforts he made to ascertain the proper law, the complexity or obscurity of the law, the position of the official who gave the advice, and the clarity, definitiveness and reasonableness of the advice given.

The court distinguished this defence from the defence of due diligence, which would also be available to Cancoil.

²⁰ In *R. v. Provincial Foods Inc.* (1992), 111 N.S.R. (2d) 420, Palmett C.J. Co. Ct. accepted the defence of officially induced error of law when a vegetable seller relied on the advice of an applications clerk in the Building Inspection Division of the City of Halifax that no permit was required to run his business in a particular building. The defence was also successful in *R. v. Dubeau* (1993), 80 C.C.C. (3d) 54 (Ont. Ct. (Gen. Div.)). Dubeau was acquitted of a charge of carrying on the business of firearms and ammunition sale without a permit after selling approximately 30 guns at a series of garage sales. Ferguson J., relying on *Cancoil Thermal, supra*, considered that the accused had asked the local firearms officer specifically about permits for garage sales, and had written a letter on the advice of that officer to the head office in Toronto. These actions, in combination with the complexity of the law, led to an acquittal.

²¹ Recently, in *R. v. Erotica Video Exchange Ltd.* (1994), 163 A.R. 181, James Prov. Ct. J. held that two of three corporate accused charged under the same provision as the accused in this case, had made out a "lawful justification or excuse"

disposition de réglementation dans le cas où un accusé s'est raisonnablement fondé sur l'opinion juridique ou l'avis erroné d'un responsable de l'application de la loi en cause. Pour que l'accusé puisse soulever ce moyen de défense avec succès, il doit démontrer qu'il s'est fondé sur l'opinion juridique erronée de la personne en autorité et cela d'une façon raisonnable. Le caractère raisonnable dépendra de plusieurs facteurs, notamment des efforts qu'il a faits pour découvrir le droit applicable, de la complexité ou de l'obscurité de la loi, du poste occupé par la personne en autorité qui a donné l'avis ainsi que de la clarté, et du caractère décisif et raisonnable de l'avis donné.

La cour a établi une distinction entre ce moyen de défense et le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable, que Cancoil pouvait également faire valoir.

Dans *R. c. Provincial Foods Inc.* (1992), 111 N.S.R. (2d) 420, le juge en chef Palmett de la Cour de comté a accepté le moyen de défense fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité après qu'un marchand de légumes se fut fondé sur l'avis d'un préposé de la Division de l'inspection des bâtiments de la ville de Halifax selon lequel il n'avait pas besoin d'obtenir un permis pour exploiter son entreprise dans un immeuble donné. Le moyen de défense a également été invoqué avec succès dans *R. c. Dubeau* (1993), 80 C.C.C. (3d) 54 (C. Ont. (Div. gén.)). Dans cette affaire, Dubeau avait été acquitté d'une accusation d'avoir exploité une entreprise de vente d'armes à feu et de munitions sans permis portée contre lui après qu'il eut vendu quelque 30 fusils dans diverses ventes-débarras. Se fondant sur *Cancoil Thermal, précité*, le juge Ferguson a pris en considération le fait que l'accusé avait demandé expressément l'avis du préposé local aux armes à feu concernant les permis pour les ventes-débarras et, sur l'avis de ce préposé, avait écrit à l'administration centrale à Toronto. Ces mesures, conjuguées à la complexité de la loi, avaient mené à un acquittement.

Récemment, dans *R. c. Erotica Video Exchange Ltd.* (1994), 163 A.R. 181, le juge James de la Cour provinciale a conclu que deux de trois sociétés accusées en vertu des mêmes dispositions que l'accusé en l'espèce, avaient démontré une

because of their reliance on the approval of the obscene videos they had retailed by the British Columbia Film Board. James Prov. Ct. J. considered detailed evidence of the organization, mandate and functioning of the British Columbia Film Board before coming to this conclusion. A third accused, who had relied upon approval by Quebec's Régie du cinéma, was not excused, on the basis that there was not sufficient evidence about that body. It is unnecessary in this case to consider the role of approval by film boards in provinces other than that where business was carried out and criminal charges were laid.

Both Stuart and Kastner have interpreted this Court's decision in *Molis*, *supra*, as foreclosing the opportunity for developing an officially induced error of law defence. In light of these interpretations, I will clarify the extent of the decision in *Molis*. In that case, writing for a unanimous Court, I asserted that no defence of ignorance of a regulation exists (at p. 361) and I concluded (at p. 364):

... the defence of due diligence that was referred to in *Sault Ste. Marie* is that of due diligence in relation to the fulfilment of a duty imposed by law and not in relation to the ascertainment of the existence of a prohibition or its interpretation.

As the Ontario Court of Appeal in *Cancoil Thermal* noted, the defence of due diligence is separate from officially induced error. While due diligence in ascertaining the law does not excuse, reasonable reliance on official advice which is erroneous will excuse an accused but will not, in my view, negative culpability. There are two important distinctions between these related provisions. First, due diligence, in appropriate circumstances, is a full defence. If successfully raised, the elements of the offence are not completed. Officially induced error, on the other hand, does not negative culpability. Rather it functions like entrapment, as an excuse for an accused whom the Crown has proven

«justification ou excuse légitime» en ce sens qu'elles s'étaient fondées sur l'approbation par la commission de contrôle cinématographique de la Colombie-Britannique de vidéos obscènes qu'elles avaient vendus au détail. Le juge James a examiné des éléments de preuve détaillés sur l'organisation, le mandat et le fonctionnement de la commission de contrôle avant d'en venir à cette conclusion. Aucune excuse n'a été retenue relativement à une troisième société accusée, qui s'était fondée sur l'approbation de la Régie du cinéma du Québec, en raison de l'insuffisance de preuve sur cet organisme. Il n'est pas nécessaire d'examiner en l'espèce le rôle que jouent en matière d'approbation les commissions de contrôle cinématographique des provinces autres que celle où l'entreprise était exploitée et où les accusations criminelles ont été portées.

Stuart et Kastner ont interprété l'arrêt *Molis*, précité, de notre Cour comme écartant la possibilité d'élaborer un moyen de défense fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité. Compte tenu de ces interprétations, je clarifierai la portée de l'arrêt *Molis*. Dans cet arrêt, au nom de la Cour à l'unanimité, j'ai affirmé qu'il n'existait aucun moyen de défense fondé sur l'ignorance d'un règlement (à la p. 361) et j'ai conclu (à la p. 364):

... l'arrêt *Sault Ste-Marie* parle de la défense de diligence raisonnable par rapport à l'accomplissement d'une obligation imposée par la loi et non par rapport aux recherches sur l'existence d'une interdiction ou sur son interprétation.

Comme l'a souligné la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Cancoil Thermal*, la diligence raisonnable comme moyen de défense est distinct de celui fondé sur l'erreur provoquée par une personne en autorité. Bien que la diligence raisonnable exercée pour vérifier le droit ne constitue pas une excuse, le fondement raisonnable sur un avis officiel qui est erroné excusera l'accusé mais, à mon avis, n'écartera pas la culpabilité. Il existe deux distinctions importantes entre ces dispositions connexes. Premièrement, la diligence raisonnable dans des circonstances appropriées constitue un moyen de défense complet. S'il est soulevé avec succès, les éléments de l'infraction ne sont

to have committed an offence. Second, diligence may be necessary to obtain the advice which grounds an officially induced error. This is so because an accused who seeks to rely on this excuse must have weighed the potential illegality of her actions and made reasonable inquiries. This standard, however, does not convert officially induced error into due diligence. In *R. v. Forster*, [1992] 1 S.C.R. 339, I contrasted these two exculpatory provisions (at p. 346):

It is a principle of our criminal law that an honest but mistaken belief in respect of the legal consequences of one's deliberate actions does not furnish a defence to a criminal charge, even when the mistake cannot be attributed to the negligence of the accused: *Molis v. The Queen* [cite omitted]. This Court recently reaffirmed in *R. v. Docherty*, [1989] 2 S.C.R. 941, at p. 960, the principle that knowledge that one's actions are contrary to the law is not a component of the *mens rea* for an offence, and consequently does not operate as a defence.

I do not rule out the possibility that, in an appropriate case, an officially induced error as to the state of the law might constitute a defence. However, I do not consider that it would be appropriate to rule on this question in the context of this appeal.

Forster again shows, as was established in *MacDougall*, that this Court has opened the door for an officially induced error excuse while at the same time upholding the *Molis* rule.

pas complétés. Par ailleurs, l'erreur provoquée par une personne en autorité n'écarte pas la culpabilité. Elle fonctionne plutôt comme la provocation policière, c'est-à-dire comme une excuse pour un accusé dont la culpabilité a été établie par le ministère public. Deuxièmement, la diligence peut être nécessaire pour obtenir le conseil sur lequel est fondée l'erreur provoquée par une personne en autorité. Il en est ainsi parce qu'un accusé qui cherche à se fonder sur cette excuse doit avoir évalué la possibilité d'illégalité de ses actions et s'être renseigné de façon raisonnable. Toutefois, cette norme ne permet pas de convertir en diligence raisonnable l'erreur provoquée par une personne en autorité. Dans l'arrêt *R. c. Forster*, [1992] 1 R.C.S. 339, j'ai comparé ces deux dispositions disculpatoires (à la p. 346):

Un principe de notre droit criminel veut qu'une croyance honnête mais erronée quant aux conséquences juridiques d'actes délibérés ne constitue pas un moyen de défense opposable à une accusation criminelle, même si l'erreur ne peut être attribuée à la négligence de l'accusé: *Molis c. La Reine* [renvoi omis]. Récemment, dans l'arrêt *R. c. Docherty*, [1989] 2 R.C.S. 941, à la p. 960, notre Cour a réaffirmé le principe que le fait de savoir que les actes qu'on accomplit sont contraires à la loi ne constitue pas un élément de la *mens rea* d'une infraction et ne peut donc pas servir de moyen de défense.

Je n'écarte pas la possibilité que, dans un cas approprié, une erreur quant à l'état du droit provoquée par une personne en autorité puisse constituer un moyen de défense. Toutefois, je ne considère pas qu'il serait approprié de trancher cette question dans le contexte du présent pourvoi.

L'arrêt *Forster* démontre également, comme cela a été établi dans l'arrêt *MacDougall*, que notre Cour a ouvert la porte à une excuse fondée sur une erreur provoquée par une personne en autorité tout en maintenant la règle énoncée dans l'arrêt *Molis*.

Plus récemment, l'existence d'un moyen de défense fondé sur une erreur provoquée par une personne en autorité a été reconnue dans une opinion incidente du juge Gonthier dans ses motifs de dissidence de l'arrêt *R. c. Pontes*, [1995] 3 R.C.S. 44. Même si j'ai exprimé mon désaccord avec le juge Gonthier sur la question principale soulevée

Most recently, the existence of an officially induced error defence was recognized in *obiter dictum* by Gonthier J. in his dissenting reasons in *R. v. Pontes*, [1995] 3 S.C.R. 44. While I disagreed with Gonthier J. on the principal issue in that case,

I agree with his characterization of this defence (at p. 88):

Assuming without deciding that such a defence would be available if an accused were misled by the Superintendent of Motor Vehicles or by some other official responsible for the administration of the *Motor Vehicle Act*, such a defence would not demonstrate absence of negligence in relation to the *actus reus* of driving while under a statutory prohibition, but rather would be an additional defence thereto, operating as an exception to the rule that ignorance of the law does not excuse.

Here again, the contrast between officially induced error of law and the defence of due diligence is clearly outlined.

Several themes run through the Canadian jurisprudence to date on this defence and raise issues which must be determined to outline the scope of the defence. Most of the cases to date have dealt with regulatory offences only, raising the question of when this defence is applicable. A second group of questions revolves around who is an official and what constitutes "official advice". Finally, officially induced error has sometimes functioned as a full defence, a development which should be discouraged. I turn next to these issues.

C. Officially Induced Error of Law

Officially induced error of law exists as an exception to the rule that ignorance of the law does not excuse. As several of the cases where this rule has been discussed note, the complexity of contemporary regulation makes the assumption that a responsible citizen will have a comprehensive knowledge of the law unreasonable. This complexity, however, does not justify rejecting a rule which encourages a responsible citizenry, encourages government to publicize enactments, and is an essential foundation to the rule of law. Rather, extensive regulation is one motive for creating a

dans cette affaire, je souscris à la manière dont il a caractérisé ce moyen de défense (à la p. 88):

À supposer sans en décider qu'un tel moyen de défense pourrait être invoqué si un accusé était induit en erreur par le surintendant des véhicules à moteur ou par quelque autre fonctionnaire responsable de l'application de la *Motor Vehicle Act*, ce moyen de défense n'établirait pas l'absence de négligence relativement à l'*actus reus* de la conduite d'un véhicule à moteur alors que la loi l'interdit, mais constituerait plutôt un moyen de défense additionnel, applicable comme une exception à la règle voulant que l'ignorance de la loi ne soit pas une excuse.

Encore une fois, la différence entre l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité et le moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable est clairement démontrée.

Jusqu'à présent, plusieurs thèmes ont été développés dans la jurisprudence canadienne sur ce moyen de défense et soulèvent des questions qui doivent être tranchées pour en déterminer la portée. Jusqu'à présent la plupart des affaires ont traité uniquement des infractions à la réglementation, soulevant la question de savoir quand s'applique ce moyen de défense. Un deuxième groupe de questions vise à déterminer qui est une personne en autorité et ce qui constitue un «avis d'une personne en autorité». Enfin, l'erreur provoquée par une personne en autorité a quelquefois fonctionné comme un moyen de défense complet, une tendance qui ne devrait pas être suivie. J'examine maintenant ces questions.

C. L'erreur de droit provoquée par une personne en autorité

L'erreur de droit provoquée par une personne en autorité existe à titre d'exception à la règle selon laquelle l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse. Comme il a été souligné dans plusieurs des affaires où cette règle a été analysée, la complexité des règlements actuels permet de présumer qu'un citoyen responsable ne peut raisonnablement avoir une connaissance approfondie du droit. Toutefois, cette complexité ne justifie pas le rejet d'une règle qui encourage les citoyens à devenir responsables et le gouvernement à rendre publiques les règles de droit, et qui constitue un fondement essentiel de la

limited exception to the rule that *ignorantia juris neminem excusat*.

26 As complexity of regulation is linked to the justification for this excuse, it is predictable that it will arise most often in the realm of regulatory offences. Nonetheless, this excuse is equally valid for "true crimes" with a full *mens rea* component. As the involvement of the state in our day to day lives expands, and the number of officials from whom advice can potentially be sought increases, the chance that an official may give advice about an enactment which would not be classified as "regulatory" multiplies. Officially induced error is distinct from a defence of due diligence, and there is no reason to confine it to the regulatory offence context, though it is obvious that for certain crimes, such as those involving moral turpitude, the chances of success of such an excuse will be nearly nil.

27 Furthermore, although the section of the *Criminal Code* under which the appellants here were charged contains the phrase "without lawful justification or excuse", there is no particular link between those words and officially induced error of law. Where an accused can raise this argument on the evidence presented, the trial judge must assess whether the excuse is made out in law, regardless of the wording of the offence.

28 The first step in raising an officially induced error of law argument will be to determine that the error was in fact one of law or of mixed law and fact. Of course, if the error is purely one of fact, this argument will be unnecessary. Unlike Professor Barton, I do not agree that officially induced error should be used to eradicate the distinction between mistakes of fact and mistakes of law. This distinction is important for all the reasons that I believe the principle that ignorance of the law does not excuse must stand firm. Distinguishing

primauté du droit. La multiplicité des règlements est un motif qui permet de créer une exception limitée à la règle selon laquelle l'ignorance de la loi n'est pas une excuse.

Étant donné que la complexité des règlements est liée à la justification de cette excuse, il est prévisible qu'elle sera soulevée le plus souvent en ce qui concerne les infractions à la réglementation. Néanmoins, cette excuse est également valide en ce qui concerne les «crimes véritables» qui exigent une «*mens rea*» complète. Comme l'État s'intéresse de plus en plus à notre vie de tous les jours et que le nombre de personnes en autorité de qui il est possible d'obtenir un avis augmente, il y a de plus en plus de risques qu'une personne en autorité puisse donner un avis sur un texte qui ne serait pas classé comme de la «réglementation». L'erreur provoquée par une personne en autorité est différente du moyen de défense fondé sur la diligence raisonnable et il n'y a aucune raison de la restreindre au contexte de l'infraction à la réglementation, bien qu'il soit évident que, pour certains crimes, comme ceux qui participent de la turpitude morale, les chances de succès de cette excuse sont presque nulles.

Qui plus est, bien que la disposition du *Code criminel* aux termes de laquelle les appelants ont été accusés en l'espèce contienne l'expression «sans justification ni excuse légitime», il n'existe aucun lien particulier entre ces termes et l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité. Lorsqu'un accusé peut soulever cet argument à l'égard de la preuve présentée, le juge du procès doit déterminer si l'excuse est valable en droit, peu importe le libellé de l'infraction.

Pour soulever l'argument fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité il faudra premièrement déterminer qu'il s'agissait bien d'une erreur de droit ou d'une erreur de fait et de fait. Évidemment, s'il s'agit uniquement d'une erreur de fait, il ne sera pas nécessaire de faire valoir cet argument. Contrairement au professeur Barton, je ne crois pas que l'erreur provoquée par une personne en autorité devrait être utilisée pour éliminer la distinction qui existe entre les erreurs de fait et les erreurs de droit. Cette distinc-

between mistakes of fact and those of law remains conceptually important. Mistakes of law will only be exculpatory in narrowly defined circumstances.

Once it is determined that the error was one of law, the next step is to demonstrate that the accused considered the legal consequences of her actions. By requiring that an accused must have considered whether her conduct might be illegal and sought advice as a consequence, we ensure that the incentive for a responsible and informed citizenry is not undermined. It is insufficient for an accused who wishes to benefit from this excuse to simply have assumed that her conduct was permissible.

The next step in arguing for this excuse will be to demonstrate that the advice obtained came from an appropriate official. One primary objective of this doctrine is to prevent the obvious injustice which *O Hearn Co. Ct. J.* noted — the state approving conduct with one hand and seeking to bring criminal sanction for that conduct with the other. In general, therefore, government officials who are involved in the administration of the law in question will be considered appropriate officials. I do not wish to establish a closed list of officials whose erroneous advice may be considered exculpatory. The measure proposed by *O Hearn Co. Ct. J.* is persuasive. That is, the official must be one whom a reasonable individual in the position of the accused would normally consider responsible for advice about the particular law in question. Therefore, the Motor Vehicle Registrar will be an appropriate person to give advice about driving offences, both federal and provincial. The determination of whether the official was an appropriate one to seek advice from is to be determined in the circumstances of each case.

tion est importante pour toutes les raisons qui selon moi justifient le maintien du principe selon lequel l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse. La distinction entre les erreurs de fait et les erreurs de droit demeure importante sur le plan des idées. Les erreurs de droit ne seront disculpatoires que dans des circonstances restreintes.

Lorsqu'il est déterminé qu'il s'agissait d'une erreur de droit, il faut ensuite démontrer que l'accusé a envisagé les conséquences juridiques de ses actes. En exigeant qu'un accusé ait envisagé la possibilité que sa conduite soit illégale et que, en conséquence, il cherche à obtenir conseil, nous veillons à ce que ne soit pas ébranlée l'incitation faite aux citoyens d'être responsables et informés. Il ne suffit pas qu'un accusé qui souhaite profiter de cette excuse présume simplement que sa conduite était acceptable.

L'étape suivante de l'argumentation relative à cette excuse sera la démonstration que l'avis obtenu provenait d'une personne en autorité compétente en la matière. Cette doctrine a pour objectif principal d'empêcher que ne se produise l'injustice évidente que le juge *O Hearn* a remarquée — l'État qui approuve d'une part une conduite et qui cherche d'autre part à imposer une peine en droit criminel à l'égard de cette même conduite. Par conséquent, en général, les fonctionnaires qui sont responsables de l'application de la loi en question seront considérés comme des personnes en autorité compétentes en la matière. Je ne tiens pas à établir une liste restrictive des personnes en autorité dont les conseils erronés pourraient être considérés comme disculpatoires. La mesure proposée par le juge *O Hearn* est convaincante. C'est-à-dire que la personne en autorité doit être celle qu'une personne raisonnable dans la même situation que l'accusé considérerait normalement chargée de donner des avis sur la loi en question. Par conséquent, le registrateur des véhicules automobiles serait la personne désignée pour donner des avis sur des infractions, tant fédérales que provinciales, en matière de conduite automobile. La question de savoir s'il s'agissait de la personne en autorité compétente auprès de qui il fallait demander un avis dépend des circonstances de chaque cas.

29

30

31 My colleague Sopinka J. argues that, in this case, allowing OFRB approval to constitute an excuse is an impermissible delegation of power from one level of government to another. In my view, this argument does not bar officially induced error from constituting an excuse which is considered after culpability has been proven. There is no issue of the action of a provincial board precluding criminal prosecutions. Indeed, we must recall that it is the provincial Attorney General who makes the decision to prosecute offences, even when the offence charged is in the *Criminal Code*. The advice of officials of any level of government may induce an error of law and trigger this provision provided that a reasonable person would consider that particular government organ to be responsible for the law in question. The determination relies on common sense rather than constitutional permutations.

32 Several other types of advice have been considered in the cases dealing with this excuse, for example advice from private lawyers and reliance on judicial pronouncements. As these examples are beyond the scope of this case, I make no comment at this time on whether these types of advice may provide the basis for officially induced error of law.

33 Once an accused has established that he sought advice from an appropriate official, he must demonstrate that the advice was reasonable in the circumstances. In most instances, this criterion will not be difficult to meet. As an individual relying on advice has less knowledge of the law than the official in question, the individual must not be required to assess reasonableness at a high threshold. It is sufficient, therefore, to say that if an appropriate official is consulted, the advice obtained will be presumed to be reasonable unless it appears on its face to be utterly unreasonable.

34 The advice obtained must also have been erroneous. This fact, however, does not need to be demonstrated by the accused. In proving the ele-

Mon collègue le juge Sopinka soutient que, en l'espèce, le fait d'admettre que l'approbation de la CCCO constitue une excuse est une délégation de pouvoirs inacceptable d'un palier de gouvernement à un autre. À mon avis, cet argument n'empêche pas l'erreur provoquée par une personne en autorité de constituer une excuse dont on tient compte après que la culpabilité a été établie. Il n'est pas question que les actes d'une commission provinciale écartent les poursuites pénales. En fait, il faut se rappeler que c'est le procureur général de la province qui prend la décision d'engager des poursuites, même lorsque l'infraction reprochée est inscrite dans le *Code criminel*. L'avis de personnes en autorité de tout palier de gouvernement peut donner lieu à une erreur de droit et entraîner l'application de cette disposition pourvu qu'une personne raisonnable soit d'avis que la loi en question relève de cet organisme gouvernemental particulier. La décision est fondée sur le bon sens plutôt que sur des permutations constitutionnelles.

Plusieurs autres genres d'avis ont été examinés dans les affaires traitant de cette excuse, par exemple les conseils d'avocats privés et le fait de se fonder sur des décisions judiciaires. Étant donné que ces exemples dépassent le cadre de l'espèce, je ne commenterai pas la question de savoir si ce genre d'avis peut permettre d'invoquer l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité.

L'accusé qui établit qu'il a cherché à obtenir un avis d'une personne en autorité compétente en la matière, doit démontrer que l'avis était raisonnable dans les circonstances. Dans la plupart des cas, il ne sera pas difficile de satisfaire à ce critère. Comme la personne qui se fonde sur un avis a une moins grande connaissance de la loi que la personne en autorité en question, elle ne doit pas être tenue de satisfaire à une norme stricte pour l'évaluation du caractère raisonnable. Par conséquent, il suffit de dire que si une personne en autorité compétente en la matière est consultée, l'avis obtenu sera présumé raisonnable à moins qu'à première vue, il paraisse tout à fait déraisonnable.

L'avis obtenu doit également avoir été erroné. Toutefois, il n'est pas nécessaire que l'accusé établisse ce fait. En démontrant les éléments de l'in-

ments of the offence, the Crown will have already established what the correct law is, from which the existence of error can be deduced. Nonetheless, it is important to note that when no erroneous advice has been given, as in *MacDougall, supra*, this excuse cannot operate.

Finally, to benefit from this excuse, the accused must demonstrate reliance on the official advice. This can be shown, for example, by proving that the advice was obtained before the actions in question were commenced and by showing that the questions posed to the official were specifically tailored to the accused's situation.

In summary, officially induced error of law functions as an excuse rather than a full defence. It can only be raised after the Crown has proven all elements of the offence. In order for an accused to rely on this excuse, she must show, after establishing she made an error of law, that she considered her legal position, consulted an appropriate official, obtained reasonable advice and relied on that advice in her actions. Accordingly, none of the four justifications for the rule that ignorance of the law does not excuse which Stuart outlined is undermined by this defence. There is no evidentiary problem. The accused, who is the only one capable of bringing this evidence, is solely responsible for it. Ignorance of the law is not encouraged because informing oneself about the law is a necessary element of the excuse. Each person is not a law unto himself because this excuse does not affect culpability. Ignorance of the law remains blameworthy in and of itself. In these specific instances, however, the blame is, in a sense, shared with the state official who gave the erroneous advice.

D. *Procedural Considerations*

As this excuse does not affect a determination of culpability, it is procedurally similar to entrapment. Both function as excuses rather than justifi-

fraction, le ministère public aura déjà établi le droit applicable duquel il est possible de déduire l'existence de l'erreur. Néanmoins, il est important de souligner que, lorsqu'il n'y a pas eu d'avis erroné, comme dans *MacDougall*, précité, cette excuse ne peut être invoquée.

Enfin, pour bénéficier de cette excuse, l'accusé doit démontrer qu'il s'est fondé sur l'avis de la personne en autorité. Cela peut être établi, par exemple, par la preuve que l'avis a été obtenu avant le début des actions en cause et que les questions posées à la personne en autorité visaient expressément la situation de l'accusé.

Bref, l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité peut être invoquée à titre d'excuse plutôt que comme moyen de défense complet. Elle peut être soulevée seulement après que le ministère public a démontré tous les éléments de l'infraction. Pour qu'un accusé puisse se fonder sur cette excuse, il doit prouver, après avoir établi qu'il a commis une erreur de droit, qu'il a examiné sa position à l'égard de la loi, a consulté une personne en autorité compétente en la matière, a obtenu un avis raisonnable et s'est fondé sur cet avis pour accomplir ses actes. Par conséquent, ce moyen de défense ne compromet aucune des quatre justifications de la règle selon laquelle l'ignorance de la loi ne constitue pas une excuse, énoncées par Stuart. Il n'y a aucun problème en matière de présentation de la preuve. L'accusé, qui est la seule personne en mesure de présenter cet élément de preuve, en est entièrement responsable. L'ignorance de la loi n'est pas encouragée, parce qu'un élément nécessaire de l'excuse est de s'informer au sujet de la loi. Comme cette excuse n'a pas d'effet sur la culpabilité, on ne peut pas dire que chacun ne connaît d'autre loi que la sienne. En soi, l'ignorance de la loi demeure répréhensible. Toutefois, dans ces cas précis, la responsabilité est, dans un sens, partagée avec le représentant de l'État qui a donné le conseil erroné.

D. *Considérations en matière de procédure*

Comme cette excuse n'influe pas sur la détermination de la culpabilité, elle est semblable en matière de procédure à la provocation policière.

35

36

37

cations in that they concede the wrongfulness of the action but assert that under the circumstances it should not be attributed to the actor. (See *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, at pp. 944-45.) As in the case of entrapment, the accused has done nothing to entitle him to an acquittal, but the state has done something which disentitles it to a conviction (*Mack*, at p. 975). Like entrapment, the successful application of an officially induced error of law argument will lead to a judicial stay of proceedings rather than an acquittal. Consequently, as a stay can only be entered in the clearest of cases, an officially induced error of law argument will only be successful in the clearest of cases.

Toutes deux fonctionnent comme des excuses plutôt que comme des justifications, car elles reconnaissent le caractère répréhensible de l'acte, mais affirment que dans les circonstances cet acte ne devrait pas être attribué à son auteur. (Voir *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, aux pp. 944 et 945.) Comme dans le cas de la provocation policière, l'accusé n'a rien fait qui lui donne droit à un acquittement, mais l'État a eu une conduite qui l'empêche d'obtenir une déclaration de culpabilité (*Mack*, à la p. 975). Comme la provocation policière, l'application avec succès de l'argument fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité entraînera un arrêt des procédures plutôt qu'un acquittement. En conséquence, comme un arrêt ne peut être prononcé que dans les cas les plus clairs, l'argument fondé sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité n'aura gain de cause que dans les cas les plus clairs.

38

The question of whether officially induced error constitutes an excuse in law is a question of law or of mixed law and fact. While a jury may determine whether the accused is culpable, and hence whether this argument is necessary, it is for a judge to determine whether the precise conditions for this legal excuse are made out. Only the trial judge is in a position to determine if a stay should be entered. The elements of the officially induced error excuse are to be proven on a balance of probabilities by the accused.

La question de savoir si l'erreur provoquée par une personne en autorité constitue une excuse en droit est une question de droit ou une question de droit et de fait. Bien qu'un jury puisse décider si l'accusé est coupable et, partant, si cet argument est nécessaire, il incombe au juge de déterminer si les conditions précises pour l'application de cette excuse juridique sont établies. Seul le juge du procès est en mesure de déterminer s'il convient d'inscrire un arrêt des procédures. L'accusé doit prouver selon la prépondérance des probabilités les éléments de l'excuse fondée sur l'erreur provoquée par une personne en autorité.

III. Application to This Case

III. L'application à l'espèce

39

I agree with Sopinka J. regarding the *mens rea* issue and, hence, the disposition of this appeal. Accordingly, nothing turns on the application of an officially induced error of law analysis in this case. Nonetheless, as I believe this excuse would be effective in this case had the Crown proven *mens rea*, considering this application is instructive.

Je suis d'accord avec le juge Sopinka en ce qui concerne la question de la *mens rea* et, par conséquent, la façon de trancher le présent pourvoi. Il n'y a donc pas lieu en l'espèce d'appliquer une analyse fondée sur l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité. Néanmoins, comme je suis d'avis que cette excuse serait applicable en l'espèce si le ministère public avait démontré la *mens rea*, il est intéressant d'en examiner l'application.

If the appellants had been proven to have the requisite *mens rea* for an offence under s. 163(2) of the *Criminal Code*, the argument put forward here would have been an argument based on error of law. That is, the error would have been in concluding that the films they retailed were not legally obscene. The appellants were aware that they were involved in a business which risked infringing the *Criminal Code*, accordingly they were careful to retail only videos which had been approved by the OFRB. As the films in question were "close to the line", that is, Newton Prov. Div. J. determined them to infringe the s. 163(8) definition of obscenity only after careful analysis and only on the basis of a few scenes, the opinion of the OFRB would seem reasonable even to a knowledgeable retailer who had watched every minute of the films. It is also significant that those seeking OFRB approval and classification for films must pay the OFRB per minute of film. As the appellants sought, and paid for, the OFRB opinion of these particular films before putting them on their shelves, the question of reliance on the advice is proven.

The difficult issue in this case is whether the OFRB is an appropriate official body to consult when seeking a determination about whether certain films are legally obscene, that is, whether they infringe community standards of tolerance. The *Theatres Act*, R.S.O. 1990, c. T.6, states that:

3. — ...

(7) The Board has power,

(a) subject to the regulations, to approve, prohibit and regulate the exhibition and distribution of film in Ontario;

33. — (1) Before the exhibition or distribution in Ontario of a film, an application for approval to exhibit or distribute and for classification of the film shall be made to the Board.

40
S'il avait été établi que les appelants avaient la *mens rea* requise pour l'infraction visée par le par. 163(2) du *Code criminel*, l'argument présenté en l'espèce aurait été fondé sur l'erreur de droit. C'est-à-dire que l'erreur aurait été d'avoir conclu que les films qu'ils vendaient au détail n'étaient pas obscènes selon la loi. Les appelants savaient qu'ils exploitaient une entreprise susceptible d'enfreindre le *Code criminel*, ils ont donc pris soin de ne vendre que les vidéos qui avaient été approuvés par la CCCO. Étant donné que les films en question étaient «à la limite», c'est-à-dire que ce n'est qu'après une analyse approfondie et seulement à cause de quelques scènes que le juge Newton a déterminé qu'ils étaient obscènes au sens de la définition prévue au par. 163(8), l'opinion de la CCCO aurait semblé raisonnable même pour un détaillant bien informé qui aurait visionné chaque minute des films. Il est également révélateur que ceux qui demandent l'approbation et la classification de la CCCO à l'égard de films doivent payer la Commission pour chaque minute de visionnement. Comme les appelants ont demandé et payé l'opinion de la CCCO à l'égard de ces films en particulier avant de les placer sur les rayons, la preuve est faite qu'ils se sont fondés sur l'avis donné.

41
La question qui est difficile à trancher en l'espèce est de savoir si la CCCO est un organisme officiel compétent qu'il convient de consulter lorsqu'on cherche à déterminer si certains films sont obscènes selon la loi, c'est-à-dire s'ils outrepassent les normes sociales de tolérance. La *Loi sur les cinémas*, L.R.O. 1990, ch. T.6, prévoit:

3. ...

(7) La Commission peut:

a) sous réserve des règlements, approuver, interdire et réglementer la projection et la distribution de films en Ontario;

33 (1) Avant la projection ou la distribution d'un film en Ontario, une demande de classification et d'approbation de la projection et de la distribution doit être présentée à la Commission.

(2) After viewing a film, the Board, in accordance with the criteria prescribed by the regulations, may refuse to approve the film for exhibition or distribution in Ontario.

Thus the OFRB is charged with determining which films may be shown in Ontario and with classifying those films. The Act also provides for an appeal of the Board's decision first to a differently constituted panel of the Board and then to the Divisional Court. Appeals may be on questions of law, of fact, or of both (s. 33(5), (6), (7), (8) and (9)). While clearly the OFRB is not legally responsible for deciding whether a film infringes the *Criminal Code* provisions, it could presumably itself attract criminal responsibility for approving for distribution a criminally obscene film.

42

Most importantly, in my view, the OFRB is understood by the general public as the body which approves films for play in Ontario. When a film is rejected as obscene by the OFRB, the headlines proclaim the film's obscenity. When someone refers to the "censor board", the OFRB is the board Ontarians think of. There is no other public body which would be the logical choice for someone to consult if seeking advice about whether a film can be legally retained in Ontario. In these circumstances, therefore, I would conclude that had appellants had the requisite *mens rea* for this offence, they would be entitled to a judicial stay of proceedings as a result of officially induced error of law.

IV. Disposition

43

I would allow the appeal and enter an acquittal.

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

(2) Après avoir visionné un film, la Commission peut, conformément aux critères prescrits par les règlements, refuser d'en approuver la projection ou la distribution en Ontario.

Par conséquent, la CCCO est chargée de déterminer les films qui peuvent être présentés en Ontario et de classer ces films. La Loi prévoit également un appel de la décision de la Commission d'abord devant un nouveau comité de la Commission et ensuite à la Cour divisionnaire. Les appels peuvent être interjetés sur des questions de droit, de fait, ou de fait et de droit (par. 33(5), (6), (7), (8) et (9)). Bien que de toute évidence la CCCO ne soit pas chargée aux termes de la loi de décider si un film enfreint les dispositions du *Code criminel*, elle pourrait présument être elle-même tenue criminellement responsable si elle autorisait la distribution d'un film criminellement obscène.

À mon avis, ce qui est plus important, c'est que la CCCO constitue pour le grand public l'organisme qui approuve les films projetés en Ontario. Lorsqu'un film est rejeté par la CCCO comme étant obscène, les grands titres des journaux font état du caractère obscène du film. Lorsqu'on fait mention de la «commission de censure» les Ontariens pensent à la CCCO. Il n'existe aucun autre organisme public qu'une personne choisirait logiquement de consulter si elle cherchait à obtenir un avis pour savoir si un film peut être légalement vendu au détail en Ontario. Par conséquent, dans de telles circonstances, je conclurais que, si les appelants avaient eu la *mens rea* requise à l'égard de cette infraction, ils auraient droit à un arrêt des procédures par suite d'une erreur de droit provoquée par une personne en autorité.

IV. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner un acquittement.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

SOPINKA J. —

I. Issue

This appeal concerns the interpretation of s. 163(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, which deals with “knowingly” selling obscene material “without lawful justification or excuse”. Does s. 163(2)(a) of the *Code* require that the retailer have knowledge of the specific acts which make the material obscene in law or, is it sufficient to show that this retailer had a general knowledge that the material deals with the exploitation of sex?

A second issue in this case concerns the effect of provincial film board approval of the obscene material. Does such approval preclude conviction either because it effectively negates the *mens rea* for the offence or because it provides legal justification or excuse?

II. Factual Background

The appellant, Randy Jorgensen, is the sole officer of 913719 Ontario Limited which owns and operates a store in Scarborough under the name of “Adults Only Video and Magazine”. Acting in an undercover capacity, members of the Metropolitan Toronto Police Force and the Pornography and Hate Literature Section purchased eight videotapes from the appellant’s store. Despite the fact that the Ontario Film Review Board (“OFRB”) had approved the videotapes, members of the Pornography and Hate Literature Section viewed the videotapes and concluded that they were obscene. The appellants were charged with eight counts of selling obscene material without lawful justification or excuse contrary to s. 163(2)(a) of the *Criminal Code*.

III. Relevant Statutory Provisions

Section 163 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, provides:

163. (1) Every one commits an offence who

LE JUGE SOPINKA —

I. La question en litige

Le présent pourvoi porte sur l’interprétation de l’al. 163(2)a) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui traite du fait de vendre «sciemment» du matériel obscène «sans justification ni excuse légitime». L’alinéa 163(2)a) du *Code* exige-t-il que le détaillant soit au courant des actes précis qui rendent le matériel obscène en droit ou est-il suffisant de démontrer qu’il savait d’une manière générale que le matériel traitait de l’exploitation des choses sexuelles?

La seconde question soulevée en l’espèce porte sur l’effet de l’approbation du matériel obscène par une commission de contrôle cinématographique provinciale. Une telle approbation écarte-t-elle la déclaration de culpabilité parce qu’elle élimine en fait la *mens rea* relative à l’infraction ou parce qu’elle constitue une justification ou excuse légitime?

II. Les faits

L’appelant, Randy Jorgensen, est l’unique dirigeant de la société 913719 Ontario Limited qui possède et exploite un magasin à Scarborough sous le nom de «Adults Only Video and Magazine». En se faisant passer pour des clients, des membres de la police de la communauté urbaine de Toronto et de la Section de la pornographie et de la littérature haineuse ont acheté huit vidéocassettes au magasin des appelants. Malgré le fait que la Commission de contrôle cinématographique de l’Ontario («CCCO») avait approuvé les vidéocassettes, les membres de la Section de la pornographie et de la littérature haineuse, après les avoir visionnées, ont conclu qu’elles étaient obscènes. Les appelants ont été inculpés, en vertu de l’al. 163(2)a) du *Code criminel*, sous huit chefs d’accusation de vente de matériel obscène sans justification ni excuse légitime.

III. Les dispositions législatives pertinentes

L’article 163 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, dispose:

163. (1) Commet une infraction quiconque, selon le cas:

44

45

46

47

(a) makes, prints, publishes, distributes, circulates, or has in his possession for the purpose of publication, distribution or circulation any obscene written matter, picture, model, phonograph record or other thing whatever;

. . .

(2) Every one commits an offence who knowingly, without lawful justification or excuse,

(a) sells, exposes to public view or has in his possession for such a purpose any obscene written matter, picture, model, phonograph record or other thing whatever;

. . .

(6) Where an accused is charged with an offence under subsection (1), the fact that the accused was ignorant of the nature or presence of the matter, picture, model, phonograph record, crime comic or other thing by means of or in relation to which the offence was committed is not a defence to the charge. [Repealed S.C. 1993, c. 46, s. 1.]

. . .

(8) For the purposes of this Act, any publication a dominant characteristic of which is the undue exploitation of sex, or of sex and any one or more of the following subjects, namely, crime, horror, cruelty and violence, shall be deemed to be obscene. [Emphasis added.]

IV. Judgments

Ontario Court, Provincial Division

48

At trial, Newton Prov. Div. J. found three of the eight videos (*Bung Ho Babes, Made in Hollywood* and *Dr. Butts*) to be obscene contrary to s. 163(8) of the *Criminal Code*. Newton Prov. Div. J. found these videos to be in violation of the *Code* due to their portrayal of sex coupled with violence.

49

With respect to the *mens rea* of the offence under s. 163(2) for “knowingly” selling these obscene materials, Newton Prov. Div. J. reviewed the jurisprudence and then outlined the following propositions:

a) produit, imprime, publie, distribue, met en circulation, ou a en sa possession aux fins de publier, distribuer ou mettre en circulation, quelque écrit, image, modèle, disque de phonographe ou autre chose obscène;

. . .

(2) Commet une infraction quiconque, sciemment et sans justification ni excuse légitime, selon le cas:

a) vend, expose à la vue du public, ou a en sa possession à une telle fin, quelque écrit, image, modèle, disque de phonographe ou autre chose obscène;

. . .

(6) Lorsqu’un prévenu est inculpé d’une infraction visée par le paragraphe (1), le fait qu’il ignorait la nature ou la présence de la matière, de l’image, du modèle, du disque de phonographe, de l’histoire illustrée de crime ou de l’autre chose au moyen ou à l’égard de laquelle l’infraction a été commise, ne constitue pas une défense contre l’inculpation. [Abrogé L.C. 1993, ch. 46, art. 1.]

. . .

(8) Pour l’application de la présente loi, est réputée obscène toute publication dont une caractéristique dominante est l’exploitation indue des choses sexuelles, ou de choses sexuelles et de l’un ou plusieurs des sujets suivants, savoir: le crime, l’horreur, la cruauté et la violence. [Je souligne.]

IV. Les jugements

La Cour de l’Ontario, Division provinciale

Au procès, le juge Newton a conclu que trois des huit vidéos (*Bung Ho Babes, Made in Hollywood* et *Dr. Butts*) étaient obscènes au sens du par. 163(8) du *Code criminel*. Elle a conclu que ces vidéos portaient atteinte au *Code* en raison de leur représentation d’actes sexuels accompagnés de violence.

Relativement à la *mens rea* de l’infraction prévue au par. 163(2) d’avoir «sciemment» vendu ce matériel obscène, le juge Newton a examiné la jurisprudence et a fait ressortir les points suivants:

1. Censor Board or Customs Department approval is not a bar to prosecution. It is the function of the court to determine whether the material at issue is obscene.
2. One cannot escape accountability for criminal acts by stating that he was led to believe his acts were not criminal.
3. The authorities establish a distinction between retailer and wholesaler. This distinction between the offences established by s. 163(1) and 163(2) remains important in the post-Charter interpretation.
4. It is not incumbent on the Crown, even on a charge under s. 163(2) where the Crown must prove that the accused knowingly committed the offence to prove that an accused, who is aware of the presence and nature of the subject matter also knew it was obscene in the legal sense.
5. The Crown must prove only that the accused had knowledge that the dominant characteristic of the material was the exploitation of sex, not knowledge that the exploitation of sex was undue.
6. A mistake of fact which negatives the mental element which is part of the definition of the offence negatives the offence.
7. The accused's honest and mistaken belief that the exploitation of sex was not undue or did not exceed the community standards of tolerance does not fall within the defences of mistake of fact or due diligence.
8. Knowledge can be inferred from the surrounding circumstances. [Emphasis added.]

With respect to the *mens rea* for an offence under s. 163(2), Newton Prov. Div. J. ultimately concluded that:

I am of the view that the Crown must prove beyond a reasonable doubt that the accused is aware of the presence or nature of the matter that constitutes the subject of the charge in a general sense. It is not necessary that the Crown prove the accused was aware of the specific factual contents of the forbidden material at issue.

[TRADUCTION]

1. L'approbation de la Commission de contrôle ou des Douanes n'écarte pas la possibilité de poursuite. Il incombe au tribunal de déterminer si le matériel visé est obscène.
2. On ne peut écarter sa propre responsabilité à l'égard d'actes criminels en disant qu'on a été amené à croire que les actes accomplis n'étaient pas criminels.
3. La jurisprudence établit une distinction entre le détaillant et le commerçant en gros. Cette distinction entre les infractions prévues au par. 163(1) et au par. 163(2) demeure importante dans le cadre d'une interprétation postérieure à la Charte.
4. Il n'incombe pas au ministère public, même en ce qui a trait à une accusation portée en application du par. 163(2) où il doit établir que l'accusé a sciemment commis l'infraction, de prouver que l'accusé qui est au courant de la présence et de la nature du matériel savait également qu'il était obscène au sens de la loi.
5. Le ministère public doit prouver seulement que l'accusé savait que la caractéristique dominante du matériel était l'exploitation des choses sexuelles, et non qu'il savait que l'exploitation des choses sexuelles était indue.
6. Une erreur de fait qui écarte l'élément moral qui s'inscrit dans le cadre de la définition de l'infraction écarte l'infraction.
7. La croyance sincère et erronée de l'accusé que l'exploitation des choses sexuelles n'était pas indue ou n'excédait pas la norme sociale de tolérance ne s'inscrit pas dans le cadre des moyens de défense de l'erreur de fait ou de la diligence raisonnable.
8. La connaissance peut être déduite des circonstances de l'affaire. [Je souligne.]

En ce qui a trait à la *mens rea* relative à une infraction prévue au par. 163(2), le juge Newton a finalement conclu:

[TRADUCTION] Je suis d'avis que le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable que l'accusé est au courant de la présence ou de la nature du matériel qui fait l'objet de l'accusation dans un sens général. Il n'est pas nécessaire que le ministère public prouve que l'accusé était au courant du contenu factuel précis du matériel interdit visé.

51 In elaborating on how knowledge can be inferred from the surrounding circumstances, Newton Prov. Div. J. explained:

I am of the view that implicit, in the historical analysis of the statutory scheme and the factual foundation provided in the authorities that I have referred to is the necessity of a blameworthy state of mind with respect to the offence in Section 163(2) of the Criminal Code.

My review of the authorities and principles of criminal law indicate that the requirement can be satisfied by evidence such as statements made by an accused person, warnings by police officers with respect to the content of the materials and continued dissemination of those materials in the face of the warning, non-compliance with in rem proceedings, non-compliance with judicial determinations, outstanding charges, condition of the material and location at the time of seizure, the nature of the material itself, evidence of some form of clandestine activity, and non-compliance with requirements with respect to excising portions of a film to meet appropriate approval standards.

52 With respect to whether reliance on OFRB approval negates any possibility that an accused acted knowingly, Newton Prov. Div. J. decided that it is the function of the court to determine whether the material at issue is obscene and therefore, censor board or customs approval is not a bar to prosecution. She emphasized the principle that one cannot escape accountability for criminal acts by stating that he was led to believe that his acts were not criminal.

53 In arriving at this conclusion, Newton Prov. Div. J. first acknowledged that the appellant, Jorgensen, had stated that he had relied on the film board approval:

It was further agreed that the accused relied on the Ontario Film Review Board approval with respect to all of the video tapes which form the subject of these charges. Mr. Jorgensen advised the officers that he purchased only video tapes passed by the Ontario Film Review Board.

Le juge Newton a discuté de la manière dont la connaissance peut être déduite des circonstances de l'affaire:

[TRADUCTION] Je suis d'avis qu'il ressort implicitement de l'analyse historique du régime législatif et du contexte factuel de la jurisprudence que j'ai mentionnée, qu'il doit nécessairement y avoir un état d'esprit répréhensible à l'égard de l'infraction prévue au par. 163(2) du Code criminel.

Mon examen de la jurisprudence et des principes de droit criminel montre qu'il peut être satisfait à l'exigence par des éléments de preuve comme les déclarations faites par un accusé, les avertissements des policiers en ce qui a trait au contenu du matériel et à la distribution de ce matériel malgré les avertissements, le non-respect de procédures in rem, le non-respect des décisions judiciaires, des accusations pendantes, la condition du matériel et l'endroit où il se trouvait au moment de la saisie, la nature du matériel lui-même, la preuve d'une certaine forme d'activité clandestine, et le non-respect des exigences relatives aux coupures à apporter à un film pour satisfaire à des normes d'approbation appropriées.

Relativement à la question de savoir si le fait de se fonder sur l'approbation de la CCCO écarte toute possibilité qu'un accusé ait agi sciemment, le juge Newton a conclu qu'il incombe au tribunal de déterminer si le matériel visé est obscène et que, par conséquent, l'approbation d'une commission de contrôle ou des douanes n'empêche pas la poursuite. Elle a mis l'accent sur le principe qu'il n'est pas possible d'écarter sa propre responsabilité à l'égard d'actes criminels en disant qu'on a été amené à croire que les actes accomplis n'étaient pas criminels.

Pour arriver à cette conclusion, le juge Newton a d'abord reconnu que l'appellant, M. Jorgensen, avait déclaré s'être fondé sur l'approbation de la Commission de contrôle:

[TRADUCTION] Il a en outre été admis que l'accusé s'est fondé sur l'approbation de la Commission de contrôle cinématographique de l'Ontario en ce qui a trait à toutes les vidéocassettes visées par les accusations. Monsieur Jorgensen a dit aux policiers qu'il n'achetait que des vidéocassettes approuvées par la Commission de contrôle cinématographique de l'Ontario.

After establishing the fact that the appellants had relied on Board approval, Newton Prov. Div. J. outlined the composition, mandate and standards of the Board. Referring to the testimony of Mr. Payne, Chairman of the OFRB, Newton Prov. Div. J. summarized as follows:

The Board is comprised of men and women from various educational, geographical, religious, racial and cultural backgrounds throughout Ontario in an attempt to reflect the diversity of the population. . . . He testified that the Ontario Board is more conservative than other Canadian Boards, with respect to sexual content issues.

He indicated that Canadian community standards of tolerance are determinative of approval for distribution. . . .

. . . He confirmed that while the Board serves the population of Ontario, it applies a National standard of tolerance. He recognized that it is the function of the courts to determine obscenity, but maintained that the Board would not knowingly approve material that was obscene. [Emphasis added.]

Following the principles outlined above, Newton Prov. Div. J. concluded that film board approval was not a bar to prosecution and that it was the function of the court ultimately to determine whether the material was obscene in law.

As for the final issue of whether OFRB approval constitutes a lawful justification or excuse, Newton Prov. Div. J. concluded that such approval did not provide a complete defence. She concluded:

While I appreciate that there is evidence before me that in exercising their mandate, the Board considers factors relevant to the s. 163(8) determination, I am of the view that the Ontario Film Review Board approval is not a justification or excuse, as it is the function of the Court to determine whether the material is obscene within Section 163(8) of the Criminal Code. Their approval, though lawful, would not make the conduct lawful if it was proven to the requisite degree that the video tape was obscene within the parameters of the legislation.

Après avoir établi le fait que les appelants s'étaient fondés sur l'approbation de la Commission, le juge Newton a décrit la composition, le mandat et les normes de la Commission. Sur le fondement du témoignage de M. Payne, président de la CCCO, le juge Newton les a résumés ainsi:

[TRADUCTION] La Commission est composée d'hommes et de femmes provenant de différentes régions de l'Ontario et dont l'éducation, la religion, la race et la culture sont différentes afin de représenter la diversité de la population. [. . .] Il a témoigné que la Commission ontarienne est plus conservatrice que les autres commissions canadiennes en ce qui a trait aux questions de contenu de nature sexuelle.

Il a indiqué que l'approbation en matière de distribution est fondée sur les normes sociales canadiennes de tolérance. . . .

. . . Il a confirmé que bien que la Commission soit au service de la population de l'Ontario, elle applique une norme de tolérance nationale. Il a reconnu qu'il incombe aux tribunaux de déterminer le caractère obscène, mais a soutenu que la Commission n'approuverait pas sciemment du matériel obscène. [Je souligne.]

Sur le fondement des principes énoncés précédemment, le juge Newton a conclu que l'approbation de la commission de contrôle cinématographique n'écartait pas les poursuites et qu'il incombait en fin de compte au tribunal de déterminer si le matériel était obscène selon la loi.

En ce qui a trait à la dernière question de savoir si l'approbation de la CCCO constitue une justification ou une excuse légitime, le juge Newton a déterminé qu'une telle approbation n'assurerait pas un moyen de défense complet. Elle a conclu:

[TRADUCTION] Même si j'admets qu'on m'a présenté des éléments de preuve selon lesquels, dans l'exercice de son mandat, la Commission examine des facteurs relatifs à une décision fondée sur le par. 163(8), je suis d'avis que l'approbation de la Commission de contrôle cinématographique de l'Ontario ne constitue pas une justification ou une excuse, car il incombe à la cour de déterminer si le matériel est obscène au sens du par. 163(8) du Code criminel. L'approbation donnée, même si elle est légitime, ne rendrait pas la conduite légitime s'il était démontré de la manière requise que la vidéo-cassette était obscène selon les termes de la disposition législative.

57 Newton Prov. Div. J. did acknowledge, however, that Board approval would be relevant in the court's determination of whether the materials were obscene in law. Again referring to the evidence of Mr. Payne, Newton Prov. Div. J. noted:

Based on the examination-in-chief and the cross-examination before me, I am satisfied that his evidence is such that I cannot reject it as being indicative of community standards of tolerance. While I am mindful that he did not view any of the videos before me, and while some of his evidence would negate current Board approval, I am satisfied that it is a matter of weight to be attached to his evidence.

Ontario Court of Appeal (Robins J.A., Doherty and Austin J.J.A. concurring)

58 The Court of Appeal unanimously decided that the Crown need only show that the retailer of the obscene materials was "aware of the videos and the nature of their subject matter". The court rejected the argument that the OFRB approval negated the possibility of finding that the appellants acted knowingly in selling obscene films. The court held that OFRB approval was irrelevant to the question of *mens rea*, although it may be a relevant factor in the mitigation of sentence. Robins J.A. held:

In my opinion, the Board's decision that the films did not exceed the community's standard of tolerance and should therefore be approved for restricted viewing is irrelevant to the question of whether the appellants can be fixed with sufficient knowledge of their contents to be found to have 'knowingly' sold obscene films. The Crown is not required to prove that they had specific knowledge of those parts of the film which were determinative in the trial judge's assessment of whether they were obscene. The appellants were aware of the videos and the nature of their subject matter. The fact that they may not have known that the films were obscene in the legal sense, or that the board's approval may have led them to believe that the films were not obscene, may be mitigating factors on the question of sentence, but are

Toutefois, le juge Newton a reconnu que l'approbation de la Commission serait pertinente quant à la détermination par le tribunal du caractère obscène en droit du matériel. Se reportant encore une fois au témoignage de M. Payne, elle a fait remarquer:

[TRADUCTION] Sur le fondement de l'interrogatoire principal et du contre-interrogatoire qui ont eu lieu devant moi, je suis convaincue que je ne peux rejeter son témoignage car il contient des indications concernant les normes sociales de tolérance. Bien que je tiens compte du fait qu'il n'a visionné aucun des vidéos en cause, et bien que certaines parties de son témoignage annuleraient l'approbation visée de la Commission, je suis convaincue que la question porte sur l'importance à accorder à son témoignage.

La Cour d'appel de l'Ontario (le juge Robins, avec l'appui des juges Doherty et Austin)

La Cour d'appel a conclu, à l'unanimité, qu'il suffisait que le ministère public démontre que le détaillant du matériel obscène était [TRADUCTION] «au courant des vidéos et du sujet sur lequel ils portaient». La cour a rejeté l'argument selon lequel l'approbation de la CCCO faisait en sorte qu'il était impossible de conclure que les appelants avaient sciemment vendu des films obscènes. La cour a déterminé que l'approbation de la CCCO n'était pas pertinente en ce qui a trait à la question de la *mens rea*, bien qu'elle puisse constituer un facteur pertinent en ce qui a trait à l'atténuation de la peine. Le juge Robins a conclu:

[TRADUCTION] À mon avis, la décision de la Commission selon laquelle les films ne dépassaient pas les normes sociales de tolérance et devaient par conséquent obtenir une cote d'accès limité n'est pas pertinente relativement à la question de savoir si on peut dire que les appelants ont une connaissance suffisante de leur contenu pour conclure qu'ils ont «sciemment» vendu des films obscènes. Le ministère public n'est pas tenu de démontrer qu'ils avaient une connaissance précise des parties du film sur lesquelles le juge du procès s'est fondé pour évaluer leur caractère obscène. Les appelants étaient au courant des vidéos et du sujet sur lequel ils portaient. Le fait qu'ils ne savaient peut-être pas que les films étaient obscènes selon la loi, ou le fait que l'approbation de la Commission peut les avoir porté à croire que les films n'étaient pas obscènes, peuvent constituer des facteurs d'atténuation de la peine, mais ne sont pas

immaterial to the issue of whether the appellants acted 'knowingly'. [Emphasis added.]

The court also affirmed the trial judge's decision that the OFRB approval of the videos does not amount to a lawful justification or excuse. The court noted that the approval of certain material by a body charged with considering whether the material is suitable for purposes other than the criminal law cannot constitute lawful justification or excuse within the meaning of s. 163(2)(a). The court regarded it as untenable that a provincial board would be able to determine the criminal issue of whether material is obscene.

Despite the fact that Board approval cannot be determinative, Robins J.A. also acknowledged its relevance. He wrote:

While the Board's approval of video films depicting explicit sexual activity between consenting adults without violence, bestiality, necrophilia and the like clearly cannot be determinative of the criminal law of obscenity, or preclude a court from ruling otherwise, it is plainly relevant to the question of community standards of tolerance. . . .

The Court of Appeal ultimately decided that weighing all the factors in issue, the trial judge's decision was supported by the evidence and that she made no error of law. Robins J.A. concluded:

As I have already stated, the Board's approval of the films may be evidence of what the contemporary community will tolerate. However, the Board's approval is not binding on a court or determinative of whether the films are criminally obscene. The trial judge properly treated this evidence as indicative of community standards of tolerance, and fully recognized that due weight must be given to it. Nonetheless, for reasons she carefully explained, she was not persuaded that it raised a reasonable doubt as to the appellants' guilt. Her review of the films led her to conclude that their contents, which are outlined above, included the portrayal of sex coupled with violence and coercion or subordination and created the requisite risk of harm. She accordingly found that the films unduly exploited sex and were

pertinents relativement à la question de savoir si les appelants ont agi «sciemment». [Je souligne.]

La cour a également confirmé la décision du juge du procès selon laquelle l'approbation de la CCCO à l'égard des vidéos ne constitue pas une justification ou excuse légitime. Elle a signalé que l'approbation de certain matériel par un organisme chargé d'examiner si le matériel convient à des fins autres que le droit criminel ne peut constituer une justification ou une excuse légitime au sens de l'al. 163(2)a). La cour a considéré qu'on ne pouvait soutenir qu'une commission provinciale est en mesure de trancher la question de droit criminel de savoir si du matériel est obscène.

Malgré le fait que l'approbation de la Commission ne peut permettre de trancher la question, le juge Robins a également reconnu qu'elle était pertinente. Il a dit:

[TRADUCTION] Bien que l'approbation de la Commission à l'égard de films vidéos montrant des actes sexuels explicites entre des adultes consentants, sans violence, bestialité, nécrophilie, ni autres actes semblables, ne puisse de toute évidence permettre de trancher la question du caractère obscène selon le droit criminel, ou empêcher un tribunal de rendre une décision contraire, cette approbation est directement pertinente en ce qui a trait aux normes sociales de tolérance. . . .

Finalement la Cour d'appel a jugé que, compte tenu de tous les facteurs soulevés, la décision du juge du procès était appuyée par la preuve et que le juge n'avait commis aucune erreur de droit. Le juge Robins a conclu:

[TRADUCTION] Comme je l'ai mentionné précédemment, l'approbation de la Commission à l'égard des films peut constituer une preuve de ce que la société contemporaine peut tolérer. Toutefois, une cour de justice n'est pas liée par l'approbation de la Commission et celle-ci ne permet pas de déterminer si les films sont obscènes au sens du droit criminel. Le juge du procès a, à bon droit, traité cet élément de preuve comme une indication de la norme sociale de tolérance et a pleinement reconnu l'importance qu'il convient de lui accorder. Néanmoins, pour les motifs qu'elle a expliqués de façon détaillée, elle n'a pas été convaincue qu'il soulevait un doute raisonnable quant à la culpabilité des appelants. Son examen des films l'a amenée à conclure que leur contenu, dont un aperçu est donné ci-dessus, comprenait

59

60

61

obscene within the *Butler* test. The trial judge was entitled to reach this conclusion on the evidence before her and made no error in law in so doing.

V. Analysis

A. *Knowingly*

62 The central issue in this appeal is the nature of the *mens rea* requirement in s. 163(2)(a) of the *Criminal Code* when it states that it must be shown that the accused acted “knowingly” in selling obscene material. Is an accused acting knowingly when he or she is aware only of the general nature or the subject matter of the work in question? The Crown responds in the affirmative and submits that it is sufficient that it is established that the accused was aware that the dominant characteristic is the exploitation of sex. On the other hand, the accused appellants contend that the term “knowingly” should extend to all factual elements of the *actus reus*. On the basis of this submission, it must be shown that the accused was aware of particular content of the material which makes it criminal. Material, the dominant characteristic of which is the exploitation of sex, crosses the line and becomes criminal only when it is shown that the exploitation of sex is undue. The appellants contend that the prosecution must establish knowledge on the part of the accused of the content of the material which renders the exploitation undue in law.

63 To put the positions of the parties in context it is helpful to observe that, pursuant to this Court’s decision in *R. v. Butler*, [1992] 1 S.C.R. 452, material that involves the exploitation of sex which does not involve sex with violence and is neither degrading nor dehumanizing is generally not obscene. Accordingly, the Crown’s submission would limit the operation of the word “knowingly” to awareness of conduct which is not criminal. Knowledge of such conduct would not, therefore, constitute a blameworthy mind state. I have con-

la représentation d’actes sexuels accompagnés de violence et de coercition ou de subordination et entraînait le risque de préjudice requis. Elle a par conséquent conclu que les films constituaient une exploitation indue des choses sexuelles et étaient obscènes au sens du critère établi dans *Butler*. Le juge du procès pouvait arriver à cette conclusion d’après la preuve qui lui avait été présentée et, ce faisant, n’a commis aucune erreur de droit.

V. Analyse

A. *Sciemment*

La question principale soulevée dans le présent pourvoi porte sur la nature de l’exigence en matière de *mens rea* prévue à l’al. 163(2)a) du *Code criminel*, où il est indiqué qu’il faut démontrer que l’accusé a agi «sciemment» en vendant du matériel obscène. Un accusé agit-il sciemment lorsqu’il est au courant seulement de la nature générale ou du sujet de l’œuvre en question? Le ministère public répond par l’affirmative et soutient qu’il suffit d’établir que l’accusé savait que la caractéristique dominante était l’exploitation des choses sexuelles. Par ailleurs, les appelants accusés soutiennent que le terme «sciemment» devrait s’étendre à tous les éléments factuels de l’*actus reus*. Sur le fondement de cet argument, il faut démontrer que l’accusé connaissait le contenu particulier du matériel faisant en sorte qu’il est visé par le droit criminel. Le matériel, dont la caractéristique dominante est l’exploitation des choses sexuelles, franchit la limite et ne devient visé par le droit criminel que lorsqu’il est démontré que l’exploitation des choses sexuelles est indue. Les appelants soutiennent que la poursuite doit démontrer que l’accusé était au courant du contenu du matériel qui rendait l’exploitation indue en droit.

Afin de bien établir les positions des parties, il est utile de faire remarquer que, aux termes de l’arrêt de notre Cour *R. c. Butler*, [1992] 1 R.C.S. 452, n’est généralement pas obscène le matériel comportant l’exploitation des choses sexuelles qui ne renferme pas de scènes d’activités sexuelles accompagnées de violence et n’est ni dégradante ni déshumanisante. Par conséquent, l’argument du ministère public limiterait l’application du terme «sciemment» à la connaissance d’une conduite qui n’est pas criminelle. La connaissance d’une telle

cluded that the Crown's submission does not accord with the rules of statutory construction and is not supported by any policy reason.

It is a general rule of statutory construction that when the term "knowingly" is used in a criminal statute, it applies to all elements of the *actus reus*. In *R. v. Rees*, [1956] S.C.R. 640, this Court considered whether, on a charge of contributing to the delinquency of a child under the age of 18, honest belief that the child was over the age was a defence. The majority held that in accordance with the rule of statutory construction to which I have referred, the term "knowingly" must be applied to all elements of the offence and in particular to the age of the child. Cartwright J., at p. 652, cited with approval a statement from Glanville Williams:

In his book on Criminal Law (1953) at pages 131 and 133, Mr. Glanville Williams says: —

It is a general rule of construction of the word "knowingly" in a Statute that it applies to all the elements of the *actus reus* . . .

The sound principle of construction is to say that the requirement of knowledge, once introduced into the offence, governs the whole, unless Parliament has expressly provided to the contrary.

In my opinion these passages are supported by the authorities collected by the learned author at the pages mentioned and correctly state the general rule.

And at p. 653 he expressly adopted the following passage from the reasons of the Chief Justice of British Columbia:

In my view of the matter we must start out with the proposition that sexual intercourse with a woman, not under the age of 18 years and with her consent, is not a crime, except under exceptional and irrelevant circumstances. It follows that if the appellant had sexual intercourse with a girl not under 18 years of age he could not be convicted of contributing to her becoming a juvenile

conduite ne constituerait donc pas un état d'esprit répréhensible. J'en ai conclu que l'argument du ministère public n'est pas conforme aux règles d'interprétation législative et n'est pas appuyé par un motif d'ordre public.

Il est généralement bien établi en matière d'interprétation législative que lorsqu'il est utilisé dans une loi en matière criminelle, le terme «sciemment» s'applique à tous les éléments de l'*actus reus*. Dans *R. c. Rees*, [1956] R.C.S. 640, notre Cour a examiné si, à l'égard d'une accusation d'avoir contribué à la délinquance d'un enfant âgé de moins de 18 ans, la croyance sincère que l'enfant était plus âgé constituait un moyen de défense. La Cour a conclu, à la majorité, que, conformément à la règle d'interprétation législative que j'ai mentionnée, le terme «sciemment» doit être appliqué à tous les éléments de l'infraction et, en particulier, à l'âge de l'enfant. Le juge Cartwright, à la p. 652, a cité et approuvé une déclaration de Glanville Williams:

[TRADUCTION] Dans son ouvrage intitulé Criminal Law (1953), aux pp. 131 et 133, M. Glanville Williams a écrit:

Selon une règle générale en matière d'interprétation, le terme «sciemment» dans une loi s'applique à tous les éléments de l'*actus reus* . . .

Le principe d'interprétation qu'il convient d'appliquer est de dire que l'exigence de la connaissance, lorsqu'elle a été inscrite dans l'infraction, en régit l'ensemble, à moins que le législateur n'ait expressément prévu le contraire.

À mon avis, ces passages sont appuyés par la doctrine et la jurisprudence citées par l'auteur aux pages mentionnées et énoncent correctement la règle générale.

De même, à la p. 653, il a expressément adopté le passage suivant des motifs du Juge en chef de la Colombie-Britannique:

[TRADUCTION] À mon avis, il faut d'abord dire que les rapports sexuels avec une femme de 18 ans ou plus et avec son consentement ne constituent pas un crime, sauf dans des circonstances exceptionnelles qui ne sont pas pertinentes. Il en découle que si l'appelant a eu des rapports sexuels avec une jeune fille de 18 ans ou plus il ne pourrait être déclaré coupable de l'avoir incitée à deve-

delinquent for the simple reason she is not a child within the meaning of the Act.

It is the age factor alone that, in these circumstances, moves the act from a non-criminal to a criminal category.

It follows, it seems to me, that when a man is charged with knowingly and wilfully doing an act that is unlawful only if some factor exists which makes it unlawful (in this instance the age of the girl) he cannot be convicted unless he knows of, or is wilfully blind to, the existence of that factor, and then with that knowledge commits the act intentionally and without any justifiable excuse.

He then continued as follows:

It would indeed be a startling result if it should be held that in a case in which Parliament has seen fit to use the word "knowingly" in describing an offence honest ignorance on the part of the accused of the one fact which alone renders the action criminal affords no answer to the charge.

65 All the judges in the majority agreed with this application of the rule of statutory construction. Fauteux J. dissented.

66 I find nothing in the language of the section to suggest that the word "knowingly" should be given a restricted meaning. Moreover, an examination of the history of these provisions and an analysis of policy considerations tend to support the position of the appellants.

67 In reviewing the history and purpose of s. 163 it is useful to note the distinction that the *Code* makes between those who produce or distribute obscene materials and those who sell or retail such materials.

68 Section 163(1) focuses on the producers and distributors of obscene material:

163. (1) Every one commits an offence who

(a) makes, prints, publishes, distributes, circulates, or has in his possession for the purpose of publication, distribution or circulation any obscene written matter, picture, model, phonograph record or other thing whatever; or

nir une jeune délinquante pour la simple raison qu'elle n'est plus une enfant au sens de la loi.

Dans de telles circonstances, c'est uniquement le facteur de l'âge qui fait en sorte que l'acte s'inscrive dans la catégorie des actes criminels.

Il en résulte selon moi que lorsqu'un homme est accusé d'avoir sciemment et volontairement accompli un acte qui est illégal seulement s'il existe un facteur qui le rend illégal (en l'espèce l'âge de la jeune fille), il ne peut être déclaré coupable à moins qu'il ne connaisse l'existence de ce facteur ou qu'il ne fasse preuve d'ignorance volontaire à l'égard de celui-ci et qu'ensuite, ayant cette connaissance, il commette l'acte de façon intentionnelle et sans excuse légitime.

Il a ensuite poursuivi:

[TRANSLATION] Il serait en fait étonnant que, dans un cas où le législateur a jugé approprié d'utiliser le terme «sciemment» pour décrire une infraction, l'ignorance sincère de la part de l'accusé du seul fait qui permet de qualifier l'action de criminelle ne fournisse pas un moyen de défense contre l'accusation.

Tous les juges de la majorité ont souscrit à cette application de la règle d'interprétation législative. Le juge Fauteux a exprimé sa dissidence.

Je ne vois rien dans le texte de la disposition qui permette de donner un sens restreint au terme «sciemment». Qui plus est, un examen de l'histoire de ces dispositions et une analyse des considérations en matière d'ordre public tendent à appuyer la position des appelants.

En examinant l'historique et l'objet de l'art. 163, il convient de noter la distinction que le *Code* fait entre ceux qui produisent ou distribuent du matériel obscène et ceux qui vendent au détail ce matériel.

Le paragraphe 163(1) vise les producteurs et les distributeurs de matériel obscène:

163. (1) Commet une infraction quiconque, selon le cas:

a) produit, imprime, publie, distribue, met en circulation, ou a en sa possession aux fins de publier, distribuer ou mettre en circulation, quelque écrit, image, modèle, disque de phonographe ou autre chose obscène;

(b) makes, prints, publishes, distributes, sells or has in his possession for the purpose of publication, distribution or circulation a crime comic.

Section 163(2), on the other hand, focuses on those who sell such materials:

(2) Every one commits an offence who knowingly, without lawful justification or excuse,

(a) sells, exposes to public view or has in his possession for such a purpose any obscene written matter, picture, model, phonograph record or other thing whatever; [Emphasis added.]

It is immediately apparent that in the case of producers and distributors, the *actus reus* need not be committed knowingly, whereas in the case of sellers and retailers it is an essential element.

A most helpful history of these provisions is contained in the reasons of Martin J.A. in *R. v. Metro News Ltd.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 35 (Ont. C.A.). In that case the accused was charged under s. 163(1) (then s. 159(1)) with distributing an obscene publication: an edition of *Penthouse* magazine. The court found that s. 163(6) (then s. 159(6)), which barred the defence of honest mistake of fact to the offence of distributing obscene material under s. 163(1), infringed s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* in that it created an absolute liability offence having imprisonment as a potential punishment. Martin J.A., for the court, first noted that the obscenity provision dates back to the *Criminal Code* of 1892. He further observed that the words "knowingly without lawful justification or excuse" had originally qualified both the offences of "selling" and "distributing" obscene matter. The *Code* was later amended in 1949 and this qualification was altered, such that it no longer applied to distributing obscene matter.

Martin J.A. further noted that the purpose of the 1949 amendment was quite simply to remove the knowledge requirement for distributing obscene material but left the requirement intact for selling

b) produit, imprime, publie, distribue, vend, ou a en sa possession aux fins de publier, distribuer ou mettre en circulation, une histoire illustrée de crime.

Par ailleurs, le par. 163(2) vise ceux qui vendent ce matériel.

(2) Commet une infraction quiconque, sciemment et sans justification ni excuse légitime, selon le cas:

a) vend, expose à la vue du public, ou a en sa possession à une telle fin, quelque écrit, image, modèle, disque de phonographe ou autre chose obscène; [Je souligne.]

On voit tout de suite que dans le cas des producteurs et des distributeurs, il n'est pas nécessaire que l'*actus reus* soit commis sciemment, tandis que dans le cas des vendeurs et des détaillants il s'agit d'un élément essentiel.

On trouve un historique très utile de ces dispositions dans les motifs du juge Martin dans l'arrêt *R. c. Metro News Ltd.* (1986), 29 C.C.C. (3d) 35 (C.A. Ont.). Dans cette affaire, l'accusé a été inculpé aux termes du par. 163(1) (alors le par. 159(1)) d'avoir distribué une publication obscène: un numéro du magazine *Penthouse*. La cour a conclu que le par. 163(6) (alors le par. 159(6)), qui écartait le moyen de défense de l'erreur de fait honnête à l'égard de l'infraction de distribution de matériel obscène visé par le par. 163(1), violait l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, car il créait une infraction de responsabilité absolue susceptible d'entraîner une peine d'emprisonnement. Le juge Martin, au nom de la cour, a d'abord souligné que les dispositions en matière d'obscénité remontent au *Code criminel* de 1892. Il a en outre fait remarquer que les termes «sciemment et sans justification ni excuse légitime» visaient initialement les infractions de «vente» et de «distribution» de matériel obscène. Le *Code* a par la suite été modifié en 1949 et cette précision a été transformée de manière qu'elle ne s'appliquait désormais plus à la distribution de matériel obscène.

Le juge Martin a en outre fait remarquer que la modification de 1949 avait tout simplement pour but d'éliminer l'exigence de la connaissance relativement à la distribution de matériel obscène, mais

69

70

71

obscene matter. As Martin J.A. observed, at p. 56: "Patently, the purpose of the 1949 amendment was to make the absence of a blameworthy state of mind irrelevant on a charge of distributing obscene matter."

a conservé l'exigence intacte pour la vente de matériel obscène. Comme il l'a fait remarquer à la p. 56: [TRADUCTION] «De toute évidence, la modification de 1949 avait pour but de rendre non pertinente l'absence d'état d'esprit répréhensible à l'égard d'une accusation de distribution de matériel obscène.»

72 Martin J.A., speaking for the court, went on to declare s. 163(6) invalid by reason of its inconsistency with s. 7. In accordance with the principles of fundamental justice, however, while the Crown was not required to prove knowledge on the part of a producer or distributor, the latter was entitled to be acquitted if there was evidence raising a reasonable doubt that the accused had an honest and reasonable belief in a state of facts which, if true, would render his conduct innocent. I am generally in agreement with Martin J.A. that it was Parliament's intention to make a clear distinction between the elements of the offences created by s. 163(1) and (2). With respect to the former, Parliament intended to create an absolute liability offence but the principles of fundamental justice require that it be treated as a strict liability offence.

Le juge Martin, au nom de la cour, a ensuite déclaré que le par. 163(6) n'était pas valide en raison de son incompatibilité avec l'art. 7. Bien que le ministère public n'ait pas été tenu de démontrer qu'il y avait connaissance de la part d'un producteur ou d'un distributeur, ce dernier avait toutefois, conformément aux principes de justice fondamentale, le droit d'être acquitté si des éléments de preuve soulevaient un doute raisonnable qu'il avait une croyance sincère et raisonnable à l'égard d'un état de fait qui, s'il était avéré, ferait en sorte que sa conduite soit jugée innocente. Je conviens généralement avec le juge Martin que le législateur avait l'intention d'établir clairement une distinction entre les éléments des infractions créées par les par. 163(1) et (2). Pour ce qui est du premier, le législateur avait l'intention de créer une infraction de responsabilité absolue, mais les principes de justice fondamentale exigent qu'elle soit traitée comme une infraction de responsabilité stricte.

73 This history of the section provides no support for a restricted interpretation of the term "knowingly". Indeed it supports the view that in order to comply with Parliament's intention a clear distinction should be maintained between the subsections. If subs. (1) is now a strict liability offence, the logical interpretation which will maintain a clear distinction is to give the word "knowingly" its usual interpretation in accordance with the rule of statutory construction to which I have referred.

Cet historique de l'article n'appuie nullement une interprétation restrictive du terme «sciemment». En fait, il appuie l'opinion selon laquelle, pour se conformer à l'intention du législateur, il convient d'établir une distinction nette entre les paragraphes. Si le paragraphe (1) constitue maintenant une infraction de responsabilité stricte, l'interprétation logique qui conservera une distinction claire consiste à donner au terme «sciemment» son interprétation habituelle conformément à la règle d'interprétation législative que j'ai mentionnée.

74 In my view there are sound reasons for such a distinction. Producers and distributors can be presumed to be familiar with the content of the material that they create or distribute. Furthermore, if the law casts upon them the obligation of being familiar with the material they make or distribute, that can easily be discharged. On the other hand, a seller of pornographic material may include among

À mon avis, cette distinction est fondée sur des motifs valables. On peut présumer que les producteurs et les distributeurs connaissent bien le contenu du matériel qu'ils créent ou distribuent. Qui plus est, si la loi leur impose l'obligation de bien connaître le matériel qu'ils fabriquent ou distribuent, il est facile de s'acquitter de cette obligation. Par ailleurs, le vendeur de matériel pornogra-

her merchandise magazines, books and a myriad of other products. Until the materials arrive at the seller's shop, he or she has had nothing to do with the material. It might be suggested that the seller can ask the distributor or producer about content when the material is ordered. This is not likely to produce a helpful response. Anyone in the business of producing or distributing pornographic material for profit is not likely inclined to scare off buyers by telling them his or her product can potentially subject the potential purchaser to criminal liability. It would, therefore, be perfectly reasonable for Parliament to have assumed that the seller would ordinarily not be aware of the specific nature of the contents of the material sold, in which circumstance imposing criminal liability would result in the conviction of many persons who did not possess a blameworthy mind state.

Conversely, the producer or distributor will generally be aware of the contents of the material which may result in its being found to be obscene. The imposition of criminal liability in the absence of knowledge of the contents will be less likely to result in the conviction of those that are mentally blameless. In addition, a producer or distributor who knows that absence of knowledge in default of a reasonable inquiry cannot be relied on can easily find out what the material contains. On the other hand, it would be unreasonable to expect the seller to read every book or magazine and view every video or film to ferret out the portions that may run afoul of the obscenity provisions.

I therefore conclude that in using the word "knowingly" in s. 163(2) Parliament did not intend to restrict its meaning. In all the circumstances it would make little sense to conclude that Parliament required proof of knowledge but limited the requirement to proof of the aspect of the *actus reus* that is perfectly lawful. Although, as a constitutional imperative, a blameworthy mental element

peut avoir parmi sa marchandise des revues, des livres et de nombreux autres produits. Jusqu'à ce que le matériel arrive à sa boutique, le vendeur n'a rien à voir avec celui-ci. On pourrait dire qu'il peut demander au distributeur ou au producteur des renseignements sur le contenu du matériel au moment où il le commande. Une telle façon de procéder ne permettra vraisemblablement pas d'obtenir une réponse utile. Quiconque produit ou distribue du matériel pornographique dans le but d'en tirer un profit ne sera vraisemblablement pas porté à faire fuir les acheteurs en leur disant que son produit est susceptible d'entraîner la responsabilité criminelle de l'acheteur éventuel. Par conséquent, il serait parfaitement raisonnable que le législateur ait présumé que le vendeur ne serait ordinairement pas au courant de la nature précise du contenu du matériel vendu, et, dans ces circonstances, l'imposition d'une responsabilité criminelle entraînerait la déclaration de culpabilité d'un grand nombre de personnes qui n'ont pas un état d'esprit répréhensible.

Par contre, le producteur ou le distributeur sera généralement au courant du contenu du matériel qui pourrait être déclaré obscène. L'imposition d'une responsabilité criminelle en l'absence de connaissance du contenu est moins susceptible d'entraîner la déclaration de culpabilité de ceux qui sont moralement innocents. En outre, un producteur ou un distributeur qui sait qu'il ne peut se fonder sur l'absence de connaissance résultant de son omission d'avoir fait une enquête raisonnable peut facilement se renseigner sur le contenu du matériel. Par contre, il ne serait pas raisonnable de s'attendre à ce que le vendeur lise tous les livres ou les revues et regarde tous les vidéos ou films pour en découvrir les parties susceptibles de déroger aux dispositions en matière d'obscénité.

Je conclus donc que le législateur n'a pas eu l'intention de restreindre le sens du terme «sciemment» qu'il a employé au par. 163(2). Compte tenu de toutes les circonstances, il ne serait pas logique de conclure que le législateur a exigé la preuve de la connaissance mais limité l'exigence à la preuve de l'aspect de l'*actus reus* qui est parfaitement légitime. Même si, à titre d'impératif constitution-

75

76

need not extend to all aspects of the *actus reus*, Parliament can choose to legislate beyond minimum constitutional limits. In my view, in choosing the term “knowingly”, it has done so in this case.

77 Both parties contended that the case law supported their respective positions. In my view the case law, while inconclusive on this point, is not inconsistent with the position of the appellants. I now turn to an examination of the principal cases.

78 In *R. v. Cameron*, [1966] 4 C.C.C. 273 (Ont. C.A.), leave to appeal to S.C.C. refused, [1967] 2 C.C.C. 195n, the accused, who managed the affairs of a commercial art gallery in Toronto, was charged with seven counts of exposing obscene drawings to public view. With respect to the interpretation of “knowingly”, Aylesworth J.A., speaking for the court on this point, framed the issue in the following manner (at pp. 285-86):

Did the appellant do what she did knowingly and without lawful justification or excuse? No argument was addressed to us suggesting that there was any lack of proof that what appellant did, she did knowingly. Reference already has been made to the fact that she collected these drawings through private galleries and from the artists themselves, and that she arranged for their exposure to public view; she well knew, of course, the subject-matter of the drawings; she could scarcely assent to and arrange for their exhibition and grouping in her gallery for sale to the public and at stated prices without such knowledge. “Knowingly” does not require that appellant should possess the legal knowledge of whether or not the drawings were obscene; it is sufficient if she knew the subject-matter and caused the drawings to be publicly exhibited. [Emphasis added.]

79 The use of the words “knowledge of the subject-matter” are consistent with a *mens rea* requirement of subjective knowledge of the factual content of the drawings which rendered them obscene in law. Although the court stated that knowing that the material is obscene in law is clearly not necessary,

nel, il n'est pas nécessaire qu'un élément moral répréhensible s'étende à tous les aspects de l'*actus reus*, le législateur peut choisir de légiférer au-delà des limites constitutionnelles minimales. À mon avis, c'est ce qu'il a fait en l'espèce en choisissant le terme «sciement».

Les deux parties soutiennent que la jurisprudence appuie leur position respective. À mon avis, bien qu'elle ne soit pas concluante sur ce point, la jurisprudence n'est pas incompatible avec la position des appelants. J'examine maintenant les principaux arrêts.

Dans *R. c. Cameron*, [1966] 4 C.C.C. 273 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi à la C.S.C. refusée, [1967] 2 C.C.C. 195n, l'accusé, qui gérait une galerie d'art commerciale à Toronto, a été inculpé sous sept chefs d'accusation d'avoir exposé à la vue du public des dessins obscènes. En ce qui a trait à l'interprétation du terme «sciement», le juge Aylesworth, s'exprimant au nom de la cour sur ce point, a précisé la question de la manière suivante (aux pp. 285 et 286):

[TRADUCTION] L'appelante a-t-elle agi sciement et sans justification ni excuse légitime? Aucun argument ne nous a été présenté selon lequel il n'y avait pas suffisamment d'éléments de preuve que l'appelante a agi sciement. Il a déjà été mentionné qu'elle a obtenu ces dessins de galeries privées et des artistes eux-mêmes et qu'elle s'est chargée de les exposer à la vue du public; évidemment, elle connaissait bien le sujet des dessins; elle aurait difficilement pu être d'accord avec cette exposition, l'organiser et réunir les dessins dans sa galerie afin de les vendre au public à des prix déjà fixés sans avoir une telle connaissance. Le terme «sciement» n'exige pas que l'appelante sache qu'aux termes de la loi les dessins étaient ou non obscènes. Il suffit qu'elle ait été au courant du sujet et qu'elle ait fait en sorte que les dessins soient exposés à la vue du public. [Je souligne.]

L'utilisation des termes «connaissance du sujet» correspond à l'exigence en matière de *mens rea* de la connaissance subjective du contenu factuel des dessins qui les rendait obscènes aux termes de la loi. Bien que la cour ait dit qu'il n'est évidemment pas nécessaire que l'on sache que le matériel est

Aylesworth J.A. focused on whether the accused was aware of the subject matter of the drawings.

The issue was also addressed in *R. v. Kiverago* (1973), 11 C.C.C. (2d) 463 (Ont. C.A.), in which the accused was charged with exposing an obscene poster to public view. The central issue was whether an accused's honest belief that the material is not obscene provides a defence. The Court of Appeal found that since having knowledge that the material is obscene in law is not a constituent element of the offence, an honest belief that the material is not obscene would not provide a defence. However, in considering this point of law, the court (*per* Gale C.J.O.) cited approvingly the above passage from *Cameron*, and then commented (at p. 465):

In this case, Mr. Kiverago certainly knew the nature of this poster and caused it to be exposed to public view. . . .

. . . s-s. (2) seems to us to suggest that, even assuming the material is obscene, the person who exposes it cannot be guilty of an offence unless he knows that he has exposed it and does not have some lawful justification or excuse for doing so. . . . [Emphasis added.]

Kiverago thus makes clear that the *mens rea* for the offence which was discussed was subjective knowledge of the specific content of the material. It is true that the nature of the medium allowed the court to infer knowledge of the specific subject matter. Like displaying pictures in an art gallery which was the situation in *Cameron*, putting up a poster necessarily requires actual subjective detailed knowledge of the material. The nature of the obscene material was openly observable such that merely seeing the painting or poster made one knowledgeable as to its contents. Perhaps, therefore, it was unnecessary for the court to consider a reduced level of knowledge.

Films and videos raise a different problem as they are not as readily observable as paintings or

obscène aux termes de la loi, le juge Aylesworth a centré son attention sur la question de savoir si l'accusée savait quel était le sujet des dessins.

La question a également été examinée dans *R. c. Kiverago* (1973), 11 C.C.C. (2d) 463 (C.A. Ont.), où l'accusé a été inculpé d'avoir exposé une affiche obscène à la vue du public. La question principale était de savoir si la croyance sincère de l'accusé que le matériel n'est pas obscène constitue un moyen de défense. La Cour d'appel a conclu que, puisque le fait de savoir que le matériel est obscène aux termes de la loi n'est pas un élément constitutif de l'infraction, la croyance sincère que le matériel n'est pas obscène ne constitue pas un moyen de défense. Toutefois, en examinant ce point de droit, la cour (le juge en chef Gale) a cité en l'approuvant le passage mentionné précédemment de l'arrêt *Cameron* et a ensuite fait la remarque suivante (à la p. 465):

[TRADUCTION] En l'espèce, M. Kiverago connaissait certainement la nature de cette affiche et l'a exposée à la vue du public. . .

. . . à notre avis, il semble ressortir du par. (2) que, même en présumant que le matériel est obscène, la personne qui l'expose ne peut être déclarée coupable d'une infraction à moins qu'elle ne sache qu'elle l'a exposé et qu'elle n'ait aucune justification ni excuse légitime de le faire . . . [Je souligne.]

Il ressort donc clairement de *Kiverago* que la *mens rea* relative à l'infraction dont il a été fait mention était la connaissance subjective du contenu précis du matériel. Il est vrai que la nature du moyen d'expression permettait à la cour de déduire qu'il y avait connaissance du sujet précis. Tout comme l'exposition de tableaux dans une galerie d'art, ce qui était le cas dans l'arrêt *Cameron*, le fait d'installer une affiche exige nécessairement une connaissance détaillée réelle et subjective du matériel. La nature du matériel obscène sautait aux yeux, car le simple fait de voir le tableau ou l'affiche permettait d'en connaître le contenu. Par conséquent, il n'était sans doute pas nécessaire que la cour examine la possibilité d'un niveau de connaissance plus restreint.

Les films et les vidéos soulèvent un problème différent car leur contenu n'est pas aussi évident

posters. The same types of inferences or assumptions about whether an accused is aware of their contents cannot be made. This issue was dealt with in *R. v. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181 (B.C.C.A.). The accused was charged with having possession of obscene films for the purpose of exposing them to public view. The films, which were owned by the accused corporation, were shown in cubicles in the back of a book store managed by another accused, with signs reading: "Restricted to persons over 18" and "Sex — exciting movies". Taggart J.A. reviewed the *Cameron* and *Kiverago* decisions, and then commented (at p. 194):

Counsel for the Crown submitted that it is not incumbent on the Crown to show that the accused had seen all or any part of the film in question in order to prove knowledge but that it is sufficient if the Crown shows that the accused had knowledge of the nature of the film. I think that is a correct position for the Crown to take for I am of the opinion that in *R. v. Cameron*, *supra*, Aylesworth J.A., accurately describes what is meant by the word "knowingly". In saying that, I am not overlooking the obvious distinction that in that case the Court was considering paintings whose content must have been known to the accused who had handled and arranged them whereas here we have a film which would have to be projected to be seen and which the Crown has not proved was seen by any of the appellants. Notwithstanding that I think the Crown has satisfied the requirement of s. [163(2)(a)] if it shows that the accused had knowledge, not that the film was obscene in the legal sense, but that they had knowledge of its nature, that is that it was a film of which a dominant characteristic was the exploitation of sex. [Emphasis added.]

82 Taggart J.A. quite plainly addresses the distinction between paintings, posters and films. Despite the acknowledgment that it could not be said how much of the contents of the film were known to the appellants, Taggart J.A. decided that it was only necessary for the Crown to show that the appellants knew that the film's dominant characteristic was the exploitation of sex.

83 If this were all that was required, the Crown's task would not be very onerous. Pornographic

que dans le cas de tableaux ou d'affiches. Il n'est pas possible de faire le même genre de déduction ou de présomption quant à savoir si un accusé connaît leur contenu. Cette question a été traitée dans *R. c. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181 (C.A.C.-B.). L'accusé a été inculpé de possession de films obscènes aux fins de les exposer à la vue du public. Les films, qui étaient la propriété de la société accusée, étaient présentés dans des isolements à l'arrière d'une librairie gérée par un autre accusé, à l'entrée desquels se trouvaient les affiches suivantes: [TRADUCTION] «Réservé aux personnes de plus de 18 ans» et [TRADUCTION] «Films sexuellement excitants». Le juge Taggart a examiné les arrêts *Cameron* et *Kiverago* et a fait la remarque suivante (à la p. 194):

[TRADUCTION] Le substitut du procureur général a soutenu qu'il ne lui incombe pas de démontrer que l'accusé avait vu le film en question en entier ou en partie pour prouver la connaissance, mais qu'il lui suffit d'établir que l'accusé était au courant de la nature du film. Je crois que le ministère public est bien fondé d'adopter cette position, car je suis d'avis que dans *R. c. Cameron*, précité, le juge Aylesworth a décrit avec précision le sens du terme «sciemment». Je n'oublie pas pour autant la distinction évidente selon laquelle dans cette affaire la cour examinait des tableaux dont le contenu devait être connu de l'accusée qui les avait manipulés et accrochés, alors qu'en l'espèce il s'agit d'un film qui doit être projeté pour être vu et que le ministère public n'a pas prouvé qu'il avait été vu par un ou l'autre des appelants. Malgré cela, je suis d'avis que le ministère public a satisfait à l'exigence de l'al. [163(2)a)] s'il démontre non pas que les accusés étaient au courant que le film était obscène aux termes de la loi, mais qu'ils en connaissaient la nature, c'est-à-dire qu'il s'agissait d'un film dont une caractéristique dominante était l'exploitation des choses sexuelles. [Je souligne.]

Le juge Taggart a clairement fait la distinction entre des tableaux, des affiches et des films. Malgré le fait qu'on ne pouvait déterminer la proportion du contenu du film dont les appelants étaient au courant, le juge Taggart a conclu qu'il suffisait que le ministère public démontre que les appelants savaient que la caractéristique principale du film était l'exploitation des choses sexuelles.

S'il s'agissait là des seules exigences, le fardeau imposé au ministère public ne serait pas très lourd.

films deal with the exploitation of sex. Their plots are thin or non-existent and the quality of acting makes awards for acting excellence rather doubtful. It can almost be assumed that a retailer of pornography will be aware of the fact that the materials that he is selling are those where the dominant characteristic is the exploitation of sex.

This assumption does not, however, appear to have resolved the case for Taggart J.A. Taggart J.A. carefully considered the evidence which was available to support the conclusion that the accused acted "knowingly" despite the fact that he had not seen the film. He noted at pp. 194-95:

It is next necessary to consider whether the Crown adduced evidence which the jury could find that the appellants had knowledge of the nature of the film in question in count 2. I think there was evidence of that kind and it included:

- (a) the signs posted on one of the cubicles;
- (b) the circumstances under which the film might be seen by members of the public, including the cubicles;
- (c) the following facts: count 2 charges an offence alleged to have taken place later in time than the offence charged in count 1. The films referred to in count 1 had been seized and both Mr. Candella and Mr. McFall had been warned that charges of possession of obscene films might be preferred against them in respect of the films referred to in count 1;
- (d) the following facts: . . . Mr. McDonald, the film classification director for British Columbia, was called as a witness for the defence. He said the film referred to in count 2 had been received from the appellant McFall for approval, had been looked at and approved for showing as "restricted" provided about 20 or 30 feet of the film was excised. The film was then returned to McFall. [Emphasis added.]

The fact that Taggart J.A. looked for this type of evidence suggests that merely knowing that the film was a sex film was not sufficient to convict. In particular, the previous seizure of the materials and

Les films pornographiques traitent de l'exploitation des choses sexuelles. Leurs scénarios sont faibles ou non existants et il est douteux que leurs acteurs obtiennent des prix d'excellence. On peut presque présumer qu'un détaillant de matériel pornographique sera au courant du fait que le matériel qu'il vend a pour caractéristique dominante l'exploitation des choses sexuelles.

Toutefois, cette présomption ne paraît pas avoir réglé l'affaire pour le juge Taggart. Celui-ci a examiné avec soin les éléments de preuve présentés à l'appui de la conclusion selon laquelle l'accusé avait agi «sciemment» malgré le fait qu'il n'avait pas vu le film. Il a fait remarquer, aux pp. 194 et 195:

[TRADUCTION] Il est ensuite nécessaire d'examiner si le ministère public a présenté des éléments de preuve qui permettraient au jury de conclure que les appelants connaissaient la nature du film visé au deuxième chef d'accusation. À mon avis, il y avait de tels éléments de preuve, notamment:

- a) les affiches à l'entrée de l'un des isoloirs;
- b) les circonstances dans lesquelles le film pouvait être visionné par le public, y compris la présence des isoloirs;
- c) les faits suivants: le deuxième chef d'accusation vise une infraction qui se serait produite après l'infraction reprochée dans le premier chef d'accusation. Les films visés dans le premier chef d'accusation avaient été saisis et MM. Candella et McFall avaient été avisés que des accusations de possession de films obscènes pourraient être portées contre eux relativement aux films visés au premier chef d'accusation;
- d) les faits suivants: [. . .] M. McDonald, directeur de la classification des films de la Colombie-Britannique, a été cité comme témoin de la défense. Il a dit que le film visé dans le deuxième chef d'accusation avait été envoyé par l'appellant McFall pour obtenir une approbation, qu'il avait été visionné et que sa diffusion avait été approuvée sous la cote «réservé aux adultes» à la condition d'en couper 20 à 30 pieds. Le film a ensuite été retourné à M. McFall. [Je souligne.]

Le fait que le juge Taggart cherchait ce genre d'élément de preuve laisse entendre qu'il n'était pas suffisant pour déclarer l'accusé coupable qu'il ait simplement su qu'il s'agissait d'un film à carac-

the explicit directions from the film classification director to delete certain portions of a film before showing the film, are good indications that the accused was either aware of or wilfully blind to the contents of the obscene films. It appears that Taggart J.A. was looking for some indication that the accused had knowledge of the fact that the film contained certain elements which could be deemed as obscene in law. It appears, therefore, that although the definition of *mens rea* by Taggart J.A. would support a lesser level of *mens rea*, in reviewing the evidence, he exacted a level of knowledge of the content of the materials which in law rendered it obscene.

86

In *Metro News*, to which I have already referred, Martin J.A. considered whether the *mens rea* for the offence of distributing obscene matter required proof of knowledge that the material exceeded community standards of tolerance. At page 56 he stated:

It is, in my view, well established that it is not incumbent on the Crown, even on a charge under s. [163(2)] where the Crown must prove that the accused "knowingly" committed the offence, to prove that an accused who is aware of the presence and nature of the subject-matter also knew that it was obscene.

Martin J.A. continued at p. 58:

In *Hamling v. U.S.* (1974), 418 U.S. 87, the defendant was charged with use of the mails to carry an obscene book in violation of 18 U.S.C. The Supreme Court of the United States held that the requirement of "knowingly" in art. 1461 of 18 U.S.C., making it an offence to "knowingly" use the mails for the mailing of non-mailable matter, was satisfied by proof that the defendant had knowledge of the contents of the materials he distributed and that he knew the character and nature of the materials. [Emphasis added.]

87

All of this suggests that Martin J.A. was convinced that the word "knowingly" should be given its plain meaning so as to require actual subjective knowledge of the nature and character of the mate-

rière sexuelle. En particulier, la saisie antérieure du matériel et les directives explicites du directeur de la classification des films visant à retirer certaines parties d'un film avant sa présentation indiquaient bien soit que l'accusé était au courant du contenu des films obscènes soit qu'il avait fait preuve d'ignorance volontaire. Le juge Taggart semble avoir cherché des indications que l'accusé savait que le film contenait certains éléments qui pouvaient être réputés obscènes aux termes de la loi. Il appert donc que, bien que la définition de la *mens rea* par le juge Taggart appuierait un degré de *mens rea* moins élevé, dans son examen de la preuve, il a exigé un niveau de connaissance du contenu du matériel qui en droit, le rendait obscène.

Dans l'arrêt *Metro News*, que j'ai mentionné précédemment, le juge Martin a examiné la question de savoir si la *mens rea* relative à l'infraction de distribution de matériel obscène exigeait la preuve de la connaissance que le matériel excédait les normes sociales de tolérance. À la page 56, il a dit:

[TRADUCTION] À mon avis, il est bien établi qu'il n'incombe pas au ministère public, même dans le cas d'une accusation aux termes du par. [163(2)] où le ministère public doit établir que l'accusé a commis l'infraction «sciemment», de prouver qu'un accusé qui est au courant de la présence et de la nature de l'objet savait également qu'il était obscène.

Le juge Martin a poursuivi, à la p. 58:

[TRADUCTION] Dans *Hamling c. U.S.* (1974), 418 U.S. 87, le défendeur a été accusé d'avoir utilisé le courrier pour transmettre un livre obscène en violation de la 18 U.S.C. La Cour suprême des États-Unis a conclu que l'exigence imposée par l'emploi du terme «sciemment» à l'art. 1461 de la 18 U.S.C., qui érige en infraction le fait d'utiliser «sciemment» la poste pour la transmission de matériel qui ne doit pas être acheminé par la poste, était remplie par la preuve que le défendeur avait connaissance du contenu du matériel qu'il a distribué et qu'il en connaissait le caractère et la nature. [Je souligne.]

Ces remarques donnent à entendre que le juge Martin était convaincu que le terme «sciemment» devrait être interprété selon son sens ordinaire de manière à exiger une connaissance subjective

rial which would qualify it as obscene. This, according to Martin J.A., was necessary to reflect the nature of *mens rea* in this context (at pp. 54-55):

The minimum and necessary mental element required for criminal liability for most crimes is knowledge of the circumstances which make up the *actus reus* of the crime and foresight or intention with respect to any consequence required to constitute the *actus reus* of the crime. Wilful blindness is equated with actual knowledge. . . .

Having reviewed these cases, I would suggest that the jurisprudence supports the conclusion that for the Crown to convict on a charge of “knowingly” selling obscene materials, it must show more than that the accused had a general knowledge of the nature of the film as a sex film. Although the cases have been few and are by no means clear on this point, cases such as *McFall* and *Metro News* illustrate that courts have looked for some indication that the seller of the obscene material was aware of the relevant facts that made the material obscene. In the case of displaying paintings or posters, it could be inferred that the person selling these paintings or posters had knowledge of what made them obscene. The obscene material is plainly in view and its contents and knowledge of the specific nature of its contents can be assumed “known”. The same cannot be said concerning films, videos and other media involving a collection of images and where it takes some time and active steps to observe and “know” the contents. In the case of pornographic films and videos, it cannot be easily inferred that those selling these materials “know” their contents. As noted above, it may be inferred that the retailer is aware that the materials are erotic or pornographic and deal with the exploitation of sex. But selling films which deal with the exploitation of sex is not an illegal activity in itself. There must be something in the material that transports it into the realm of obscenity. Not only must the dominant

réelle de la nature et du caractère du matériel pour qu’il puisse être qualifié d’obscène. Cette manière de procéder, selon le juge Martin, était nécessaire pour refléter la nature de la *mens rea* dans ce contexte (aux pp. 54 et 55):

[TRADUCTION] L’élément moral minimal et nécessaire pour entraîner la responsabilité criminelle dans le cas de la plupart des crimes est la connaissance des circonstances qui forment l’*actus reus* du crime et la prévision ou l’intention quant aux conséquences requises pour constituer l’*actus reus*. L’ignorance volontaire est assimilée à la connaissance réelle . . .

Après avoir examiné cette jurisprudence, je dirais qu’elle appuie la conclusion selon laquelle, pour que le ministère public obtienne une déclaration de culpabilité à l’égard d’une accusation d’avoir vendu «sciemment» du matériel obscène, il doit démontrer davantage que le simple fait que l’accusé avait une connaissance générale de la nature du film comme étant un film à caractère sexuel. Bien qu’il n’y ait pas eu beaucoup de jurisprudence sur ce point et que celle-ci ne soit absolument pas claire, il ressort des arrêts *McFall* et *Metro News* que les tribunaux ont cherché une indication que le vendeur du matériel obscène était au courant des faits pertinents qui le rendent obscène. Dans le cas d’expositions de tableaux ou d’affiches, il est possible de déduire que la personne qui vend ces tableaux ou ces affiches savait ce qui les rendait obscènes. Le matériel obscène est bien en vue et il est possible de présumer de la «connaissance» de la nature précise de son contenu. On ne peut en dire autant des films, des vidéos et d’autres médias comportant un assemblage d’images et à l’égard desquels il faut prendre un certain temps et des mesures concrètes pour en observer et en «connaître» le contenu. Dans le cas de films et de vidéos pornographiques, on ne peut déduire facilement que ceux qui vendent ce matériel «connaissent» leur contenu. Comme mentionné précédemment, on peut déduire que le détaillant sait que le matériel est érotique ou pornographique et traite de l’exploitation des choses sexuelles. Toutefois la vente de films traitant de l’exploitation des choses sexuelles n’est pas une activité illégale en soi. Le matériel doit comporter

characteristic of the material be the exploitation of sex, but the exploitation of sex must be undue.

89

What distinguishes mere pornographic material which may constitute an exploitation of sex from obscene material which constitutes an "undue exploitation of sex" was elaborated in *Butler*, *supra*. In my reasons I suggest that pornography can usefully be divided into three categories (at p. 484):

- (1) explicit sex with violence;
- (2) explicit sex without violence but which subjects people to treatment that is degrading or dehumanizing; and
- (3) explicit sex without violence that is neither degrading nor dehumanizing.

The significance of this classification was explained at p. 485:

In making this determination with respect to the three categories of pornography referred to above, the portrayal of sex coupled with violence will almost always constitute the undue exploitation of sex. Explicit sex which is degrading or dehumanizing may be undue if the risk of harm is substantial. Finally, explicit sex that is not violent and neither degrading nor dehumanizing is generally tolerated in our society and will not qualify as the undue exploitation of sex unless it employs children in its production.

90

Applying the principles set forth in *Butler*, Newton Prov. Div. J. concluded that three of the eight videos taken from Mr. Jorgensen's store involved the undue exploitation of sex according to s. 163(8) of the *Code*. These films were titled *Bung Ho Babes, Made in Hollywood* and *Dr. Butts*. The specific characteristics of these videos which led Newton Prov. Div. J. to conclude

quelque chose qui l'inscrit dans le cadre de l'obscénité. Non seulement la caractéristique dominante du matériel doit être l'exploitation des choses sexuelles, mais il doit s'agir d'une exploitation indue.

La distinction entre le simple matériel pornographique qui peut constituer une exploitation des choses sexuelles et le matériel obscène qui constitue une «exploitation indue des choses sexuelles» a été établie dans l'arrêt *Butler*, précité. Dans mes motifs, j'indique que la pornographie peut, à toutes fins utiles, être divisée en trois catégories (à la p. 484):

- (1) les choses sexuelles explicites, accompagnées de violence;
- (2) les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, mais qui assujettissent des personnes à un traitement dégradant ou déshumanisant; et
- (3) les choses sexuelles explicites, non accompagnées de violence, qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes.

La signification de cette classification est expliquée à la p. 485:

Dans la classification des choses sexuelles en fonction des trois catégories de pornographie susmentionnées, la représentation des choses sexuelles accompagnées de violence constitue presque toujours une exploitation indue des choses sexuelles. Les choses sexuelles explicites qui constituent un traitement dégradant ou déshumanisant peuvent constituer une exploitation indue si le risque de préjudice est important. Enfin, les choses sexuelles explicites qui ne comportent pas de violence et qui ne sont ni dégradantes ni déshumanisantes sont généralement tolérées dans notre société et ne constituent pas une exploitation indue des choses sexuelles, sauf si leur production comporte la participation d'enfants.

En appliquant les principes énoncés dans l'arrêt *Butler*, le juge Newton a conclu que trois des huit vidéos provenant du magasin de M. Jorgensen comportaient l'exploitation indue des choses sexuelles aux termes du par. 163(8) du *Code*. Ces films avaient pour titres *Bung Ho Babes, Made in Hollywood* et *Dr. Butts*. Les caractéristiques précises de ces vidéos qui ont amené le juge Newton à

that the videos were contrary to the *Code* are clearly relevant to determining whether a retailer “knowingly” sold obscene materials contrary to s. 163(2)(a).

In *Bung Ho Babes* the video portrays a female prison warden ordering that the female inmates disrobe and that one of the inmates spank the other. The woman complies in spanking the other inmate and this produces visible reddening of the woman’s buttocks. Newton Prov. Div. J. held that this video constituted the undue exploitation of sex due to the manner in which it equated sex and punishment in the context of subordination.

In *Made in Hollywood*, one of the scenes shows a male ordering women to perform various sexual acts. One of the women appears distressed and the other, with whom he is having intercourse, is slapped several times on the buttocks producing visible red marks. This was also viewed by Newton Prov. Div. J. as the undue exploitation of sex due to the manner in which it coupled sex and violence.

The other video, *Dr. Butts*, includes a scene where a husband and wife are in their bedroom discussing the wife’s current job prospects. The husband orders his wife to perform anal sex as a prerequisite to her pursuit of a movie career. During anal intercourse, the man slaps the woman’s buttocks repeatedly thereby producing visible red marks. She appears to be grimacing in pain and her remarks do not indicate that she is consenting. Newton Prov. Div. J. found that this video also involved the undue exploitation of sex in that the woman is coerced into sexual relations and that the violence and her position of subordination are legitimized.

As these comments illustrate, it was not merely the fact that the videos in question dealt with the exploitation of sex that made them offensive and contrary to s. 163(8). It was the fact that the videos combined explicit sex with violence. This type of

conclure qu’ils étaient contraires au *Code* sont clairement pertinentes pour déterminer si un détaillant a «sciemment» vendu du matériel obscène en contravention de l’al. 163(2)a).

Dans le vidéo *Bung Ho Babes*, une gardienne de prison ordonne aux prisonnières de se dévêtir puis à l’une d’entre elles de donner une fessée à une autre. La femme obtempère et donne une fessée à l’autre détenue, lui laissant des marques rouges visibles sur les fesses. Le juge Newton a conclu que ce vidéo constituait une exploitation indue des choses sexuelles en raison de la manière dont il faisait correspondre les choses sexuelles et la punition dans le contexte de la subordination.

Dans une des scènes du vidéo *Made in Hollywood*, un homme ordonne à des femmes d’exécuter divers actes sexuels. L’une des femmes paraît bouleversée et l’autre, avec laquelle il a des rapports sexuels, est frappée plusieurs fois sur les fesses causant des marques rouges visibles. Ce vidéo a également été considéré par le juge Newton comme de l’exploitation indue des choses sexuelles en raison de la manière dont il associait sexe et violence.

L’autre vidéo, *Dr. Butts*, comporte une scène dans laquelle un mari et son épouse sont dans leur chambre à coucher et discutent des possibilités d’emploi de la femme. Le mari ordonne à son épouse d’avoir un rapport sexuel anal comme prérequis à la recherche d’une carrière dans le cinéma. Au cours du rapport sexuel anal, l’homme donne à plusieurs reprises des coups sur les fesses de la femme produisant ainsi des marques rouges visibles. Elle paraît grimacer de douleur et ses remarques n’indiquent pas qu’elle est consentante. Le juge Newton a conclu que ce vidéo comportait également l’exploitation indue des choses sexuelles car la femme est forcée d’avoir des rapports sexuels et que la violence et sa position de subordination sont légitimées.

Comme l’illustrent ces observations, ce n’est pas simplement le fait que les vidéos en question traitaient de l’exploitation des choses sexuelles qui les rendait offensants et contraires au par. 163(8). C’est le fait que les vidéos accompagnaient les

91

92

93

94

material falls directly within the first category outlined in *Butler*. What Newton Prov. Div. J.'s comments further suggest by implication, is that other parts of the videos which did not combine sex and violence did not offend s. 163(8). It was only those scenes that depicted the undue exploitation of sex that were in contravention of the *Code*.

choses sexuelles explicites de violence. Ce genre de matériel s'inscrit directement dans la première catégorie soulignée dans l'arrêt *Butler*. On peut également déduire des commentaires du juge Newton que d'autres parties des vidéos dans lesquels les choses sexuelles n'étaient pas accompagnées de violence n'enfreignaient pas le par. 163(8). Seules les scènes décrivant l'exploitation indue des choses sexuelles étaient contraires au *Code*.

95

If we relate these observations to the application of s. 163(2)(a), it suggests that merely showing that a retailer knows that the material that he or she is selling deals generally with the exploitation of sex fails to link the retailer to the offence of "knowingly" selling obscene material. In my view, the law requires that in order to make the necessary link it must be shown that the retailer knew of the specific acts or set of facts which led the courts to the conclusion that the material in question was obscene under s. 163(8). If, for example, the offensive part of the video was that which showed a male spanking the female and forcing her to have sexual relations, then for an accused to be convicted under s. 163(2)(a), it must be shown that the retailer was aware or wilfully blind that the video being sold contained this scene.

Si nous établissons un lien entre ces remarques et l'application de l'al. 163(2)a), il en ressort qu'il ne suffit pas de démontrer simplement qu'un détaillant sait que le matériel qu'il vend traite d'une manière générale d'une exploitation des choses sexuelles pour établir un lien entre le détaillant et l'infraction de vendre «sciemment» du matériel obscène. À mon avis, pour établir le lien nécessaire, il faut, en droit, démontrer que le détaillant était au courant des actes précis ou de l'ensemble de faits qui ont amené les tribunaux à conclure que le matériel en question était obscène aux termes du par. 163(8). Par exemple, si la partie offensante du vidéo était celle dans laquelle un homme donnait une fessée à une femme et l'obligeait à avoir des rapports sexuels, alors pour qu'un accusé soit déclaré coupable aux termes de l'al. 163(2)a), il faut démontrer que le détaillant savait que le vidéo vendu contenait cette scène ou a fait preuve d'ignorance volontaire à cet égard.

96

There may of course be cases where the obscenity results from the overall character of the film. This may occur, for example, where a video portrays women in positions of subordination, servile submission or humiliation without any verbalization or other express reference to this depiction as a theme in itself. This type of ubiquitous portrayal may have a cumulative degrading effect sufficient to render it undue in accordance with the criteria in *Butler*. To be undue, pornography that falls within this category requires the determination that the degrading or dehumanizing treatment create a substantial risk of harm. This risk is assessed by reference to the community standards test. The complexity of this assessment can be compared to the relatively straight-forward first category: whereas

Il peut évidemment y avoir des cas où c'est le caractère global du film qui crée l'obscénité. Ce peut être le cas, par exemple, lorsqu'un vidéo montre des femmes dans des situations de subordination, de soumission servile ou d'humiliation sans qu'aucune parole ou autre mention expresse n'indique que cette description constitue un thème en soi. Ce genre de représentation omniprésente peut avoir un effet dégradant cumulatif suffisant pour qu'elle entre dans la catégorie «indue» selon les critères formulés dans l'arrêt *Butler*. Pour que la pornographie qui entre dans cette catégorie soit indue, il faut que le traitement dégradant ou déshumanisant crée un risque important de préjudice. Ce risque est évalué par rapport au critère de la norme sociale. La complexité de cette évaluation peut être

sex with violence is usually readily identifiable visually, sex with degrading or dehumanizing treatment can be more abstract or subliminal. I noted in *Butler* that in some cases, the very appearance of consent makes the depicted acts even more degrading or dehumanizing. Videos falling within the second category are therefore more likely than those in the first category to be deemed obscene because of an overall effect without reference to specific acts or portions of the whole. In such instances, if the court is unable to specify any particular scene but still concludes that, overall, the film is obscene in law, then it only makes sense that sufficient proof be offered to show that the retailer was aware of the "overall" obscene nature of the film.

This is not, of course, to suggest that a retailer must know that the materials being sold were obscene in law. If the retailer says he viewed the films and saw the particular spanking or noticed the underlying degradation but thought that it was harmless and inoffensive, this will not provide a defence. The retailer will not be immune from charges merely because he or she does not know how the law defines obscenity. Nor will a retailer be immune from conviction because he or she is unaware that there are any laws against selling obscene material. This would amount to the defence of mistake of law and it is well established that ignorance of the law is no defence. What is required is that the Crown prove beyond a reasonable doubt the retailer's knowledge that the materials being sold have the qualities or contain the specific scenes which render such materials obscene in law.

The Crown expressed some concerns that requiring proof beyond a reasonable doubt that the retailer was aware of the specific facts or nature of the film which led the court to decide that the material was obscene in law, is impractical and

comparée à la première catégorie relativement directe: alors que les choses sexuelles accompagnées de violence sont ordinairement faciles à identifier visuellement, les choses sexuelles accompagnées de traitement dégradant ou déshumanisant peuvent être plus abstraites ou subliminales. Dans l'arrêt *Butler*, j'ai signalé que dans certains cas l'apparence même de consentement rend les actes décrits encore plus dégradants ou déshumanisants. Les vidéos qui entrent dans la deuxième catégorie sont donc plus susceptibles que ceux de la première d'être réputés obscènes à cause d'un effet global sans référence à des actions ou parties précises de l'ensemble. En pareils cas, si la cour est incapable de préciser une scène en particulier mais conclut quand même que, globalement, le film est obscène selon la loi, alors il est simplement logique qu'une preuve suffisante soit présentée selon laquelle le détaillant était au courant de la nature obscène «globale» du film.

Évidemment, cela ne veut pas dire qu'un détaillant doit savoir que le matériel vendu est obscène selon la loi. Si le détaillant dit qu'il a visionné les films et a vu la scène particulière de la fessée ou noté la dégradation sous-jacente mais était d'avis qu'elle était innocente et inoffensive, il ne pourra l'invoquer à titre de moyen de défense. Le détaillant ne jouira pas d'une immunité à l'égard des accusations simplement parce qu'il ne sait pas de quelle façon la loi définit l'obscénité. Un détaillant ne jouira pas non plus d'une immunité à l'égard d'une déclaration de culpabilité parce qu'il ne sait pas qu'il existe des lois interdisant la vente de matériel obscène. Une telle situation équivaldrait au moyen de défense de l'erreur de droit et il est bien établi que l'ignorance de la loi ne constitue pas un moyen de défense. Le ministère public est tenu de prouver hors de tout doute raisonnable que le détaillant savait que le matériel vendu avait les caractéristiques ou contenait les scènes précises qui le rendaient obscène aux termes de la loi.

Le ministère public s'est dit préoccupé de l'absence d'aspect pratique de l'exigence d'une preuve hors de tout doute raisonnable que le détaillant était au courant des faits précis ou de la nature du film qui ont amené la cour à décider que le maté-

would effectively make prosecution impossible. The Crown argues that the reality of mass-market video retailing is such that it is highly unlikely that a retailer will have viewed the products on the shelves. Furthermore, it is argued that retailers will simply choose not to view their videos thereby escaping conviction.

99

The Crown also submits that retailers of pornography, having consciously chosen to enter this regulated and financially profitable field, should be held responsible for the social harm caused when the pornography that they sell crosses the line into obscenity. The Crown suggests that these retailers are best placed to prevent the harm in the first place by applying greater caution in the materials that they sell. Essentially, as the argument goes, a retailer knows his merchandise may be obscene even if passed by the OFRB, or at the very least, one can say that he knows that he is engaging in an activity where the product is possibly subject to criminalization. By not enquiring for himself as to the character of the film, the retailer is wilfully blind to the risk that the product poses. OFRB approval may significantly reduce, but does not eliminate, the risk that the material is obscene. A retailer who has not viewed the film is thus as morally blameworthy as someone who has viewed the film, since he knows there is a risk but chooses to sell the film in spite of this risk.

100

There are two observations that tend to meet these concerns. First, proof that a retailer has knowledge of the specific acts or characteristics that make a video obscene does not necessarily require proof that the retailer actually watched the obscene material in question. "Knowledge" of the obscene character of the film can clearly be acquired by other means than direct viewing. On this issue, Newton Prov. Div. J. noted that a blameworthy state of mind can be shown in a

riel était obscène aux termes de la loi et du fait qu'elle rendrait en fait toute poursuite impossible. Le ministère public soutient que la situation de la vente au détail de vidéos à grande distribution fait en sorte qu'il est hautement improbable qu'un détaillant visionne les produits qui se trouvent sur les étalages. Qui plus est, il soutient que les détaillants choisiront simplement de ne pas visionner leurs vidéos pour éviter ainsi toute déclaration de culpabilité.

Le ministère public a également soutenu que, ayant volontairement choisi d'exercer leurs activités dans ce champ réglementé et rentable, les détaillants de matériel pornographique devraient être tenus responsables du préjudice social causé lorsque le matériel pornographique qu'ils vendent tombe dans l'obscénité. Selon le ministère public, ces détaillants sont mieux placés pour empêcher le préjudice au départ en faisant preuve d'une plus grande prudence à l'égard du matériel qu'ils vendent. Essentiellement, selon ce qu'il prétend, un détaillant sait que la marchandise qu'il vend peut être obscène même si elle est approuvée par la CCCO, ou à tout le moins, on peut dire qu'il sait qu'il exerce une activité visant un produit susceptible d'entraîner des poursuites criminelles. En ne cherchant pas lui-même à connaître le caractère du film, le détaillant fait preuve d'ignorance volontaire à l'égard du risque que pose le produit. L'approbation de la CCCO peut réduire de façon importante, mais sans l'éliminer, le risque que le matériel soit obscène. Un détaillant qui n'a pas regardé le film est donc aussi moralement blâmable que celui qui l'a regardé, puisqu'il connaît l'existence d'un risque mais choisit de vendre le film malgré ce risque.

Deux observations peuvent répondre à ces préoccupations. Premièrement, la preuve qu'un détaillant a connaissance des actes ou des caractéristiques précis qui rendent un vidéo obscène n'exige pas nécessairement la preuve que le détaillant a réellement regardé le matériel obscène en question. Il est clairement possible d'avoir la «connaissance» du caractère obscène du film par d'autres moyens que le visionnement direct. À l'égard de cette question, le juge Newton a fait

number of ways short of demonstrating that the film was actually seen. In her oral reasons she explains:

My review of the authorities and principles of criminal law indicate that the [knowledge] requirement can be satisfied by evidence such as statements made by an accused person, warnings by police officers with respect to the content of the materials and continued dissemination of those materials in the face of the warning, non-compliance with in rem proceedings, non-compliance with judicial determinations, outstanding charges, condition of the material and location at the time of seizure, the nature of the material itself, evidence of some form of clandestine activity, and non-compliance with requirements with respect to excising portions of a film to meet appropriate approval standards.

Accordingly, evidence which suggests that the retailer was warned of particular materials or failed to comply with requirements with respect to excising portions of a film, can indeed be relevant in determining whether a retailer had "knowledge" that he was selling obscene materials. The use of this type of evidence for this purpose was aptly illustrated by Taggart J.A. in making his determination in *McFall*.

In addition, the retailer's knowledge may be determined from other circumstances directly linked to the context of the retailer's activity. Both Taggart J.A. in *McFall* and Newton Prov. Div. J. refer to such circumstances, including the location of the activity and signs of clandestine behaviour. Where, for example, a retailer dealing only in pornographic videos keeps a separate selection of high-priced videos, secures certain videos in a locked cabinet, shields certain videos from plain view, or maintains a list of videos available on request only, this may constitute a relevant circumstance. Such circumstances can easily be distinguished from those of a corner store that carries the odd porno flick among an otherwise unremarkable video collection. Circumstances that are internal to the retailer's business activity can, therefore, be considered relevant circumstances for the purpose of determining knowledge, similarly to fac-

remarquer qu'il est possible de démontrer un état d'esprit répréhensible de nombreuses façons sans établir que le film a réellement été visionné. Elle explique dans ses motifs prononcés à l'audience:

[TRADUCTION] Mon examen de la jurisprudence et des principes du droit criminel montre qu'il peut être satisfait à l'exigence [en matière de connaissance] par des éléments de preuve comme les déclarations faites par un accusé, les avertissements des policiers en ce qui a trait au contenu du matériel et la distribution de ce matériel malgré les avertissements, le non-respect de procédures in rem, le non-respect des décisions judiciaires, des accusations pendantes, la condition du matériel et l'endroit où il se trouvait au moment de la saisie, la nature du matériel lui-même, la preuve d'une certaine forme d'activité clandestine et le non-respect des exigences relatives aux coupures à apporter à un film pour satisfaire à des normes d'approbation appropriées.

En conséquence, peut en fait être pertinente pour déterminer si un détaillant «savait» qu'il vendait du matériel obscène la preuve que le détaillant a reçu un avertissement au sujet de matériel en particulier ou ne se serait pas conformé aux exigences relatives aux coupures de certaines parties d'un film. L'utilisation de ce genre d'élément de preuve à cette fin a été bien illustrée par le juge Taggart lorsqu'il a rendu sa décision dans l'arrêt *McFall*.

De plus, d'autres circonstances directement liées au contexte de l'activité du détaillant peuvent établir la connaissance que ce dernier peut avoir. Le juge Taggart dans *McFall* et le juge Newton ont tous les deux mentionné ces circonstances, notamment le lieu de l'activité et les signes de comportement clandestin. Si, par exemple, un détaillant qui vend exclusivement des vidéos pornographiques tient une sélection séparée de vidéos à prix très élevé, garde certains vidéos dans une armoire fermée à clé, en soustrait certains à la vue de la clientèle ou garde une liste de vidéos disponibles sur demande seulement, cela peut constituer une circonstance pertinente. Ces circonstances peuvent être facilement distinguées de celles du magasin du coin où on peut trouver un film porno au milieu d'un ensemble de vidéos par ailleurs anodins. Les circonstances propres à l'activité commerciale du détaillant peuvent donc être considérées comme

tors such as warnings or directions from external sources.

B. *Wilful Blindness*

102

The second response to the concerns expressed by the Crown relates to the principles of wilful blindness. It is well established in criminal law that wilful blindness will also fulfil a *mens rea* requirement. If the retailer becomes aware of the need to make further inquiries about the nature of the videos he was selling yet deliberately chooses to ignore these indications and does not make any further inquiries, then the retailer can be nonetheless charged under s. 163(2)(a) for “knowingly” selling obscene materials. Deliberately choosing not to know something when given reason to believe further inquiry is necessary can satisfy the mental element of the offence. As Glanville Williams wrote in *Criminal Law: The General Part* (2nd ed. 1961), at pp. 157-58:

[T]he rule is that if a party has his suspicion aroused but then deliberately omits to make further enquiries, because he wishes to remain in ignorance, he is deemed to have knowledge. . . .

. . . In other words, there is a suspicion which the defendant deliberately omits to turn into certain knowledge. This is frequently expressed by saying that he “shut his eyes” to the fact, or that he was “wilfully blind”.

And, at pp. 158-59, the learned author states:

Before the doctrine of wilful blindness applies, there must be realisation that the fact in question is probable, or, at least, “possible above the average”. . . .

. . . A court can properly find wilful blindness only where it can almost be said that the defendant actually knew. He suspected the fact; he realised its probability; but he refrained from obtaining the final confirmation because he wanted in the event to be able to deny knowledge. This, and this alone, is wilful blindness.

pertinentes aux fins d’établir la connaissance, au même titre que les facteurs comme les avertissements ou les directives provenant de sources externes.

B. *L’ignorance volontaire*

La deuxième façon de répondre aux préoccupations exprimées par le ministère public porte sur le principe de l’ignorance volontaire. Il est bien établi en droit criminel que l’ignorance volontaire satisfera également à une exigence en matière de *mens rea*. Si le détaillant sait qu’il doit examiner de manière plus approfondie la nature des vidéos qu’il vend et que, délibérément, il choisit de faire abstraction de ces indications et ne pousse pas l’examen plus loin, il peut alors être néanmoins accusé en application de l’al. 163(2)(a) pour avoir vendu «sciemment» du matériel obscène. Le fait de choisir délibérément d’ignorer une chose lorsqu’on a toutes les raisons de croire qu’un examen approfondi est nécessaire peut satisfaire à l’exigence en matière d’élément moral de l’infraction. Glanville Williams a écrit dans *Criminal Law: The General Part* (2^e éd. 1961), aux pp. 157 et 158:

[TRADUCTION] [S]elon la règle, si une partie a des soupçons mais ensuite omet délibérément de procéder à un autre examen parce qu’elle désire demeurer dans l’ignorance, elle est réputée être au courant. . . .

. . . En d’autres termes, il existe un soupçon, que le défendeur a délibérément omis de transformer en connaissance certaine. On exprime fréquemment cette situation en disant d’une personne qu’elle «s’est fermé les yeux» à l’égard du fait, ou qu’elle a fait preuve d’«ignorance volontaire».

Et, aux pp. 158 et 159, l’auteur dit:

[TRADUCTION] Avant d’appliquer la théorie de l’ignorance volontaire, il faut prendre conscience que le fait en question est probable ou est, du moins, «d’une possibilité supérieure à la moyenne». . . .

. . . Un tribunal ne peut à bon droit conclure qu’il y a ignorance volontaire que si l’on peut presque dire que le défendeur était réellement au courant. Il soupçonnait l’existence du fait; il était conscient qu’il pouvait se produire; mais il s’est abstenu d’obtenir la confirmation finale parce qu’il voulait, le cas échéant, pouvoir dire qu’il n’était pas au courant. Seule cette situation constitue de l’ignorance volontaire.

A finding of wilful blindness involves an affirmative answer to the question: Did the accused shut his eyes because he knew or strongly suspected that looking would fix him with knowledge? Retailers who suspect that the materials are obscene but refrain from making the necessary inquiry in order to avoid being contaminated by knowledge may be found to have been wilfully blind. The determination must be made in light of all the circumstances. In *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570, this Court held that the circumstances were not restricted to those immediately surrounding the particular offense but could be more broadly defined to encompass, for example, past events. See also *R. v. Blondin* (1970), 2 C.C.C. (2d) 118 (B.C.C.A.), at p. 122. It would seem, therefore, that a relevant circumstance would include assurances from others who are presumed to know and in particular public officials such as the OFRB.

The appellants offer a further answer to the concerns expressed by the Crown. They submit that any difficulty in proving knowledge against the seller will have the salutary effect of concentrating enforcement against the distributor who is better placed to screen out obscene matter. While this submission is appealing, it is not this Court's function to dictate enforcement policy. Nonetheless, Parliament chose to set an onerous standard of proof by adopting the word "knowingly". If its choice of language renders enforcement difficult as against the seller and it is considered desirable to make enforcement more effective, there is no reason why Parliament cannot adopt a lower level of *mens rea*. It is quite properly not suggested that there is any constitutional impediment in this regard.

C. Effect of Film Review Board Approval

In reaching her conclusion, Newton Prov. Div. J. acknowledged the fact that the appellants had relied upon the approval of the OFRB for all of the videos in question. It was further agreed that

Pour conclure à l'ignorance volontaire, il faut répondre par l'affirmative à la question suivante: L'accusé a-t-il fermé les yeux parce qu'il savait ou soupçonnait fortement que s'il regardait, il saurait? On pourrait dire des détaillants qui se doutent que le matériel est obscène mais qui s'abstiennent de faire l'examen nécessaire de manière à éviter d'être mis au courant qu'ils ont fait preuve d'ignorance volontaire. La décision doit être prise en tenant compte de toutes les circonstances. Dans *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570, notre Cour a conclu que les circonstances ne se limitaient pas à celles qui touchaient de près à l'infraction visée, mais qu'elles pouvaient recevoir une définition plus large de façon à comprendre, par exemple, des événements passés. Voir également *R. c. Blondin* (1970), 2 C.C.C. (2d) 118 (C.A.C.-B.), à la p. 122. Il semblerait donc que parmi les circonstances pertinentes il y aurait les assurances données par d'autres personnes qui sont présumées être au courant et, en particulier, les fonctionnaires comme les membres de la CCCO.

Les appelants donnent une autre réponse aux préoccupations exprimées par le ministère public. Ils soutiennent que toute difficulté pour démontrer la connaissance du vendeur aura pour effet salutaire de concentrer l'application de la loi sur le distributeur qui est mieux placé pour écarter le matériel obscène. Bien que cet argument soit intéressant, il n'incombe pas à notre Cour de dicter la manière d'appliquer la loi. Néanmoins, le législateur a choisi de fixer une norme de preuve exigeante par l'adoption du terme «sciement». Si ce choix de terme complique l'application de la loi au vendeur et qu'il serait souhaitable de rendre l'application plus efficace, alors il n'y a aucune raison pour laquelle le législateur ne pourrait adopter un niveau de *mens rea* moins élevé. Personne n'a prétendu, et à juste titre, qu'il existait un empêchement constitutionnel à cet égard.

C. L'effet de l'approbation de la Commission de contrôle cinématographique

Lorsqu'elle est arrivée à sa conclusion, le juge Newton a reconnu le fait que les appelants s'étaient fondés sur l'approbation de la CCCO relativement à tous les vidéos en question. Il a en

the appellant, Jorgensen, had advised the officers of the Metropolitan Toronto Police Force and the Pornography and Hate Literature Section that he purchased only those videos which had been approved by the OFRB. In view of these accepted facts, the issue is whether the appellants' reliance on the OFRB approval effectively negates the *mens rea* of the offence or provides the necessary legal justification or excuse referred to in s. 163(2).

106 In order to determine the effect of OFRB approval, it is necessary to properly appreciate what the Board does. The evidence establishes that while, in carrying out its mandate to screen films, many of the considerations which inform a court's decision as to whether certain material is obscene are relevant to the decision of the OFRB, it does not determine whether the film is obscene. The *Theatres Act*, R.S.O. 1990, c. T.6, under which the OFRB operates, does not mention obscenity. Although the Board would not knowingly approve a film that was obscene, in the opinion of the Board Chairman, that is not its function. According to the evidence of the Board Chairman, the OFRB attempts to apply a community standard of tolerance and while the Ontario Board attempts to apply a national standard, the practices of film review boards across the country differ.

107 In light of this evidence, the trial judge considered that the evidence of OFRB approval was relevant to the question of community standards. After reviewing the nature and mandate at the Board, she notes:

Based on the examination-in-chief and the cross-examination before me, I am satisfied that his [Mr. Payne, Chairman OFRB] evidence is such that I cannot reject it as being indicative of community standards of tolerance. While I am mindful that he did not view any of the videos before me, and while some of his evidence would negate current Board approval, I am satisfied that it is a matter of weight to be attached to his evidence.

autre été reconnu que l'appellant Jorgensen avait avisé les policiers de la communauté urbaine de Toronto et la Section de la pornographie et de la littérature haineuse qu'il avait acheté seulement des vidéos approuvés par la CCCO. Compte tenu de ces faits établis, la question est de savoir si le fait pour les appelants de s'être fié à l'approbation de la CCCO annule en fait la *mens rea* de l'infraction ou constitue la justification ou l'excuse légitime nécessaire visée au par. 163(2).

Pour déterminer l'effet de l'approbation de la CCCO, il est nécessaire de bien comprendre ce que fait la Commission. Il ressort de la preuve que la CCCO ne détermine pas si le film est obscène, même si, dans l'exécution de son mandat qui consiste à visionner les films, elle applique à sa décision un grand nombre des considérations sur lesquelles est fondée la décision d'un tribunal quant à savoir si du matériel donné est obscène. La *Loi sur les cinémas*, L.R.O. 1990, ch. T.6, qui régit la CCCO, ne mentionne pas la notion d'obscénité. Cela ne relève pas de ses fonctions, de l'avis de son président, bien que la CCCO n'approuverait pas sciemment un film qui serait obscène. Selon le témoignage de son président, la CCCO tente d'appliquer une norme sociale de tolérance et, bien que la commission de l'Ontario tente d'appliquer une norme nationale, les pratiques des commissions de contrôle cinématographique ne sont pas les mêmes partout au pays.

Compte tenu de ce témoignage, le juge du procès a examiné la question de savoir si l'élément de preuve de l'approbation de la CCCO était pertinent à l'égard de la question des normes sociales. Après avoir examiné la nature et le mandat de la Commission, elle a fait remarquer:

[TRADUCTION] Sur le fondement de l'interrogatoire principal et du contre-interrogatoire qui ont eu lieu devant moi, je suis convaincue que je ne peux rejeter son [M. Payne, président de la CCCO] témoignage car il contient des indications concernant les normes sociales de tolérance. Bien que je tiens compte du fait qu'il n'a visionné aucun des vidéos en cause et bien que certaines parties de son témoignage annuleraient l'approbation visée de la Commission, je suis convaincue que la question porte sur l'importance à accorder à son témoignage.

The appellants submit that reliance on OFRB approval negated knowledge and the appellants should be acquitted. This submission presupposes knowledge on the part of the appellants which, absent reliance on Board approval, would subject them to criminal liability. As explained above, such knowledge must extend to awareness of the content of the material which, in law, is obscene. In these circumstances, the only basis upon which this submission can succeed is that reliance on approval of the OFRB induced a mistake of fact. A mistake of law would not avail unless it constituted a legal justification or excuse, a matter with which I will deal later in these reasons.

(1) Effect of Board Approval on “Knowingly”

Did the OFRB approval involve a factual determination upon which the appellants can rely to negative knowledge of the offence? The only aspect of the decision of the OFRB that might be considered a factual determination is in relation to conformity with community standards of tolerance. As I have pointed out above, the trial judge considered the evidence of the Chairman as relevant to that issue. The Chairman’s evidence related to the effect of the decision of the OFRB as he had not viewed the videos and could not give first-hand expert evidence independent of the effect of the decision of the Board. In my opinion, however, whether the impugned material exceeds community standards of tolerance is not a pure question of fact. This is a determination that a judge or jury can make without the assistance of evidence. While evidence is often adduced and considered, and indeed desirable, it is not essential. This issue is resolved against an accused by a finding by the judge or jury that the subject matter of the charge exceeds community standards of tolerance. The Crown need not prove that the accused knew that it did and the accused cannot rely on a mistake of

Les appelants soutiennent que le fait de s’en remettre à l’approbation de la CCCO permettait de réfuter la connaissance et qu’ils devraient être acquittés. Cet argument présuppose une connaissance de la part des appelants qui, s’ils ne s’étaient pas fondés sur l’approbation de la Commission, les rendrait criminellement responsables. Comme je l’ai expliqué précédemment, une telle connaissance doit comprendre le fait d’être au courant du contenu du matériel qui, en droit, est obscène. Dans de telles circonstances, cet argument ne pourrait être retenu que si le fait de s’être fondé sur l’approbation de la CCCO a entraîné une erreur de fait. Il ne pourrait y avoir erreur de droit à moins qu’il ne s’agisse d’une justification ou excuse légitime, une question dont je traiterai plus loin dans les présents motifs.

(1) L’effet de l’approbation de la Commission sur le terme «sciemment»

L’approbation de la CCCO comporte-t-elle une décision fondée sur les faits que les appelants peuvent invoquer pour réfuter la connaissance de l’infraction? Le seul aspect de la décision de la CCCO qui puisse être considéré comme une décision fondée sur les faits se rapporte au respect de la norme sociale de tolérance. Comme je l’ai souligné précédemment, le juge du procès a considéré que le témoignage du président était pertinent à l’égard de cette question. Le témoignage du président portait sur l’effet de la décision de la CCCO étant donné qu’il n’avait pas visionné les vidéos et qu’il ne pouvait donner un témoignage d’expert original autre que l’effet de la décision de la Commission. Toutefois, à mon avis, la question de savoir si le matériel contesté va à l’encontre de la norme sociale de tolérance n’est pas une simple question de fait. Il s’agit d’une décision à laquelle un juge ou un jury peut arriver sans se fonder sur des éléments de preuve. Bien que des éléments de preuve soient souvent présentés et examinés et qu’ils soient en fait souhaitables, ils ne sont pas essentiels. Cette question est tranchée à l’encontre d’un accusé quand le juge ou le jury conclut que l’objet sur lequel porte l’accusation outrepassa la norme sociale de tolérance. Le ministère public n’est pas tenu de prouver que l’accusé savait que c’était le cas et l’accusé ne peut invoquer une erreur de fait

fact on the basis that he or she honestly believed that it did not.

110

I find support for this view in the decision of the Court of Appeal for Ontario in *Metro News, supra*. In that case, the publication had been approved not only by the Customs Prohibited Importation Branch but by an advisory committee set up to approve or disapprove publication for the guidance of the industry which had set it up. The accused relied on a mistake of fact based on such approval. The reasons of Martin J.A. for the court contain an insightful discussion of this question. Citing Glanville Williams, he points out that the distinction between law and fact which is made for the purpose of allocating issues as between judge and jury does not necessarily apply with respect to mistake of fact. As an example, the authorities establish that in respect of a charge of undue lessening of competition, while whether an agreement restricts competition is treated for some purposes as a question of fact, proof of intent to do so is unnecessary and mistake of fact does not apply. Martin J.A. concludes as follows, at pp. 66-67:

In my view, what is an "undue" exploitation of sex under s. 159(8) or whether the allegedly obscene matter exceeded the community standard of tolerance constitutes what Glanville Williams terms a value-judgment to which the doctrine of mistake of fact is inapplicable. He states in *Textbook of Criminal Law*, 2nd ed. (1983), p. 141:

Where a rule of law involves the making of a value-judgment, the doctrine of *mens rea* does not generally apply in respect of the value-judgment.

"On an issue of negligence, for example, the question whether what the defendant did was 'negligent' on the one hand or 'reasonable' on the other involves a judgment of value made by the jury (or, of course, by magistrates), and the question whether the defendant knew that he was being negligent is not controlling. Similarly a defence of self-defence is excluded if the jury think that the defendant reacted disproportionately, even though he considered that it was proportionate (s. 21.3);

sur le fondement qu'il croyait sincèrement que ce n'était pas le cas.

Ma position est étayée par l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Metro News, précité*. Dans cette affaire, la publication avait été approuvée non seulement par la Direction générale des importations prohibées des Douanes mais aussi par un comité consultatif constitué par l'industrie, qui l'avait chargé d'approuver ou de désapprouver la publication à titre indicatif. L'accusé a invoqué une erreur de fait fondée sur une telle approbation. Les motifs du juge Martin, rédigés au nom de la cour, comportent une analyse perspicace de cette question. Il a cité Glanville Williams, en soulignant que la distinction qui est établie entre le droit et les faits aux fins d'attribuer les questions soit au juge soit au jury ne s'applique pas nécessairement en ce qui a trait à l'erreur de fait. Par exemple, il ressort de la doctrine et de la jurisprudence que, à l'égard d'une accusation de réduction indue de la concurrence, bien que la question de savoir si une entente limite la concurrence soit traitée à certaines fins comme une question de fait, la preuve de l'intention de le faire n'est pas nécessaire et l'erreur de fait ne s'applique pas. Le juge Martin a conclu de la manière suivante aux pp. 66 et 67:

[TRADUCTION] À mon avis, ce qu'est une exploitation «indue» des choses sexuelles aux termes du par. 159(8) ou la question de savoir si le matériel présumément obscène outrepassait la norme sociale de tolérance constitue ce que Glanville Williams considère comme un jugement de valeur à l'égard duquel la théorie de l'erreur de fait ne s'applique pas. Il dit dans *Textbook of Criminal Law*, 2^e éd. (1983), à la p. 141:

Lorsqu'une règle de droit comporte l'adoption d'un jugement de valeur, la règle de la *mens rea* ne s'applique généralement pas à l'égard du jugement de valeur.

«Quand il s'agit de négligence, par exemple, la question de savoir si l'acte du défendeur était «négligent» d'une part ou «raisonnable» d'autre part exige que le jury (ou, évidemment, le juge) porte un jugement de valeur, et la question de savoir si le défendeur savait qu'il était négligent n'est pas déterminante. De même, le moyen de défense fondé sur la légitime défense est exclu si le jury considère que le défendeur a réagi d'une manière disproportionnée, même si celui-ci consi-

and a defence of necessity is excluded if the jury think that what the defendant had in mind to do was not socially justified, even though he thought it was (s. 24.12). However, where the judge is of opinion that no reasonable jury would convict he should direct an acquittal.”

The instances just given are all value-judgments, which are intermediate between questions of fact and questions of law. *As with questions of law, the defendant's failure to foresee the decision of the court does not excuse him.*

(Emphasis supplied [by Martin J.A.].) And further at pp. 142-3:

Similar problems beset the crime of obscenity (the publishing of an obscene article, or having an obscene article for publication for gain), under the Obscene Publications Act 1959, as amended by an Act of 1964. The test of whether an article is obscene under the Act, as at common law, is whether

“its effect . . . is, if taken as a whole, such as to tend to deprave and corrupt persons who are likely, having regard to all relevant circumstances, to read, see or hear the matter contained or embodied in it” (s. 1(1)).

Here again the jury make the decision on the supposed question of fact without regard to what the defendant thought, and however reasonably he may have believed that the article would not deprave and corrupt.

Rather than create an intermediate area between fact and law, I prefer to characterize this question as a mixed question of fact and law. As such, as a general rule, the Crown need not prove intent or knowledge where these mind states are otherwise an essential ingredient of the offence, nor can the accused rely on a mistake of fact in relation to the issue. Accordingly, if the Crown establishes that the appellants knew of the presence of the ingredients of the video which the tribunal finds exceed community standards, in accordance with the principles in *Butler*, that is sufficient for a conviction. It is unnecessary for the Crown to prove or the tribunal to find that the appellants knew that the

dérait que sa réaction était proportionnée (art. 21.3); et le moyen de défense de la nécessité est exclu si le jury considère que ce que le défendeur entendait faire n'était pas socialement justifié, même s'il était d'avis que c'était le cas (art. 24.12). Toutefois, lorsque le juge est d'avis qu'aucun jury raisonnable ne déclarerait l'accusé coupable il devrait imposer un acquittement.»

Les exemples que je viens de citer sont tous des jugements de valeur qui sont intermédiaires entre les questions de fait et les questions de droit. *Tout comme pour les questions de droit, le fait que le défendeur n'ait pas été en mesure de prévoir la décision de la cour ne l'excuse pas.*

(Les italiques [sont du juge Martin].) Et plus loin aux pp. 142 et 143:

Le crime de l'obscénité (la publication d'un article obscène ou le fait de publier un article obscène en vue d'en tirer un gain) soulève des problèmes semblables, aux termes de l'Obscene Publications Act 1959, modifiée par une loi de 1964. Le critère pour déterminer si un article est obscène aux termes de la loi, ou en common law, est de savoir si

«son effet [. . .] est, dans son ensemble, d'avoir tendance à dépraver et à corrompre les personnes qui sont susceptibles, compte tenu de toutes les circonstances pertinentes, de lire, de voir ou d'entendre ce qui est contenu ou incorporé dans celui-ci» (par. 1(1)).

Dans un tel cas, le jury prend encore la décision sur le fondement de la présumée question de fait sans tenir compte de ce que croyait le défendeur, et même s'il peut avoir raisonnablement cru que l'article n'entraînerait pas de dépravation et de corruption.

Plutôt que de créer un domaine intermédiaire entre les faits et le droit, je préfère qualifier cette question de question mixte de fait et de droit. Ainsi, en règle générale, il n'est pas nécessaire que le ministère public démontre qu'il y avait intention ou connaissance lorsque ces états d'esprit constituent par ailleurs un ingrédient essentiel de l'infraction, et l'accusé ne peut pas non plus se fonder sur une erreur de fait relativement à la question. Par conséquent, pour qu'il y ait déclaration de culpabilité, il suffit que le ministère public démontre que les appelants étaient au courant de la présence des aspects du vidéo qui, selon le tribunal, outrepassaient les normes sociales, conformément aux

video exceeded the community's standard of tolerance.

(2) Board Approval as Lawful Justification or Excuse

112 Two propositions which are somewhat related militate against the submission that OFRB approval can constitute a lawful justification or excuse. First, one level of government cannot delegate its legislative powers to another. Second, approval by a provincial body cannot as a matter of constitutional law preclude the prosecution of a charge under the *Criminal Code*.

113 With respect to the first proposition, in *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569, Cartwright J. stated, at p. 574:

It is made clear by the judgment of this Court in *Attorney General of Nova Scotia v. Attorney General of Canada*, [1951] S.C.R. 31, and by the earlier decisions of the Judicial Committee and of this Court collected and discussed in the reasons delivered in that case, that neither Parliament nor a Provincial Legislature is capable of delegating to the other or of receiving from the other any of the powers to make laws conferred upon it by the *British North America Act*.

114 The jurisprudence with respect to the second proposition is quite unequivocal. In *R. v. Prairie Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251 (Man. C.A.), the accused were charged under s. 150(1) (now s. 163(1)) which, unlike s. 163(2) (then s. 150(2)), did not provide for a defence of lawful excuse or justification. The defendants, however, argued that they had acted under a mistake of fact as they believed that the material found to be obscene had been admitted into Canada by Canada Customs officials and, therefore, there would be no breach of s. 150(1) by distributing it. Freedman J.A. wrote (at p. 261):

principes énoncés dans l'arrêt *Butler*. Il n'est pas nécessaire que le ministère public prouve ou que le tribunal conclue que les appelants savaient que le vidéo outrepassait la norme sociale de tolérance.

(2) L'approbation de la Commission à titre de justification ou d'excuse légitime

Deux propositions quelque peu connexes militent contre l'argument selon lequel l'approbation de la CCCO peut constituer une justification ou une excuse légitime. Premièrement, un palier de gouvernement ne peut déléguer ses pouvoirs législatifs. Deuxièmement, l'approbation donnée par un organisme provincial ne peut, en droit constitutionnel, empêcher qu'une poursuite soit intentée à l'égard d'une accusation portée en vertu du *Code criminel*.

En ce qui a trait au premier argument, dans *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569, le juge Cartwright a dit, à la p. 574:

[TRADUCTION] Il ressort clairement de l'arrêt de notre Cour *Attorney General of Nova Scotia c. Attorney General of Canada*, [1951] R.C.S. 31, et de décisions antérieures du Comité judiciaire et de notre Cour qui ont été recueillies et examinées dans les motifs de cet arrêt, que ni le Parlement ni une assemblée législative provinciale ne peut se déléguer ni recevoir l'un de l'autre le pouvoir de légiférer qui lui a été conféré par l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

La jurisprudence relative au second argument est très claire. Dans *R. c. Prairie Schooner News Ltd. and Powers* (1970), 1 C.C.C. (2d) 251 (C.A. Man.), les accusés ont été inculpés aux termes du par. 150(1) (maintenant le par. 163(1)) qui, contrairement au par. 163(2) (alors le par. 150(2)), ne prévoyait pas de moyen de défense fondé sur une excuse ou une justification légitime. Toutefois, les défendeurs ont soutenu qu'ils avaient commis une erreur de fait, car ils croyaient que le matériel jugé obscène avait été admis au Canada par les fonctionnaires des Douanes canadiennes et, par conséquent, que sa distribution ne constituait pas une violation du par. 150(1). Le juge Freedman a écrit (à la p. 261):

We must remember that under the *Criminal Code* it is for the Court, and not the Customs Department, to determine whether or not a publication is obscene. A determination of obscenity is then followed by the imposition of a penalty or punishment under the terms of the law. To say that non-prohibition of these publications by the Customs Department has the effect here claimed would be to deprive the Court of its proper function. It would effectively transfer the adjudication of the issue to the Customs Department.

In *McFall*, the court reached a similar conclusion notwithstanding that the defence of lawful justification or excuse was available as a defence. The accused was charged with “knowingly and without lawful justification or excuse” having possession of obscene films for the purpose of exposing them to public view contrary to s. 159(2)(a) (now s. 163(2)(a)) of the *Code*. During the trial, the accused called the provincial censor who testified that he had approved the films in question. The court ruled that provincial censor approval of a film could not excuse the commission of the offence. The court noted that a censor is not required to use the considerations laid out in the obscenity jurisprudence in respect of the interpretation of s. 159(8) (now s. 163(8)) of the *Code*. As a result, it was the court’s view that censor approval, though lawful, does not mean that the film is not obscene, but is merely evidence which the jury may consider in reaching its conclusion on the issue of obscenity. Taggart J.A. writes, at p. 212:

I am of the opinion that if the appellants are to succeed on the issue of lawful justification or excuse they must show something more than approval by a provincial film classification director who, though he may have great experience in ascertaining what is the British Columbia community standard of tolerance, has no obligation to have any of the considerations referred to in the foregoing authorities in mind when he grants approval for the showing of films under a designated classification.

The apparent decisiveness of the law prompted counsel to concede the point in *Towne Cinema*

[TRADUCTION] Il faut se rappeler que, aux termes du *Code criminel*, il incombe à la Cour et non aux Douanes, de déterminer si une publication est obscène. La décision qu’une publication est obscène est ensuite suivie par l’imposition d’une pénalité ou d’une peine aux termes de la loi. Si l’on disait que la non-interdiction de ces publications par les Douanes a l’effet qui est soutenu en l’espèce, la Cour serait privée de la fonction qui lui incombe. En fait le pouvoir de trancher la question serait transféré aux Douanes.

Dans l’arrêt *McFall*, la cour est arrivée à une conclusion semblable même si le moyen de défense fondé sur une justification ou excuse légitime pouvait être invoqué. L’accusé avait été inculpé, en vertu de l’al. 159(2)a) (maintenant l’al. 163(2)a)) du *Code*, d’avoir en sa possession «sciemment et sans justification ni excuse légitime» des films obscènes dans le but de les exposer à la vue du public. Au cours du procès, l’accusé a convoqué le censeur de la province qui a témoigné qu’il avait approuvé les films en question. La cour a jugé que l’approbation du bureau de censure provincial à l’égard d’un film ne pouvait excuser la perpétration de l’infraction. Elle a souligné qu’un bureau de censure n’est pas tenu d’appliquer les considérations exposées dans la jurisprudence en matière d’obscénité pour interpréter le par. 159(8) (maintenant le par. 163(8)) du *Code*. Par conséquent, la cour était d’avis que l’approbation du bureau de censure, bien que légale, ne signifiait pas que le film n’était pas obscène mais constituait simplement un élément de preuve que le jury pouvait examiner pour arriver à une conclusion sur la question de l’obscénité. Le juge Taggart a écrit, à la p. 212:

[TRADUCTION] Je suis d’avis que si les appelants doivent avoir gain de cause relativement à la question de la justification ou de l’excuse légitime, ils doivent présenter un autre élément de preuve qu’une approbation donnée par un directeur provincial de la classification des films, qui, bien qu’il puisse avoir une grande expérience pour établir quelle est la norme sociale de tolérance de la Colombie-Britannique, n’est pas tenu d’avoir à l’esprit les arguments mentionnés dans la jurisprudence déjà citée lorsqu’il approuve la présentation de films en vertu d’une classification désignée.

Le caractère décisif qui ressort du droit a incité les avocats à admettre le point dans l’arrêt *Towne*

Theatres Ltd. v. The Queen, [1985] 1 S.C.R. 494. Dickson C.J., speaking for himself and Lamer and Le Dain JJ., noted (at pp. 511 and 516-17):

Counsel for the appellant does not contend that censor board approval is a bar to a criminal prosecution. He readily concedes that it is for the courts to decide whether a publication is obscene (*Daylight Theatre Co. v. The Queen* (*supra*); *R. v. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181 (B.C.C.A.)).

As I have indicated, the defence did lead evidence of Mr. Hooper, the Chairman of the Alberta Censor Board for the purpose of showing that the film did not fall below contemporary community standards. The trial judge made only one reference to this evidence:

Now, whether or not the film was approved by the Censor Board, as far as I am concerned, has nothing whatsoever to do with whether or not the Crown can prefer an indictment against it for providing an immoral, indecent or obscene performance. The Court is the one that has to decide that.

The law is clear that a trier of fact does not have to accept testimony, whether expert or otherwise. He can reject it, in whole or in part. He cannot, however, reject it without good reason. [Emphasis added.]

The fourth member of the majority on this point, Wilson J., stated as follows in separate concurring reasons, at p. 531:

There is no question that the approval of the censor board does not preclude the preferring of an indictment.

117 In the face of these propositions which are based on recent decisions of this Court, I find it difficult to accede to the argument that in using the words "lawful justification or excuse" Parliament intended that conduct which is criminalized by s. 163(2) is rendered lawful or the person engaging in it is excused as a result of a decision of a provincial body.

118 While Parliament has the authority to introduce dispensation or exemption from criminal law in determining what is and what is not criminal, and

Cinema Theatres Ltd. c. La Reine, [1985] 1 R.C.S. 494. Le juge en chef Dickson, en son propre nom et pour les juges Lamer et Le Dain, a souligné (aux pp. 511 et 516 et 517):

L'avocat de l'appelante ne prétend pas que l'approbation de la Commission de censure empêche une poursuite criminelle. Il admet volontiers qu'il appartient aux cours de décider si une publication est obscène (*Daylight Theatre Co. v. The Queen* (précité); *R. v. McFall* (1975), 26 C.C.C. (2d) 181 (C.A.C.-B.)).

Comme je l'ai déjà dit, la défense a produit le témoignage de M. Hooper, le président de la Commission de censure de l'Alberta, afin de démontrer que le film n'outrépasse pas les normes sociales contemporaines. Le juge du procès n'a fait qu'une seule allusion à ce témoignage:

[TRADUCTION] Maintenant en ce qui me concerne, la question de savoir si la Commission de censure a approuvé le film n'a rien à voir avec celle de savoir si la poursuite peut présenter un acte d'accusation à l'égard de ce film pour le motif qu'il constitue un spectacle immoral, indécent ou obscène. C'est à la cour qu'il appartient d'en décider.

Il est clair en droit que le juge des faits n'est pas tenu d'accepter un témoignage, celui d'un expert ou autre. Il peut le rejeter en totalité ou en partie. Il ne peut cependant le rejeter sans motifs valables. [Je souligne.]

Le quatrième membre de la majorité sur ce point, le juge Wilson, a dit ce qui suit dans des motifs concordants distincts, à la p. 531:

Il ne fait pas de doute que l'approbation de la Commission de censure n'empêche pas la présentation d'un acte d'accusation.

Compte tenu de ces propositions fondées sur des arrêts récents de notre Cour, j'estime qu'il est difficile d'admettre l'argument selon lequel en utilisant les termes «justification ni excuse légitime» le législateur a voulu que la conduite qui est criminalisée par le par. 163(2) devienne légitime ou que la personne qui l'adopte soit excusée par suite de la décision d'un organisme provincial.

Bien que le Parlement ait le pouvoir d'introduire dans ses lois criminelles des dispenses ou des immunités en déterminant ce qui est et ce qui n'est

may do so by authorizing a provincial body or official acting under provincial legislation to issue licences and the like, an intent to do so must be made plain. In *R. v. Furtney*, [1991] 3 S.C.R. 89, this Court dealt with an example of the exercise of such authority which is contained in the provisions of s. 207 of the *Criminal Code*. Section 207 exempts from criminal liability lotteries which had obtained a licence issued by the Lieutenant Governor under specified terms and conditions. At pages 104-5, Stevenson J. set out the circumstances under which Parliament may delegate:

Thus Parliament may delegate legislative authority to bodies other than provincial legislatures, it may incorporate provincial legislation by reference and it may limit the reach of its legislation by a condition, namely the existence of provincial legislation.

As *Furtney* illustrates, the exercise of this power by Parliament, however, must be in terms which are sufficiently specific that exemption from criminal liability is not left to the unfettered discretion of provincial legislation. If censor boards, empowered by provincial legislation, can justify or excuse persons who rely on them from the obscenity provision, the criminal law in this regard would for all intents and purposes be administered by the provincial legislatures. The terms under which censor boards operate vary from province to province with the result that conduct that is criminal in one province would be justified in another province. Surely this is not what Parliament intended in continuing the use of the words "lawful justification or excuse" in respect of the offence of selling material which is obscene.

In considering Parliament's intention in this regard, it must be remembered that the issue of the application of a lawful justification or excuse only arises once the Crown has proved all elements of the offence beyond a reasonable doubt. This would involve proof that the accused knew of the specific contents of the material which render it obscene.

pas criminel et qu'il puisse le faire en autorisant un organisme provincial, ou un fonctionnaire agissant en application d'une loi provinciale, à délivrer des permis ou des choses semblables, son intention de le faire doit être évidente. Dans *R. c. Furtney*, [1991] 3 R.C.S. 89, notre Cour a traité d'un exemple de l'exercice de ce pouvoir qui est prévu à l'art. 207 du *Code criminel*. Selon cet article des loteries autorisées par une licence délivrée par le lieutenant-gouverneur sous réserve de certaines conditions n'entraînent pas de responsabilité criminelle. Aux pages 104 et 105, le juge Stevenson a établi les circonstances dans lesquelles le Parlement peut déléguer un pouvoir:

Ainsi, le Parlement peut déléguer un pouvoir législatif à des organismes autres que les législatures provinciales, il peut incorporer une loi provinciale par renvoi et il peut limiter la portée de sa loi au moyen d'une condition, à savoir l'existence d'une loi provinciale.

Toutefois, comme l'arrêt *Furtney* l'illustre, l'exercice de ce pouvoir par le Parlement doit être énoncé dans des termes qui sont suffisamment précis pour que l'immunité à l'égard de la responsabilité criminelle ne soit pas laissée à la discrétion absolue de la loi provinciale. Si les commissions de contrôle, autorisées par une loi provinciale, pouvaient justifier ou excuser des personnes qui se fondent sur elles, pour ce qui est des dispositions en matière d'obscénité, le droit criminel à cet égard serait à toutes fins utiles appliqué par les législatures provinciales. Les modalités de fonctionnement des commissions de contrôle varient d'une province à l'autre, ce qui fait qu'une conduite qui est criminelle dans une province serait justifiée dans une autre. Ce n'est certainement pas ce que le législateur souhaitait en maintenant l'utilisation des termes «justification ni excuse légitime» à l'égard de l'infraction de vente de matériel obscène.

Lorsqu'on examine l'intention du législateur à cet égard, il faut se rappeler que la question de l'application d'une justification ou d'une excuse légitime n'est soulevée que lorsque le ministère public a fait la preuve de tous les éléments de l'infraction hors de tout doute raisonnable. Cela comprendrait la preuve que l'accusé connaissait le con-

See *R. v. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35 (Ont. C.A.). While it is difficult and perhaps undesirable to attempt to define what would constitute a lawful justification or excuse, such examples as are derived from the cases support the conclusion which I have reached. In *Kiverago, supra*, Gale C.J.O., speaking for the court, stated, at p. 465:

In other words, s-s. (2) seems to us to suggest that, even assuming the material is obscene, the person who exposes it cannot be guilty of an offence unless he knows that he has exposed it and does not have some lawful justification or excuse for doing so and, of course, we have in mind as examples of justification or excuse medical or scientific books containing obscene material, for legitimate purposes of education, scientific research and matters of that kind.

tenu précis du matériel qui rend celui-ci obscène. Voir *R. c. Santeramo* (1976), 32 C.C.C. (2d) 35 (C.A. Ont.). Bien qu'il soit difficile et sans doute peu souhaitable de tenter de définir ce qui constitue une justification ou excuse légitime, des exemples comme ceux tirés de la jurisprudence appuient la conclusion à laquelle je suis arrivé. Dans *Kiverago*, précité, le juge en chef Gale a dit au nom de la cour, à la p. 465:

[TRADUCTION] En d'autres termes, à notre avis, il semble ressortir du par. (2) que, même en présumant que le matériel est obscène, la personne qui l'expose ne peut être déclarée coupable d'une infraction à moins qu'elle ne sache qu'elle l'a exposé et qu'elle n'ait aucune justification ou excuse légitime de le faire et, évidemment, nous avons à l'esprit à titre d'exemple de justification ou d'excuse des livres médicaux ou scientifiques qui contiennent du matériel obscène à des fins légitimes d'éducation, de recherche scientifique et de choses de ce genre.

Dans *Perka c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 232, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a examiné la question de savoir si le moyen de défense fondé sur la nécessité constituait une justification ou une excuse à l'égard de l'infraction d'importation de stupéfiants et de possession de stupéfiants en vue d'en faire le trafic. S'exprimant au nom de la majorité, le juge Dickson a souligné l'importance d'établir une distinction entre les termes «justification» et «excuse». Le premier conteste le caractère répréhensible de l'action alors que le second admet ce caractère répréhensible mais affirme que, compte tenu des circonstances, l'auteur de l'action ne devrait pas en être tenu responsable. La raison d'être de l'excuse à l'égard de l'auteur de l'action est «le sentiment d'injustice que soulève la punition pour une violation de la loi commise dans des circonstances où la personne n'avait pas d'autre choix viable ou raisonnable; l'acte était mauvais, mais il est excusé parce qu'il était vraiment inévitable» (p. 250).

Il n'existe aucun fondement qui permette de dire que la conduite en l'espèce, qui comporte la vente de matériel obscène, pourrait être justifiée par les circonstances. Il n'a pas été soutenu que l'approbation de la CCCO en soi pourrait avoir pour effet de légitimer la conduite. Il est plutôt allégué que c'est

121 In *Perka v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 232, Dickson J. (as he then was) considered whether the defence of necessity constituted a justification or excuse of the offence of importing narcotics and possession of narcotics for the purpose of trafficking. Speaking for the majority, Dickson J. stressed the importance of distinguishing between "justification" and "excuse". The former challenges the wrongfulness of the action while the latter concedes the wrongfulness of the action but asserts that due to the circumstances the actor should be exempted from responsibility for it. The rationale upon which the actor is excused is "the perceived injustice of punishing violations of the law in circumstances in which the person had no other viable or reasonable choice available; the act was wrong but it is excused because it was realistically unavoidable" (p. 250).

122 There is no basis upon which it could be said that the conduct in this case, which involves the sale of obscene material, could be said to be justified by the circumstances. It is not contended that the approval by the OFRB *per se* could have the effect of making the conduct rightful. Rather it is

alleged that it is the reliance on the approval of the OFRB by the appellants that excuses them. In my view, it cannot be said that in the circumstances if the appellants knew of the contents of the videos, sale of them was realistically unavoidable. In all the circumstances, therefore, I conclude that Parliament could not have intended to excuse the sale of obscene material by reason only of reliance on an approval by a provincial censor board.

After preparation of these reasons, I read the reasons of the Chief Justice. I have not considered the issue of officially induced error of law as an excuse in this appeal because the matter was not raised either here or in the courts below. Nothing in these reasons should be taken as agreeing or disagreeing with the reasons of the Chief Justice but I would prefer to address the issue of officially induced error in a case in which it is properly raised and argued.

VI. Summary

To summarize, I have concluded that the Crown must prove knowledge on the part of an accused charged with an offence under s. 163(2)(a), not only that the accused was aware that the subject matter had as its dominant characteristic the exploitation of sex but that the accused knew of the presence of the ingredients of the subject matter which as a matter of law rendered the exploitation of sex undue. In this regard, in appropriate circumstances the Crown can avail itself of the principles of wilful blindness. The approval of the subject matter by a provincial censor board may be relevant to the determination of community standards of tolerance and on the issue of wilful blindness. It is not relevant with respect to the issue of the accused's knowledge, and the Crown need not prove that the accused knew that the subject matter of the charge exceeded community standards. Furthermore, approval by a provincial censor board does not constitute a justification or excuse.

le fait que les appelants se sont fiés à l'approbation de la CCCO qui les excuse. À mon avis, on ne peut dire que, dans les circonstances, si les appelants connaissaient le contenu des vidéos, leur vente était vraiment inévitable. Par conséquent, compte tenu de toutes les circonstances, je conclus que le législateur n'a pas pu avoir l'intention d'excuser la vente de matériel obscène pour la simple raison que le vendeur s'est fié à une approbation donnée par une commission de contrôle provinciale.

Après avoir rédigé mes motifs, j'ai lu ceux du Juge en chef. Je n'ai pas examiné la question de l'erreur de droit provoquée par une personne en autorité parce qu'elle n'a été soulevée ni devant notre Cour ni devant les juridictions inférieures. Aucune partie des présents motifs ne devrait être considérée comme souscrivant ou ne souscrivant pas aux motifs du Juge en chef, mais je préférerais examiner la question de l'erreur provoquée par une personne en autorité dans une affaire où elle est soulevée et débattue à bon droit.

VI. Résumé

Pour résumer, j'ai conclu que le ministère public devait faire la preuve de la connaissance de la part de l'accusé inculpé d'une infraction visée à l'al. 163(2)a), non seulement qu'il savait que le matériel avait comme caractéristique dominante l'exploitation des choses sexuelles, mais qu'il était au courant de la présence des éléments du matériel qui en droit rendait indue l'exploitation des choses sexuelles. À cet égard, dans des circonstances appropriées, le ministère public peut se prévaloir des principes de l'ignorance volontaire. L'approbation du matériel par une commission de contrôle provinciale peut être pertinente pour déterminer les normes sociales de tolérance et à l'égard de la question de l'ignorance volontaire. Elle n'est pas pertinente en ce qui a trait à la question de la connaissance de l'accusé, et le ministère public n'est pas tenu de prouver que l'accusé savait que le matériel visé par l'accusation outrepassait les normes sociales. Qui plus est, l'approbation d'une commission de contrôle provinciale ne constitue pas une justification ou une excuse.

123

124

VII. Disposition

125

There was no evidence to suggest any knowledge on the part of the appellants, beyond the fact that the videos in question were sex films in the general sense that they involved the exploitation of sex. Since I have concluded that this does not satisfy the *mens rea* requirements of s. 163(2), the appellants are entitled to an acquittal. The appeal is, therefore, allowed, the judgments below are set aside and a verdict of acquittal is substituted.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Gold & Fuerst, Toronto.

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

VII. Dispositif

Aucun élément de preuve n'a été présenté pour démontrer que les appelants avaient la connaissance requise, outre le fait que les vidéos en question étaient des films à caractère sexuel dans le sens général qu'ils comportaient l'exploitation des choses sexuelles. Étant donné ma conclusion que cet élément ne satisfait pas aux exigences du par. 163(2) en matière de *mens rea*, les appelants ont droit à un acquittement. Par conséquent, le pourvoi est accueilli, les jugements des tribunaux d'instance inférieure sont annulés et remplacés par un verdict d'acquittement.

Pourvoi accueilli.

Procureurs des appelants: Gold & Fuerst, Toronto.

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

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Carson Livermore *Respondent*

INDEXED AS: R. v. LIVERMORE

File No.: 24143.

1995: March 22; 1995: November 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 — Sexual assault — Defences — Consent — Honest but mistaken belief in consent — Accused acquitted of sexual assault — Whether trial judge erring in reviewing complainant's lack of consent — Whether trial judge failing to instruct jury that prior inconsistent statements not adopted by witness do not constitute evidence — Whether trial judge mischaracterizing medical evidence — Whether trial judge erring in leaving defence of honest but mistaken belief in consent with jury — Whether new trial should be ordered.

The accused was charged with sexual assault of the 15-year-old complainant V. V and her 14-year-old friend T had willingly gone with the accused and another young man, who picked them up in the accused's car at a pizza store at 1:30 a.m. The accused drove to a parking lot behind an apartment building, where the four consumed some beer and talked. They went on to a second parking lot, where the two girls exchanged seats. The accused then drove to a third lot, where he had sexual intercourse with V. After this he drove the two girls to T's home. V testified that she resisted the accused's advances throughout. She stated that she told him "no" during intercourse and tried to push him away. She testified that although the accused was not violent and the windows were open and the doors unlocked, she was afraid to scream or try to escape. A medical examination of V revealed extensive genital bruising consistent with "traumatic" or "very forceful" sexual intercourse. In his defence, the accused maintained that V had consented to the sexual intercourse. He also argued that, in light of V's denial that

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Carson Livermore *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. LIVERMORE

N° du greffe: 24143.

1995: 22 mars; 1995: 16 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 L'ONTARIO

Droit criminel — Agression sexuelle — Moyens de défense — Consentement — Croyance sincère mais erronée au consentement — Accusé acquitté d'agression sexuelle — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son examen du non-consentement de la plaignante? — Le juge du procès a-t-il omis de dire au jury que des déclarations antérieures incompatibles non confirmées par le témoin ne constituent pas une preuve? — Le juge du procès a-t-il mal qualifié la preuve médicale? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en soumettant à l'appréciation du jury la défense de croyance sincère mais erronée au consentement? — Y a-t-il lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès?

L'accusé a été inculpé d'agression sexuelle sur la personne de V, la plaignante de 15 ans. V et son amie T, âgée de 14 ans, avaient volontairement accompagné l'accusé et un autre jeune homme, dans la voiture de l'accusé, à leur sortie d'une pizzeria, à 1 h 30 du matin. L'accusé s'est alors dirigé vers un parc de stationnement derrière un immeuble d'habitation où les quatre ont pris de la bière et parlé. Ils se sont rendus dans un deuxième parc de stationnement où les deux jeunes filles ont changé de place. L'accusé s'est ensuite dirigé vers un troisième parc de stationnement où il a eu des rapports sexuels avec V. Il a par la suite reconduit les deux jeunes filles chez T. V a témoigné que, tout au long de l'agression, elle avait résisté aux avances de l'accusé. Elle a affirmé lui avoir dit «non» pendant les rapports sexuels et avoir essayé de le repousser. Elle a témoigné qu'elle avait eu peur de crier ou de tenter de s'enfuir, même si l'accusé n'était pas violent et si les fenêtres de la voiture étaient ouvertes et les portes non verrouillées. Un examen médical a révélé que V avait subi d'importantes meurtrissures dans la région génitale correspon-

she had consented, circumstances were such that he had entertained an honest but mistaken belief in consent. The trial judge put this defence to the jury, which acquitted him. The Crown appealed, alleging that the trial judge made four errors: (1) he erred in his review of V's lack of consent and in his treatment of the jury's question on this issue; (2) he failed to instruct the jury that prior inconsistent statements not adopted by the witness do not constitute evidence; (3) he mischaracterized the medical evidence; and (4) he should not have left the defence of honest but mistaken belief with the jury. The Court of Appeal, in a majority decision, upheld the acquittal. All three judges were of the view that the case was one of consent or no consent, and there was no air of reality to a defence of honest but mistaken belief in consent. The majority of the court, however, did not consider the trial judge's errors to be of such significance that the acquittal should be set aside. The dissenting judge would have ordered a new trial.

Held (Major J. dissenting): The appeal should be allowed and a new trial ordered.

Per Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The cumulative effect of the errors made at trial requires that the appeal be allowed and a new trial ordered, despite the heavy onus on the Crown when it seeks to have an acquittal set aside. V's evidence was clear that she had repeatedly said "no" to the accused and had resisted the assault. There is nothing in the record to indicate that her statements to the police or her testimony at the preliminary hearing were contradictory on this point. The trial judge in his charge to the jury did not mention V's resistance and incorrectly stated that she had not said "no" to the accused. Since the sole issue was consent, this constituted a serious error. The jury were understandably confused by the trial judge's erroneous direction, as indicated by the question they put to him after an hour of deliberation. The judge's response to this question in essence told them they ought to try harder to remember the evidence, and this was an inadequate response. Combined with the other errors, its effect is serious. The second error is that the trial judge failed, as required by law, to instruct the jury that V's prior inconsistent statements were admitted on credibility only and not for the truth of their contents. Some of the trial judge's instructions suggested the prior

dant à des rapports sexuels «traumatiques» ou «très vigoureux». Dans sa défense, l'accusé a soutenu que V avait consenti aux rapports sexuels. Il a aussi affirmé que, même si V refusait d'admettre qu'elle avait consenti, les circonstances étaient telles qu'il avait eu une croyance sincère mais erronée au consentement. Le juge du procès a soumis cette défense au jury, qui l'a acquitté. Le ministère public a interjeté appel, soutenant que le juge du procès avait commis quatre erreurs: (1) il a commis une erreur dans son examen du non-consentement de V et dans sa réponse à la question du jury sur ce point; (2) il a omis de dire au jury que des déclarations antérieures incompatibles non confirmées par le témoin ne constituent pas une preuve; (3) il a mal qualifié la preuve médicale, et (4) il n'aurait pas dû soumettre la défense de croyance sincère mais erronée à l'appréciation du jury. La Cour d'appel, dans une décision majoritaire, a confirmé l'acquittal. Les trois juges ont conclu qu'il s'agissait d'un cas de consentement ou de non-consentement et qu'il n'y avait aucune vraisemblance à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Cependant, la cour à la majorité n'a pas jugé que les erreurs du juge du procès étaient si importantes qu'elles justifiaient l'annulation de l'acquittal. Le juge dissident aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Arrêt (le juge Major est dissident): Le pourvoi est accueilli et la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Le juge en chef Lamer et les juges Cory, McLachlin et Iacobucci: Vu l'effet cumulatif des erreurs commises au procès, il y a lieu d'accueillir le présent pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, malgré la lourde charge qui incombe au ministère public lorsqu'il cherche à faire annuler un acquittal. Le témoignage de V était clair: elle avait à maintes reprises dit «non», et s'était opposée à l'agression. Rien au dossier n'indique que les déclarations que V a faites à la police ou son témoignage à l'enquête préliminaire étaient contradictoires sur ce point. Dans ses directives au jury, le juge du procès n'a pas mentionné la résistance manifestée par V et a incorrectement affirmé qu'elle n'avait pas dit «non» à l'accusé. Puisque la seule question en litige portait sur le consentement, il s'agissait là d'une grave erreur. Le jury a naturellement été dérouteré par les directives erronées du juge du procès, comme l'indique la question qu'il a posée au juge une heure après le début des délibérations. Le juge a répondu à cette question en disant essentiellement au jury qu'il devait essayer davantage de se rappeler les témoignages, ce qui n'était pas une réponse appropriée. Conjuguée aux autres erreurs, cette réponse a une incidence grave. La deuxième erreur est que le juge du procès a omis d'indi-

statements could be relied on as evidence of what had happened. This erroneous direction constitutes a significant error. The third error lay in mischaracterizing the medical evidence. The trial judge suggested that the doctor's testimony that V suffered genital bruising consistent with "very forceful" or "traumatic" intercourse might not be very relevant since the accused admitted that intercourse had taken place. In fact, the evidence of bruising may have been relevant as an indication of lack of consent or resistance. Since consent was the only issue, this misdirection too assumes significance. Finally, the trial judge should not have left the defence of honest but mistaken belief with the jury, since it was unsupported by the evidence. The trial judge in putting this defence to the jury relied on the fact that the girls were out after midnight, that they willingly entered the car of the accused, that they changed seats without trying to escape, that the windows of the car were down and the doors unlocked and that the girls did not scream, as well as on the erroneous conclusion that there was no evidence of verbal complaint. These circumstances did not provide the required air of reality. Since there is no way of knowing whether the jury acquitted because they had a reasonable doubt about whether V consented, or whether they acquitted on the basis of a defence which should not have been left with them, a new trial should be ordered. Absent the significant errors at trial, a reasonable jury properly charged may well have reached a different verdict.

Per Sopinka J.: A new trial should be ordered by reason of the first three errors found by the Court of Appeal, for the reasons given by McLachlin J. The issue of honest but mistaken belief, however, is not before the Court.

Per La Forest and Gonthier JJ.: A new trial should be ordered, for the reasons given by the dissenting judge in

quer au jury, comme l'exige la loi, que les déclarations antérieures incompatibles de V ont été admises relativement à la question de la crédibilité seulement mais non comme faisant foi de leur contenu. Certaines des directives du juge du procès laissaient entendre que les déclarations antérieures pouvaient être utilisées comme preuve de ce qui s'était passé. Cette directive erronée constitue une erreur importante. La troisième erreur est le fait que la preuve médicale a été mal qualifiée. Relativement au témoignage du médecin que V avait subi des meurtrissures dans la région génitale correspondant à des rapports sexuels «très vigoureux» ou «traumatiques», le juge du procès a laissé entendre que ce témoignage pourrait ne pas être très pertinent puisque l'accusé avait admis l'existence des rapports sexuels. En fait, la preuve de l'existence de meurtrissures aurait pu être pertinente à titre d'indication de l'absence de consentement ou de la résistance manifestée. Puisque le consentement était la seule question en litige, cette directive erronée prend aussi de l'importance. Enfin, le juge du procès n'aurait pas dû soumettre au jury la défense de la croyance sincère mais erronée puisqu'il n'y avait pas d'élément de preuve à l'appui de cette défense. En soumettant cette défense au jury, le juge du procès s'est fondé sur le fait que les jeunes filles n'étaient pas encore à la maison après minuit, qu'elles étaient volontairement montées dans la voiture de l'accusé, qu'elles avaient changé de place sans essayer de se sauver, que les fenêtres de la voiture étaient baissées et les portes non verrouillées et que les jeunes filles n'avaient pas crié, ainsi que sur la conclusion erronée qu'il n'existait pas de preuve d'une plainte orale. Ces circonstances n'établissaient pas la vraisemblance requise. Puisqu'il n'existe aucun moyen de savoir si le jury a rendu un verdict d'acquiescement parce qu'il avait un doute raisonnable quant au consentement de V ou parce qu'il s'est fondé sur une défense qui n'aurait pas dû lui être soumise, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. N'eussent été les erreurs importantes commises au procès, un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées aurait bien pu arriver à un verdict différent.

Le juge Sopinka: Pour les motifs donnés par le juge McLachlin, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès compte tenu des trois premières erreurs constatées par la Cour d'appel. Cependant, la Cour n'est pas saisie de la question de la croyance sincère mais erronée.

Les juges La Forest et Gonthier: Pour les motifs donnés par le juge dissident de la Cour d'appel, il y a

the Court of Appeal. The defence of honest but mistaken belief is not before the Court.

Per L'Heureux-Dubé J.: A new trial should be ordered, for the reasons given by the dissenting judge in the Court of Appeal. The defence of honest but mistaken belief in consent is not before the Court since this is an appeal as of right, the Court of Appeal was unanimous on that issue and no leave to appeal was granted. In any event, as regards that defence, the majority reasons in *R. v. Park* should be referred to. Major J.'s positions on both issues were strongly disagreed with.

Per Major J. (dissenting): The Crown has failed to satisfy the court to a reasonable certainty that the verdict would not necessarily have been the same had the jury been properly instructed. When the verdict at trial is an acquittal, the Crown appellant does not benefit from the *prima facie* assumption that an error warrants a new trial. The onus is on the Crown from the outset to establish that the errors complained of materially affected the verdict, such that a new trial is justified. There were clearly errors in the trial judge's charge to the jury. The trial judge incorrectly stated that V's evidence was that she did not come out and say "no" exactly. However, this error did not change the outcome of the trial. Immediately thereafter the trial judge admitted that he might be mistaken and told the jury that it was their recollection of the evidence, not his, which was important. In addition, the jury's question indicates that they understood the complainant's evidence to be that she said no. The trial judge did not err in denying the jury's request to have that evidence replayed. While any request for instruction or assistance from a jury must be treated carefully, in the case where a jury wishes to have evidence read or played again, problems can arise, especially in procedural fairness. Here the jury were not advised that they could not obtain assistance, but were told they should make a further attempt on their own and that if this attempt failed, assistance would be forthcoming. With respect to the alleged improper characterization of the medical evidence, the trial judge said that the jury would have to consider this evidence as an indication of the force which must have been used, and thus did not remove the evidence from their consideration on the issue of consent. The trial judge's failure to inform the jury that prior inconsistent statements which had not been adopted by the witnesses could be used only for assessing credibility was an error. In this case, however, the inconsistent statements were before the jury to test

lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. La Cour n'est pas saisie de la question de la défense de croyance sincère mais erronée.

Le juge L'Heureux-Dubé: Pour les motifs donnés par le juge dissident de la Cour d'appel, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. La Cour n'est pas saisie de la question de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement puisqu'il s'agit d'un pourvoi formé de plein droit, que la Cour d'appel a été unanime sur cette question et qu'aucune autorisation de pourvoi n'a été accordée. À tout événement, en ce qui concerne cette défense, il y a lieu de s'en remettre aux motifs majoritaires dans l'arrêt *R. c. Park*. Il y a entier désaccord avec les positions adoptées par le juge Major sur les deux questions examinées.

Le juge Major (dissent): Le ministère public n'a pas convaincu la Cour avec un degré raisonnable de certitude que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées. Lorsqu'un acquittement est prononcé au procès, le ministère public appelant ne bénéficie pas de la présomption *prima facie* qu'une erreur commande un nouveau procès. Le ministère public a la charge dès le début d'établir que les erreurs dont il se plaint ont influé sur le verdict d'une manière si importante que cela justifie un nouveau procès. Il y avait de toute évidence des erreurs dans les directives du juge du procès au jury. Le juge du procès a eu tort d'affirmer qu'il fallait conclure du témoignage de V qu'elle n'avait pas précisément dit un «non» ferme. Toutefois, cette erreur n'a pas eu pour effet de changer l'issue du procès. Juste après, le juge du procès a admis qu'il se trompait peut-être et il a dit aux jurés que c'était leur souvenir du témoignage, et non le sien, qui importait. De plus, la question du jury indique qu'il avait compris du témoignage de la plaignante qu'elle avait dit non. Le juge du procès n'a pas commis d'erreur en rejetant la demande du jury de réentendre ce témoignage. Il faut répondre avec soin à toute demande de directives ou d'aide présentée par un jury; toutefois, une demande du jury que la preuve soit lue ou entendue à nouveau peut soulever des problèmes, particulièrement eu égard à l'équité procédurale. En l'espèce, les jurés n'ont pas reçu comme réponse qu'ils ne pouvaient pas obtenir d'aide, mais qu'ils devaient faire encore un effort par eux-mêmes, et que si cela se révélait infructueux, ils recevraient de l'aide. En ce qui concerne le fait que la preuve médicale aurait été mal qualifiée, le juge du procès a dit que le jury devrait considérer cette preuve comme une indication de la force qui a dû être utilisée, et n'a donc pas soustrait la preuve à l'examen du jury sur la question du consentement. Le juge du procès a commis une erreur en omettant de dire au jury que

credibility and not for any other purpose. The final error alleged by the Crown is that the trial judge put the defence of honest but mistaken belief in consent to the jury. While the factors listed by the trial judge as supporting the accused's assertion of honest belief in consent do not provide an "air of reality" as required for the defence, this case was one of consent or no consent and credibility was the key issue. Since it is highly unlikely that the jury would have decided the case based on honest but mistaken belief in consent, the verdict would likely have been the same had that defence not been before the jury. The circumstances giving rise to the complaint were decisive. The cramped quarters in which the alleged sexual assault took place were such that some co-operation of the complainant was necessary. This was consistent with the accused's testimony and inconsistent with that of the complainant. The jury were aware of the circumstances and concluded that the accused proceeded with consent, or at least they had a reasonable doubt about his guilt. This finding of fact represents the collective wisdom of the community as expressed by the jury and should not be interfered with.

Cases Cited

By McLachlin J.

Referred to: *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782; *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345.

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836.

By Major J. (dissenting)

R. v. Curllett (1936), 66 C.C.C. 256; *R. v. Bourgeois* (1937), 69 C.C.C. 120; *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268; *Cullen v. The King*, [1949] S.C.R. 658; *R. v. Savoie* (1956), 117 C.C.C. 327; *R. v. Forgeron* (1958), 121 C.C.C. 310; *R. v. Paquette* (1974), 19 C.C.C. (2d) 154; *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. Wydryk* (1971),

les déclarations antérieures incompatibles qui n'avaient pas été confirmées par les témoins pouvaient être utilisées seulement quant à l'évaluation de la crédibilité. En l'espèce, cependant, les déclarations incompatibles ont été soumises au jury pour évaluer la crédibilité, et pour aucune autre fin. Le ministère public allègue comme dernière erreur le fait que le juge du procès a soumis au jury la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Bien que les facteurs énumérés par le juge du procès comme appuyant l'affirmation de l'accusé qu'il croyait sincèrement au consentement ne confèrent pas la «vraisemblance» que doit avoir ce moyen de défense, il s'agit en l'espèce d'une question de consentement ou de non-consentement et la crédibilité est la question clé. Puisqu'il est très improbable que le jury ait statué sur cette affaire en se fondant sur la croyance sincère mais erronée au consentement, le verdict aurait probablement été le même si cette défense n'avait pas été soumise au jury. Les circonstances qui ont donné lieu à la plainte étaient déterminantes. L'exiguïté de l'endroit où a eu lieu l'agression sexuelle alléguée était telle qu'une certaine coopération de la plaignante était nécessaire. Cela est compatible avec le témoignage de l'accusé, mais incompatible avec celui de la plaignante. Le jury était au courant des circonstances et a conclu que l'accusé avait agi avec le consentement de la plaignante, ou il avait au moins un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Cette conclusion de fait représente la sagesse de la collectivité exprimée par le jury et elle ne devrait pas être modifiée.

Jurisprudence

Citée par le juge McLachlin

Arrêts mentionnés: *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782; *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêt mentionné: *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836.

Citée par le juge Major (dissident)

R. c. Curllett (1936), 66 C.C.C. 256; *R. c. Bourgeois* (1937), 69 C.C.C. 120; *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268; *Cullen c. The King*, [1949] R.C.S. 658; *R. c. Savoie* (1956), 117 C.C.C. 327; *R. c. Forgeron* (1958), 121 C.C.C. 310; *R. c. Paquette* (1974), 19 C.C.C. (2d) 154; *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Wydryk* (1971),

5 C.C.C. (2d) 473; *R. v. Ostrowski*, [1990] 2 S.C.R. 82; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1906, c. 146, s. 1014(2), (3) [rep. & sub. 1923, c. 41, s. 9].

Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, s. 1013(4), (5) [rep. & sub. 1930, c. 11, s. 28].

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(b)(iii).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 265(4), 675(1)(a), 676(1)(a), 686(1) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145; am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], (4) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145], 691(2)(a) [rep. & sub. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 9)].

Criminal Justice Act 1972 (U.K.), 1972, c. 71, s. 36.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1994), 18 O.R. (3d) 221, 89 C.C.C. (3d) 425, 31 C.R. (4th) 374, 71 O.A.C. 340, affirming the accused's acquittal by Sheppard J. on a charge of sexual assault. Appeal allowed and new trial ordered, Major J. dissenting.

Susan L. Reid, for the appellant.

Lorne Levine, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. was delivered by

5 C.C.C. (2d) 473; *R. c. Ostrowski*, [1990] 2 R.C.S. 82; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1906, ch. 146, art. 1014(2), (3) [abr. & rempl. 1923, ch. 41, art. 9].

Code criminel, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 1013(4), (5) [abr. & rempl. 1930, ch. 11, art. 28].

Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 613(1)(b)(iii).

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 265(4), 675(1)a, 676(1)a, 686(1) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145; mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], (4) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145], 691(2)a [abr. & rempl. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 9)].

Criminal Justice Act 1972 (U.K.), 1972, ch. 71, art. 36.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1994), 18 O.R. (3d) 221, 89 C.C.C. (3d) 425, 31 C.R. (4th) 374, 71 O.A.C. 340, qui a confirmé l'acquiescement de l'accusé prononcé par le juge Sheppard relativement à une accusation d'agression sexuelle. Pourvoi accueilli et tenue d'un nouveau procès ordonnée, le juge Major est dissident.

Susan L. Reid, pour l'appelante.

Lorne Levine, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Cory, McLachlin et Iacobucci rendu par

LE JUGE MCLACHLIN — M. Livermore est accusé d'agression sexuelle sur la personne d'une jeune fille de 15 ans, nommée Valerie. À l'époque de l'agression reprochée, Livermore était âgé de 28 ans. Les parties ont admis que Valerie et son amie Tasha, âgée de 14 ans, avaient volontairement accompagné Livermore et un autre jeune homme, le coaccusé, dans la voiture de Livermore, à leur sortie d'une pizzeria d'Oshawa, à 1 h 30 du matin. Livermore s'est alors dirigé vers un parc de stationnement derrière un immeuble d'habitation où les quatre ont pris de la bière et parlé. Tasha et Valerie ont témoigné que Tasha avait demandé de rentrer à la maison après environ 30 minutes; l'accusé a dit que les quatre avaient convenu de se rendre à un autre endroit. Livermore est passé devant

¹ MCLACHLIN J. — Mr. Livermore is charged with sexual assault of a 15-year-old girl, Valerie. At the time of the alleged assault, Livermore was 28 years old. It is common ground that Valerie and her 14-year-old friend Tasha had willingly gone with Livermore and another young man, the co-accused, who picked them up in Livermore's car at an Oshawa pizza store at 1:30 a.m. Livermore drove to a parking lot behind an apartment building where the four consumed some beer and talked. Both Tasha and Valerie testified that Tasha asked to go home after approximately 30 minutes; the accused stated that the four mutually agreed to drive to another location. Livermore drove past Tasha's building to a second parking lot, where the two girls exchanged seats. Livermore then drove to

a third parking lot where he had sexual intercourse with Valerie. After this he drove the two girls to Tasha's home.

Valerie testified that she resisted Mr. Livermore's advances throughout. She stated that although she told the accused to stop kissing her and pushed him away, he climbed over the gear shift, pulled her pants down and had sexual intercourse with her. She stated that she told him "no" during intercourse and tried to push him away. She testified that although the accused was not violent and the windows were open and the doors unlocked, she was afraid to scream or try to escape because in the movies "people that don't say nothing, don't do nothing, just get away". Valerie stated that when they arrived at Tasha's apartment, Livermore hugged her. Valerie said that it was possible that she had hugged him back, before saying "bye". When asked by counsel for the accused why, on returning to Tasha's apartment building, she didn't run into the apartment with Tasha to escape, she stated that she didn't because she didn't want the men "to know that anything was wrong".

The girls testified that on their return to Tasha's home they locked themselves in the bathroom and concocted a story to explain their absence to Tasha's mother. They told Tasha's mother a story that involved the presence of a third girl at the pizza store, whose threatening manner had prompted them to go with Livermore and the co-accused for safety. They also told her that Valerie had been raped. Valerie related the same story in her first statement to the police later that morning. She testified that the only part of the story that was untrue was the explanation of how the girls came to get into the car with Livermore and the co-accused. Valerie says she told her own mother the truth "from the start", at the hospital later in the

chez Tasha sans s'arrêter pour entrer dans un deuxième parc de stationnement où les deux jeunes filles ont changé de place. Livermore s'est ensuite dirigé vers un troisième parc de stationnement où il a eu des rapports sexuels avec Valerie. Il a par la suite reconduit les deux jeunes filles chez Tasha.

Valerie a témoigné que, tout au long de l'agression, elle avait résisté aux avances de M. Livermore. Elle a dit que, même si elle avait dit à l'accusé de cesser de l'embrasser et si elle l'avait repoussé, Livermore était passé par-dessus la boîte de vitesses, lui a descendu les pantalons et a eu des rapports sexuels avec elle. Elle a affirmé lui avoir dit «non» pendant les rapports sexuels et avoir essayé de le repousser. Elle a témoigné qu'elle avait eu peur de crier ou de tenter de s'enfuir, même si l'accusé n'était pas violent et si les fenêtres de la voiture étaient ouvertes et les portes non verrouillées, parce que dans les films [TRADUCTION] «les gens qui ne disent rien, ne font rien, réussissent à s'en sortir». Valerie a dit que Livermore l'avait étreinte lorsqu'ils sont arrivés à l'appartement de Tasha. Elle a affirmé qu'elle l'avait peut-être aussi étreint avant de lui dire «bonsoir». Lorsque l'avocat de l'accusé lui a demandé pourquoi elle n'était pas entrée en courant dans l'appartement avec Tasha lorsqu'elles sont arrivées chez Tasha, elle a répondu qu'elle ne l'avait pas fait parce qu'elle ne voulait pas que les hommes [TRADUCTION] «pensent qu'il y avait quelque chose qui n'allait pas».

Dans leur témoignage, les jeunes filles ont dit s'être enfermées dans la salle de bains à leur retour chez Tasha et avoir fabriqué une histoire pour expliquer leur absence à la mère de Tasha. Elles lui ont dit qu'il y avait à la pizzeria une troisième fille dont la conduite menaçante les avait incitées à partir avec Livermore et le coaccusé par souci de sécurité. Elles lui ont également dit que Valerie avait été violée. Valerie a raconté la même version de l'incident dans sa première déclaration à la police plus tard ce matin-là. Dans son témoignage, elle a affirmé que la seule partie de l'histoire qui n'était pas vraie était l'explication de la raison pour laquelle elles s'étaient retrouvées dans la voiture avec Livermore et le coaccusé. Valerie a men-

morning, and subsequently told the police the truth in a second statement. A medical examination of Valerie revealed extensive genital bruising consistent with "traumatic" or "very forceful" sexual intercourse.

4 Livermore's testimony contradicted Valerie's on the issue of consent. He testified that Valerie had been a willing partner while they mutually kissed and touched each other and that he climbed over the gear shift onto her side of the car after she touched his leg and penis. He stated that Valerie lowered her own pants and underpants prior to intercourse. Livermore testified that on the way back to Tasha's apartment, Tasha and Valerie discussed how they would explain their absence to Tasha's mother. He stated that Valerie hugged him before she left the car. Livermore also testified that he gave a slip of paper to Tasha on which he had written his name and telephone number before she and Valerie switched places in the car.

5 In his defence, Livermore maintained that Valerie had consented to the sexual intercourse. He also argued that, in light of Valerie's denial that she had consented, circumstances were such that he had entertained an honest but mistaken belief in consent. The trial judge put this defence to the jury, which acquitted him and his co-accused. The Ontario Court of Appeal dismissed the appeal: (1994), 18 O.R. (3d) 221. Abella J.A., dissenting, would have ordered a new trial.

6 Both in the Court of Appeal and in this Court, the Crown alleged that the trial judge made the following four errors:

(1) The trial judge erred in his review of Valerie's lack of consent and in his treatment of the jury's question on this issue;

tionné qu'elle avait dit la vérité à sa mère [TRADUCTION] «dès le départ», à l'hôpital plus tard dans la matinée, et qu'elle avait ensuite dit la vérité à la police dans une deuxième déclaration. Un examen médical a révélé que Valerie avait subi d'importantes meurtrissures dans la région génitale correspondant à des rapports sexuels [TRADUCTION] «traumatiques» ou «très vigoureux».

Dans son témoignage, Livermore a contredit Valerie sur la question du consentement. Il a dit que Valerie avait été consentante lorsqu'ils se sont embrassés et touchés et qu'il était passé de son côté de la voiture par-dessus la boîte de vitesses après qu'elle lui eut touché la jambe et le pénis. Il a dit que Valerie avait descendu ses pantalons et sa culotte avant les rapports sexuels. Il a ensuite ajouté que sur le chemin du retour, Tasha et Valerie avaient parlé de la façon dont elles expliqueraient leur absence à la mère de Tasha. Il a dit que Valerie l'avait étreint avant de descendre de la voiture. Livermore a aussi témoigné avoir remis un morceau de papier à Tasha sur lequel il avait écrit son nom et son numéro de téléphone avant que les deux jeunes filles changent de place dans la voiture.

Dans sa défense, Livermore a soutenu que Valerie avait consenti aux rapports sexuels. Il a aussi affirmé que, même si Valerie refusait d'admettre qu'elle avait consenti, les circonstances étaient telles qu'il avait eu une croyance sincère mais erronée au consentement. Le juge du procès a soumis cette défense au jury, qui les a acquittés, lui et son coaccusé. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté l'appel: (1994), 18 O.R. (3d) 221. Le juge Abella était dissidente et aurait ordonné la tenue d'un nouveau procès.

Tant devant la Cour d'appel que devant notre Cour, le ministère public a soutenu que le juge du procès avait commis les quatre erreurs suivantes:

(1) Le juge du procès a commis une erreur dans son examen du non-consentement de Valerie et dans sa réponse à la question du jury sur ce point;

Court of Appeal as, in essence, telling them they ought to try harder to remember the evidence. This was an inadequate response to the jury's question, which indicated difficulty on the main issue in the case — consent. Combined with the other errors, its effect is serious.

disant essentiellement au jury qu'il devait essayer davantage de se rappeler les témoignages. Ce n'était pas là une réponse appropriée à la question du jury, qui indiquait que ce dernier éprouvait de la difficulté avec la principale question en litige — le consentement. Conjuguée aux autres erreurs, cette réponse a une incidence grave.

10 The second error is that the trial judge failed, as required by law, to instruct the jury that Valerie's prior inconsistent statements were admitted on credibility only and not for the truth of their contents. Some of the trial judge's instructions suggested the prior statements could be relied on as evidence of what had happened. Had Valerie adopted the prior statements in her evidence at trial, no problem would have arisen. However, she did not adopt, but expressly rejected, a number of them. Some of the prior statements, if accepted for the truth of their contents, might have led the jury to a verdict which was not based on the evidence. In particular, Valerie's prior statements, denied at trial, that her pants were tight and that it was she who gave the respondent a hug outside the car, if believed, might have been used by the jury to draw the critical conclusion that Valerie consented. The majority of the Court of Appeal, while finding error on this point, suggested that it was less serious than it might have been since "the witnesses' prior inconsistent statements were used mainly to attack their credibility" (p. 231). With respect, this conclusion is no answer to the fact that the jury might well have concluded from the trial judge's direction that it could use the prior statements as proving the truth of their contents. This erroneous direction constitutes a significant error.

La deuxième erreur est que le juge du procès a omis d'indiquer au jury, comme l'exige la loi, que les déclarations antérieures incompatibles de Valerie ont été admises relativement à la question de la crédibilité seulement mais non comme faisant foi de leur contenu. Certaines des directives du juge du procès laissaient entendre que les déclarations antérieures pouvaient être utilisées comme preuve de ce qui s'était passé. Si, dans son témoignage au procès, Valerie avait confirmé les déclarations antérieures, il n'y aurait pas eu de problème. Cependant, elle ne l'a pas fait, mais a expressément rejeté un certain nombre d'entre elles. Certaines de ces déclarations antérieures, si elles avaient été acceptées comme faisant foi de leur contenu, auraient pu amener le jury à un verdict qui n'était pas fondé sur la preuve. Tout particulièrement, les déclarations antérieures de Valerie, contredites au procès, selon lesquelles elle portait des pantalons serrés et avait étreint l'intimé à l'extérieur de la voiture, auraient pu, si elles avaient été crues, amener le jury à tirer la conclusion fondamentale que Valerie avait consenti. La Cour d'appel à la majorité est arrivée à la conclusion qu'il y avait eu erreur sur ce point, mais a mentionné que cette erreur était moins grave qu'elle aurait pu l'être puisque [TRADUCTION] «les déclarations antérieures des témoins ont principalement servi à attaquer leur crédibilité» (p. 231). En toute déférence, cette conclusion n'apporte pas de solution au fait que le jury aurait pu, à partir des directives du juge du procès, décider qu'il pouvait se servir des déclarations antérieures comme faisant foi de leur contenu. Cette directive erronée constitue une erreur importante.

11 The third error lay in mischaracterizing the medical evidence. Dr. Flock testified that Valerie suffered genital bruising consistent with "very forceful" or "traumatic" intercourse. The trial

La troisième erreur est le fait que la preuve médicale a été mal qualifiée. Le Dr Flock a témoigné que Valerie avait subi des meurtrissures dans la région génitale correspondant à des rap-

- (2) The trial judge failed to instruct the jury that prior inconsistent statements not adopted by the witness do not constitute evidence;
- (3) The trial judge mischaracterized the medical evidence; and
- (4) The defence of honest but mistaken belief should not have been left with the jury.

In my view, the cumulative effect of the errors made at trial requires that the appeal be allowed and a new trial ordered, despite the heavy onus on the Crown when it seeks to have an acquittal set aside.

With respect to the first alleged error, Valerie's evidence was clear that she had repeatedly said "no" to Livermore and had resisted the assault. There is nothing in the record to indicate that her statements to the police or her testimony at the preliminary hearing were contradictory on this point. The contradiction with respect to her saying "no" to the co-accused when he tried to kiss her does not negate the consistency of her testimony with respect to Livermore. The trial judge in his charge to the jury did not mention Valerie's resistance and incorrectly stated that she had not said "no" to Livermore. Since the sole issue was consent, this constituted a serious error.

The jury was understandably confused by the trial judge's erroneous direction, as indicated by the question it put to the judge after an hour of deliberation:

The jury would like to hear evidence repeated with respect to the witness Valerie . . . answering to both the Crown and the defence questioning about when Valerie said, no, to Carson Livermore. Further, can we also hear Valerie's comments of, no, during the preliminary hearing? [Emphasis added.]

The judge's response to this question was accurately described by the dissenting judge in the

- (2) Le juge du procès a omis de dire au jury que des déclarations antérieures incompatibles non confirmées par le témoin ne constituent pas une preuve;
- (3) Le juge du procès a mal qualifié la preuve médicale;
- (4) La défense de croyance sincère mais erronée n'aurait pas dû être soumise à l'appréciation du jury.

À mon avis, vu l'effet cumulatif des erreurs commises au procès, il y a lieu d'accueillir le présent pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, malgré la lourde charge qui incombe au ministère public lorsqu'il cherche à faire annuler un acquittement.

En ce qui concerne la première erreur reprochée, le témoignage de Valerie était clair: elle avait à maintes reprises dit «non», et s'était opposée à l'agression. Rien au dossier n'indique que les déclarations que Valerie a faites à la police ou son témoignage à l'enquête préliminaire étaient contradictoires sur ce point. La contradiction relativement au fait qu'elle a dit «non» au coaccusé lorsque celui-ci a tenté de l'embrasser ne rend pas incompatible pour autant son témoignage relativement à Livermore. Dans ses directives au jury, le juge du procès n'a pas mentionné la résistance manifestée par Valerie et a incorrectement affirmé qu'elle n'avait pas dit «non» à Livermore. Puisque la seule question en litige portait sur le consentement, il s'agissait là d'une grave erreur.

Le jury a naturellement été dérouté par les directives erronées du juge du procès, comme l'indique la question qu'il a posée au juge une heure après le début des délibérations.

[TRADUCTION] Le jury aimerait réentendre la partie du témoignage de Valerie [. . .] lorsqu'elle a répondu au ministère public et à l'avocat de la défense qui lui demandaient quand elle avait dit «non» à Carson Livermore. Pourrions-nous aussi entendre les commentaires que Valerie a faits lors de l'enquête préliminaire relativement à son refus? [Je souligne.]

Comme le décrit fort bien le juge dissident de la Cour d'appel, le juge a répondu à cette question en

7

8

9

judge suggested to the jury that this evidence might not be very relevant since Livermore admitted that intercourse had taken place. The trial judge said:

As far as the medical evidence of Dr. Flock is concerned, this evidence would be relevant, particularly relevant, if there was a denial that any sexual intercourse or attempted sexual intercourse took place but there is no denial of that. It is admitted. But, the Crown would ask you to consider this evidence as an indication of the force which must have been used to have caused the bruising which the doctor described. Again, this is a fact which you will have to consider. [Emphasis added.]

I agree with the dissenting judge in the Court of Appeal that this passage might be taken as suggesting that the evidence of bruising was of little or no relevance, given the admission of intercourse. In fact, it may have been relevant as an indication of lack of consent or resistance. Since consent was the only issue, this misdirection too assumes significance.

It remains to consider the allegation that the trial judge should not have left the defence of honest but mistaken belief with the jury. The Court of Appeal was unanimous in concluding that it should not have, since the defence was unsupported by the evidence. I agree with that assessment.

Livermore testified that he believed Valerie was consenting to intercourse. The only question is whether there was sufficient foundation in the facts to lend an air of reality to the defence of mistaken but honest belief in consent. There was evidence that Valerie had said no; there was no evidence that she had said yes. The trial judge in putting this defence to the jury relied on the fact that the girls were out after midnight, that they willingly entered the car of the accused, that they changed seats without trying to escape, that the windows of the car were down and the doors unlocked, that the girls did not scream and the erroneous conclusion, discussed earlier in these reasons, that there was no

ports sexuels «très vigoureux» ou «traumatiques». Le juge du procès a indiqué au jury que cette preuve pourrait ne pas être très pertinente puisque Livermore avait admis l'existence des rapports sexuels. Il a dit:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la preuve médicale du D^r Flock, cette preuve serait pertinente, tout particulièrement pertinente, si l'on avait nié le fait qu'il y a eu rapports sexuels ou tentative de rapports sexuels; cependant, tel n'est pas le cas. Ce fait a été admis. Cependant, le ministère public vous demande de considérer cette preuve comme une indication de la force qui a dû être utilisée pour causer les meurtrissures décrites par le médecin. Encore une fois, c'est un fait que vous devrez examiner. [Je souligne.]

Je conviens avec le juge dissident de la Cour d'appel que l'on pourrait considérer ce passage comme signifiant que la preuve de l'existence de meurtrissures n'était pas ou presque pas pertinente, puisque les rapports sexuels ont été admis. En fait, elle aurait pu être pertinente à titre d'indication de l'absence de consentement ou de la résistance manifestée. Puisque le consentement était la seule question en litige, cette directive erronée prend aussi de l'importance.

Il reste à examiner l'argument que le juge du procès n'aurait pas dû soumettre au jury la défense de la croyance sincère mais erronée. La Cour d'appel à l'unanimité a conclu qu'il n'aurait pas dû le faire puisqu'il n'y avait pas d'élément de preuve à l'appui de cette défense. Je suis d'accord avec cette conclusion.

Livermore a témoigné qu'il croyait que Valerie consentait aux rapports sexuels. La seule question est de savoir si les faits rendent vraisemblable la défense de la croyance erronée mais sincère au consentement. Il existait une preuve que Valerie avait dit «non»; il n'en existait pas qu'elle avait dit «oui». En soumettant cette défense au jury, le juge du procès s'est fondé sur le fait que les jeunes filles n'étaient pas encore à la maison après minuit, qu'elles étaient volontairement montées dans la voiture de l'accusé, qu'elles avaient changé de place sans essayer de se sauver, que les fenêtres de la voiture étaient baissées et les portes non verrouillées et que les jeunes filles n'avaient pas crié,

12

13

evidence of verbal complaint. Abella J.A. was of the view that these circumstances did not provide the required air of reality to the defence of honest but mistaken belief in consent (at p. 226):

Not screaming, drinking beer while under age, being out at 1:00 a.m., parking, cavalierly trusting a stranger, switching places in a car after a casual physical encounter, and staying too long in a car someone else has control over, are neither individually nor collectively any basis at all, let alone realistic ones, for assuming that someone is agreeing to sexual intercourse. In my view, there were no reasonable grounds for the accused's beliefs found in the package of factors listed by the trial judge.

14 Galligan J.A., for the majority, suggested that "this case was one of consent or no consent and there was no air of reality to a defence of honest but mistaken belief in consent" (p. 232).

15 The common law has long recognized that defences for which there is no factual basis or evidentiary foundation should not be put to the jury. In *Pappajohn v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 120, this Court articulated the minimum threshold for mistake of fact defences, including an accused person's honest but mistaken belief in consent, as requiring an air of reality to be raised on the evidence and circumstances to support the defence. In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, Cory J. noted that the air of reality test as it relates to honest but mistaken belief in consent in all assault offences has been codified by the requirement in s. 265(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, that there be "sufficient evidence" in order for the judge to put the defence of mistake to the jury.

16 In *Pappajohn*, McIntyre J. described the air of reality threshold as follows: "to convey such a

ainsi que sur la conclusion erronée, que j'ai examinée dans les présents motifs, qu'il n'existait pas de preuve d'une plainte orale. Le juge Abella était d'avis que ces circonstances n'établissaient pas la vraisemblance requise relativement à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement (à la p. 226):

[TRADUCTION] Le fait de ne pas avoir crié, la consommation de bière par des mineures, le fait de ne pas être à la maison à une heure du matin, de se trouver dans un parc de stationnement, de se fier cavalièrement à un étranger, de changer de place dans une voiture après un contact physique sans importance et de rester trop longtemps dans la voiture de quelqu'un d'autre qui en a le contrôle, ne sont ni individuellement ni collectivement un fondement, encore moins un fondement réaliste, qui permet de supposer qu'une personne consent à des rapports sexuels. À mon avis, on ne trouve parmi les facteurs énumérés par le juge du procès, aucun motif raisonnable à l'appui des croyances de l'accusé.

Le juge Galligan, s'exprimant au nom de la majorité, affirme qu'il s'agissait [TRADUCTION] «d'un cas de consentement ou de non-consentement et qu'il n'y avait aucune vraisemblance à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement» (p. 232).

La common law reconnaît depuis longtemps que l'on ne devrait pas soumettre au jury les moyens de défense non fondés sur les faits ou sur la preuve. Dans l'arrêt *Pappajohn c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 120, notre Cour a formulé la norme minimale des défenses d'erreur de fait, y compris celle de la croyance sincère mais erronée au consentement, affirmant qu'une vraisemblance doit se dégager de la preuve et des circonstances pour appuyer cette défense. Dans *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, le juge Cory a affirmé que le critère de la vraisemblance relativement à la croyance sincère mais erronée au consentement dans tous les cas d'infractions de voies de fait a été codifié par l'exigence du par. 265(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, selon laquelle il doit y avoir une «preuve suffisante» pour que le juge puisse soumettre la défense d'erreur au jury.

Dans *Pappajohn*, le juge McIntyre a décrit le critère minimal de la vraisemblance en ces termes:

sense of reality, there must be some evidence which, if believed, would support the existence of a mistaken but honest belief that the complainant was in fact consenting to the acts of intercourse which admittedly occurred” (p. 128). He observed (at p. 133):

To require the putting of the alternative defence of mistaken belief in consent, there must be, in my opinion, some evidence beyond the mere assertion of belief in consent by counsel for the appellant. This evidence must appear from or be supported by sources other than the appellant in order to give it any air of reality.

He later clarified this statement in *R. v. Bulmer*, [1987] 1 S.C.R. 782, at p. 790:

These words appear, on occasion, to have been misunderstood, but I do not withdraw them. 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 The question [the trial judge] must answer is this. In all the circumstances of this case, is there any reality in the defence?

McIntyre J. in *Pappajohn* was alive to the fact that, absent a requirement that the evidence lend an air of reality to the defence of mistake of fact, the defence could be put forward by the accused in every case of sexual assault merely by the accused’s assertion that he believed the complainant consented, to the confusion of the jury and at the risk of a false verdict. Evidence lending an air of reality to the defence may come from the accused or from other sources: *Osolin, supra*, at pp. 686-87 *per* Cory J. and at p. 649 *per* McLachlin J. Nevertheless, the threshold of “sufficient evidence” — the air of reality test — must be maintained if we are to ensure that the defence is one which is not spurious, but founded on the evidence.

The defence of mistake of fact in the context of sexual assault involves two elements: (1) that the accused honestly believed the complainant consented; and (2) that the accused have been mistaken in this belief. In order for the defence to be

«pour qu’il y ait vraisemblance, il doit y avoir une preuve qui, si on la croit, appuiera l’existence d’une croyance erronée mais sincère que la plaignante consentait en fait aux rapports sexuels qui ont effectivement eu lieu» (p. 128). Il fait remarquer, à la p. 133:

Pour exiger que soit soumis le moyen de défense subsidiaire de croyance erronée au consentement, il faut, à mon avis, d’autres preuves que la simple affirmation par l’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.

Il a plus tard clarifié cet énoncé dans *R. c. Bulmer*, [1987] 1 R.C.S. 782, aux pp. 790 et 791:

Ces termes paraissent, à l’occasion, avoir été mal interprétés, mais je ne me rétracte pas. 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. [. . .] La question à laquelle [le juge du procès] doit répondre est la suivante. Vu toutes les circonstances de l’espèce, le moyen de défense paraît-il vraisemblable?

Dans *Pappajohn*, le juge McIntyre était conscient du fait que, si l’on n’exigeait pas que la preuve rende vraisemblable la défense d’erreur de fait, l’accusé pourrait soulever ce moyen de défense dans tous les cas d’agression sexuelle simplement en affirmant qu’il croyait au consentement de la plaignante, ce qui jetterait la confusion dans l’esprit du jury et risquerait d’aboutir à un verdict erroné. La preuve qui rend la défense vraisemblable peut provenir de l’accusé ou d’autres sources: *Osolin, précité*, aux pp. 686 et 687, le juge Cory, et à la p. 649, le juge McLachlin. Néanmoins, le critère minimal d’une «preuve suffisante» — le critère de la vraisemblance — doit être maintenu si nous voulons nous assurer que la défense ne sera pas une défense fallacieuse, mais bien une défense fondée sur la preuve.

La défense d’erreur de fait dans le contexte de l’agression sexuelle comporte deux éléments: (1) l’accusé doit avoir cru sincèrement au consentement de la plaignante, et (2) l’accusé doit avoir eu cette croyance erronément. Pour que la défense

put to the jury, there must be evidence lending an air of reality to both of these elements. Typically, the second element is established through the assertion by the accused or counsel for the accused that he believed the complainant consented although her evidence is to the contrary. It is in relation to the first element — honest belief — that difficulties arise in establishing an air of reality. In order for the belief to be honestly held, the accused cannot have been wilfully blind about whether consent was given: *Sansregret v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 570. Furthermore, since recklessness about whether there was consent constitutes one aspect of the *mens rea* of sexual assault (*Pappajohn, supra*, at p. 146), the accused cannot have been reckless in his belief that there was consent. While the belief need not be reasonable, there must be something in the evidence of the circumstances surrounding the alleged assault which lends an air of reality to an honest belief in consent.

puisse être soumise au jury, la preuve doit rendre vraisemblables ces deux éléments. Ordinairement, le second élément est établi lorsque l'accusé ou son avocat affirme qu'il croyait au consentement de la plaignante même si celle-ci a prétendu le contraire dans son témoignage. C'est relativement au premier élément — la croyance sincère — que l'on a des difficultés à établir une vraisemblance. Pour qu'il s'agisse d'une croyance sincère, l'accusé ne peut avoir fait preuve d'ignorance volontaire quant au consentement: *Sansregret c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 570. Par ailleurs, puisque l'insouciance quant au consentement constitue un aspect de la *mens rea* de l'agression sexuelle (*Pappajohn*, précité, à la p. 146), l'accusé ne peut avoir fait preuve d'insouciance dans sa croyance au consentement. Bien que la croyance n'ait pas besoin d'être raisonnable, il doit y avoir dans la preuve relative aux circonstances entourant l'agression reprochée quelque chose qui rend vraisemblable une croyance sincère au consentement.

19

In the case at bar, the accused testified that he believed Valerie consented, contrary to her evidence that she resisted intercourse throughout. The element of mistake is made out. There is no evidence, however, which lends an air of reality to the assertion by the accused that he had an honest belief in Valerie's consent to intercourse. The evidence of Livermore was that Valerie clearly consented. The evidence of Valerie was that, far from consenting, she resisted and repeatedly said "no". Tasha's testimony corroborated Valerie's testimony in this regard. The question to be answered is whether there was evidence adduced which would nonetheless lend an air of reality to the creation in the accused's mind of an honest belief that Valerie was consenting notwithstanding the fact that their testimony on the central issue of consent was so diametrically opposed. In other words, was there a realistic evidentiary basis, upon which the jury could conclude that what really happened was a third version, that is, lack of consent but honest mistake by Livermore that it had been given. In my view, there was none.

En l'espèce, l'accusé a témoigné qu'il croyait que Valerie consentait, contrairement au témoignage de celle-ci qu'elle avait résisté tout au long des rapports sexuels. L'élément d'erreur est établi. Cependant, il n'y a pas de preuve qui rende vraisemblable l'affirmation de l'accusé qu'il croyait sincèrement que Valerie consentait aux rapports sexuels. Le témoignage de Livermore était que Valerie avait clairement consenti. Par contre, dans son témoignage, Valerie a dit que, loin d'avoir consenti, elle avait résisté et avait répété «non» à maintes reprises. Le témoignage de Tasha corroborait celui de Valerie sur ce point. Il s'agit de déterminer si l'on a présenté une preuve selon laquelle il serait néanmoins vraisemblable que l'accusé ait pu croire sincèrement au consentement de Valerie, même si leur témoignage respectif était si diamétralement opposé sur la question primordiale du consentement. En d'autres termes, existait-il un élément de preuve vraisemblable, permettant au jury de conclure à l'existence d'une troisième version, c'est-à-dire qu'il y avait absence de consentement mais que Livermore avait sincèrement mais erronément cru à l'existence de ce consentement. À mon avis, il n'en existait pas.

The accused's bare assertion that he "believed" that the complainant consented must be supported by something in the circumstances that suggests that he may honestly have held such a belief: *Pappajohn, supra*. Otherwise, the goal of screening out the spurious defence based on nothing but the accused's facile assertion of belief will be thwarted. Examples of such circumstances are well documented in the jurisprudence. For example, sexually aggressive conduct by the complainant, a previous relationship of intimacy coupled with no reason to suspect a change of heart, and the case of the known prostitute are frequently cited as examples of situations in which an honest mistake may be made as to consent. Similarly, as noted in *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, independent evidence, particularly real evidence, may lend an air of reality to the defence: at pp. 851-52 *per* L'Heureux-Dubé J. If there is no evidence permitting an inference that the accused honestly believed in consent, then the accused in assuming consent must be taken to have closed his eyes to whether there was real consent, i.e., he must have been wilfully blind or reckless as to whether there was consent. In such a case, the required air of reality on the element of the honesty of the accused's belief will be lacking.

I agree with Abella J.A. that evidence of being out late, drinking beer and switching seats in a car is incapable of providing a foundation for an honest belief in consent to sexual intercourse. Such conduct, being equally consistent with non-consent as with consent, lacks any probative value on the issue. A man who assumes that equivocal acts such as these amount to consent to intercourse is assuming consent not on the basis of the circumstances, but as a result of recklessness or wilful blindness. The fact that the girls had an opportunity to leave the car before there was any indication that the accused had sexual intercourse in mind does not give rise to an inference of consent. The fact that Valerie did not scream although the car windows were open does not lend an air of reality to the defence: the two men were twice Valerie's age.

La simple affirmation par l'accusé qu'il «croyait» au consentement de la plaignante doit être étayée par quelque chose dans les circonstances qui laisse croire qu'il pouvait sincèrement avoir cette croyance: *Pappajohn*, précité. Sinon, on va à l'encontre de l'objectif d'écarter la défense fallacieuse qui ne serait fondée que sur l'affirmation creuse d'une croyance par l'accusé. La jurisprudence regorge d'exemples de telles circonstances. Ainsi, le cas d'une conduite sexuellement agressive par la plaignante, celui où il y a eu antérieurement des rapports intimes et où l'on n'a aucun motif de soupçonner un changement d'attitude et celui de la prostituée notoire sont des exemples souvent cités de situations où il pourrait y avoir une croyance sincère au consentement. De même, comme notre Cour l'a fait remarquer dans *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, une preuve indépendante, tout particulièrement une preuve matérielle, peut rendre la défense vraisemblable: le juge L'Heureux-Dubé, aux pp. 851 et 852. S'il n'existe pas de preuve permettant d'inférer qu'il croyait sincèrement au consentement, on doit conclure que l'accusé ne s'est pas préoccupé de savoir s'il existait un consentement véritable lorsqu'il en a présumé l'existence, c'est-à-dire qu'il doit avoir fait preuve d'ignorance volontaire ou d'insouciance relativement à l'existence du consentement. Dans un tel cas, l'élément de sincérité de la croyance de l'accusé n'aura pas la vraisemblance requise.

Je conviens avec le juge Abella que la preuve qu'une personne sort à des heures tardives, boit de la bière et change de place dans une voiture ne permet pas d'établir le fondement d'une croyance sincère au consentement à des rapports sexuels. Une telle conduite, que l'on peut tout autant associer au consentement qu'à l'absence de consentement, n'a aucune valeur probante sur la question en litige. Un homme qui suppose que des actes équivoques comme ceux-là constituent un consentement aux rapports sexuels fonde l'existence de ce consentement non pas sur les circonstances, mais sur son insouciance ou son ignorance volontaire. Même si les jeunes filles ont eu l'occasion de sortir de la voiture avant que l'accusé ait manifesté son intention d'avoir des rapports sexuels, on ne peut en inférer le consentement. Le fait que Valerie n'a pas

The fact that the accused hugged Valerie when she left the car (whether initiated by her or not), the fact that he gave Tasha a slip of paper with his name and phone number on it, the fact that Valerie and Tasha did not flee when finally they returned to Tasha's apartment, are relevant to Valerie's credibility as a witness. However, even if believed, they are insufficient to lend an air of reality to an honest belief in consent.

22 To put it in the language of Galligan J.A., for the majority, the case was one of consent or no consent. There was nothing in the evidence which supported a third version that Valerie had not consented but that Livermore honestly believed that she had. We are therefore left with his bare assertion of belief. On the jurisprudence of this Court, this is insufficient to lend an air of reality to the defence of honest but mistaken belief. I conclude that the trial judge erred in putting the defence of honest but mistaken belief to the jury.

23 It remains to consider whether a new trial should be ordered notwithstanding the acquittal at trial. The test for setting aside an acquittal and directing a new trial was set out by Sopinka J. in *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 374:

An accused who has been acquitted once should not be sent back to be tried again unless it appears that the error at the first trial was such that there is a reasonable degree of certainty that the outcome may well have been affected by it.

24 In this case, we have no way of knowing whether the jury acquitted because it had a reasonable doubt about whether Valerie consented, or whether it acquitted on the basis of a defence which should not have been left with it. The cumulative effect of the numerous errors in this case is

crié, même si les fenêtres étaient ouvertes, ne rend pas la défense vraisemblable: les deux hommes étaient deux fois plus âgés que Valerie. Le fait que l'accusé a serré Valerie dans ses bras lorsqu'elle est sortie de la voiture (qu'elle en ait été ou non l'instigatrice), le fait qu'il a remis à Tasha un morceau de papier portant son nom et son numéro de téléphone et le fait que Valerie et Tasha ne se sont pas enfuies dès qu'elles sont finalement arrivées à l'appartement de Tasha sont des éléments pertinents relativement à la crédibilité de Valerie comme témoin. Cependant, même si l'on y ajoutait foi, ces faits ne suffisent pas à rendre vraisemblable une croyance honnête au consentement.

Pour reprendre les termes du juge Galligan, s'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, le litige porte sur le consentement ou le non-consentement. La preuve n'appuie aucunement l'existence d'une troisième version, soit que Valerie n'aurait pas consenti, mais que Livermore aurait sincèrement cru à ce consentement. Il n'existe donc que sa simple affirmation de croyance. Selon la jurisprudence de notre Cour, cela ne suffit pas à rendre vraisemblable la défense de croyance sincère mais erronée. Je conclus que le juge du procès a commis une erreur lorsqu'il a soumis cette défense au jury.

Il reste à déterminer s'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, malgré l'acquiescement prononcé en première instance. Le juge Sopinka a formulé le critère qu'il faut appliquer pour annuler un acquiescement et ordonner la tenue d'un nouveau procès dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, à la p. 374:

Un accusé qui a déjà été acquitté une fois ne devrait pas être renvoyé à un nouveau procès s'il n'est pas évident que l'erreur qui entache le premier procès était telle qu'il y a un degré raisonnable de certitude qu'elle a bien pu influencer sur le résultat.

En l'espèce, nous n'avons aucun moyen de savoir si le jury a rendu un verdict d'acquiescement parce qu'il avait un doute raisonnable quant au consentement de Valerie ou parce qu'il s'est fondé sur une défense qui n'aurait pas dû lui être soumise. L'effet cumulatif des nombreuses erreurs

such that the *Morin* test is made out. Absent the significant errors at trial, a reasonable jury properly charged may well have reached a different verdict. I would allow the appeal, set aside the acquittal and direct a new trial.

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

LA FOREST J. — I agree with the reasons of Abella J.A., the dissenting judge in the Court of Appeal ((1994), 18 O.R. (3d) 221), and would on that basis allow the appeal and order a new trial. The defence of honest but mistaken belief did not form part of the dissent, and this appeal being as of right, that issue is not before us.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — For the reasons of Abella J.A., dissenting in the Court of Appeal ((1994), 18 O.R. (3d) 221), I would allow the appeal and order a new trial.

As regards the defence of honest but mistaken belief, that issue is not before us since it was unanimously held by the Court of Appeal that "this case was one of consent or no consent and there was no air of reality to a defence of honest but mistaken belief in consent" (p. 232). This appeal is an appeal as of right based on the dissent of Abella J.A. in the Court of Appeal on the sole questions raised in that dissent, no leave to appeal having been granted on that issue.

In any event, with respect to that defence, I refer to my reasons for the majority of the Court in *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836.

Finally, I cannot but express my strong disagreement with my colleague Justice Major's positions on both issues considered, namely the Crown's

commises en l'espèce est tel qu'il a été satisfait au critère formulé dans *Morin*. N'eussent été les erreurs importantes commises au procès, un jury raisonnable ayant reçu des directives appropriées aurait bien pu arriver à un verdict différent. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'acquiescement et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

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

LE JUGE LA FOREST — Je suis d'accord avec les motifs de dissidence du juge Abella de la Cour d'appel ((1994), 18 O.R. (3d) 221) et, en conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. La question de la défense de croyance sincère mais erronée n'était pas incluse dans la dissidence et, puisque le présent pourvoi est formé de plein droit, nous ne sommes donc pas saisis de cette question.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Pour les motifs de madame le juge Abella de la Cour d'appel, dissidente ((1994), 18 O.R. (3d) 221), j'accueillerais le pourvoi et j'ordonnerais la tenue d'un nouveau procès.

Nous ne sommes pas saisis de la question de la défense de croyance sincère mais erronée puisque la Cour d'appel a été unanime à conclure qu'il s'agissait [TRADUCTION] «d'un cas de consentement ou de non-consentement et qu'il n'y avait aucune vraisemblance à la défense de croyance sincère mais erronée au consentement» (p. 232). Le présent pourvoi, formé de plein droit, est fondé sur la dissidence de madame le juge Abella de la Cour d'appel sur les seuls points soulevés dans cette dissidence, aucune autorisation de pourvoi n'ayant été accordée sur cette question.

À tout événement, en ce qui concerne cette défense, je m'en remets à mes motifs dans *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836.

Finalement, je ne puis m'empêcher d'exprimer mon entier désaccord avec les positions adoptées par mon collègue le juge Major sur les deux ques-

25

26

27

28

29

right of appeal as a matter of law, a point not discussed before us, and on the facts of this case as well as his analysis of the alleged errors committed by the trial judge.

The following are the reasons delivered by

30 SOPINKA J. — I agree with Justice McLachlin for the reasons that she gives that a new trial should be ordered by reason of the first three errors found by the Court of Appeal ((1994), 18 O.R. (3d) 221). However, I agree with Justice L'Heureux-Dubé that the issue of honest but mistaken belief is not before us.

The following are the reasons delivered by

MAJOR J. (dissenting) —

I. Introduction

31 The appellant is appealing an acquittal following a trial by judge and jury. In order to succeed the appellant must satisfy the court to a reasonable certainty that the verdict would not necessarily have been the same had the jury been properly instructed. In my opinion the appellant has failed to do so.

II. Statutory Provisions

32 Section 686(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, sets out the Crown's right of appeal from a verdict of acquittal:

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, or

(ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for

tions examinées, soit le droit d'appel du ministère public en tant que question de droit, un point qui n'a pas été débattu devant nous, et les faits de l'affaire, ainsi qu'avec son analyse des erreurs qu'aurait commises le juge du procès.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE SOPINKA — Pour les motifs donnés par le juge McLachlin, je souscris à son opinion selon laquelle il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès compte tenu des trois premières erreurs constatées par la Cour d'appel ((1994), 18 O.R. (3d) 221). Cependant, je suis d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire que nous ne sommes pas saisis en l'espèce de la question de la croyance sincère mais erronée.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) —

I. Introduction

L'appelante se pourvoit contre le verdict d'acquiescement prononcé à l'issue d'un procès devant juge et jury. Pour avoir gain de cause, l'appelante doit convaincre la Cour avec un degré raisonnable de certitude que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées. À mon avis, l'appelante n'y est pas parvenue.

II. Dispositions législatives

Le paragraphe 686(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, établit le droit du ministère public d'en appeler d'un verdict d'acquiescement:

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,

(ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable,

the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

This provision is different from the rights of an accused person appealing a conviction. Section 686(1) sets out the powers of the Court of Appeal on appeals from conviction:

686. (1) On the hearing of an appeal against a conviction or against a verdict that the appellant is unfit to stand trial or not criminally responsible on account of mental disorder, the court of appeal

(a) may allow the appeal where it is of the opinion that

(i) the verdict should be set aside on the ground that it is unreasonable or cannot be supported by the evidence,

(ii) the judgment of the trial court should be set aside on the ground of a wrong decision on a question of law, or

(iii) on any ground there was a miscarriage of justice;

(b) may dismiss the appeal where

(iii) notwithstanding that the court is of the opinion that on any ground mentioned in subparagraph (a)(ii) the appeal might be decided in favour of the appellant, it is of the opinion that no substantial wrong or miscarriage of justice has occurred;

Where an accused appeals from a conviction at trial, the onus is on him or her to establish that errors were made on the grounds laid out in s. 686(1)(a)(i), (ii) or (iii). Once the accused has discharged this burden, the Court of Appeal must allow the appeal unless the Crown can satisfy it, pursuant to s. 686(1)(b)(iii), that notwithstanding those errors there was no substantial wrong or miscarriage of justice.

However, when the verdict at trial is an acquittal, the Crown appellant, unlike an accused, does not benefit from the *prima facie* assumption that an error warrants a new trial. The onus is on the

et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

L'accusé qui interjette appel d'un verdict de culpabilité a des droits différents. Le paragraphe 686(1) établit les pouvoirs de la cour d'appel quant aux appels interjetés d'une déclaration de culpabilité:

686. (1) Lors de l'audition d'un appel d'une déclaration de culpabilité ou d'un verdict d'inaptitude à subir son procès ou de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux, la cour d'appel:

a) peut admettre l'appel, si elle est d'avis, selon le cas:

(i) que le verdict devrait être rejeté pour le motif qu'il est déraisonnable ou ne peut pas s'appuyer sur la preuve,

(ii) que le jugement du tribunal de première instance devrait être écarté pour le motif qu'il constitue une décision erronée sur une question de droit,

(iii) que, pour un motif quelconque, il y a eu erreur judiciaire;

b) peut rejeter l'appel, dans l'un ou l'autre des cas suivants:

(iii) bien qu'elle estime que, pour un motif mentionné au sous-alinéa a)(ii), l'appel pourrait être décidé en faveur de l'appelant, elle est d'avis qu'aucun tort important ou aucune erreur judiciaire grave ne s'est produit;

Lorsqu'un accusé interjette appel du verdict de culpabilité prononcé au procès, il a la charge d'établir que des erreurs ont été commises selon les motifs énoncés aux al. 686(1)a)(i), (ii) et (iii). Si l'accusé y parvient, la cour d'appel doit accueillir l'appel à moins que le ministère public ne puisse la convaincre que, selon l'al. 686(1)b)(iii), nonobstant ces erreurs, aucun tort important n'a été causé ou aucune erreur judiciaire grave n'a été commise.

Toutefois, lorsqu'un acquittement est prononcé au procès, le ministère public appelant, au contraire de l'accusé, ne bénéficie pas de la présomption *prima facie* qu'une erreur commande un nou-

33

34

35

Crown from the outset to establish that the errors complained of materially affected the verdict, such that a new trial is justified.

III. Historical Overview

36 At common law, there was no appeal from a verdict of acquittal. It remains the case in England that the Crown has no right of appeal from an acquittal, although the Attorney General has the right to refer any point of law that arose in the case to the Court of Appeal for their opinion: *Criminal Justice Act 1972* (U.K.), 1972, c. 71, s. 36. The reference does not affect the acquittal.

37 It was not until 1923 that the *Criminal Code* of Canada provided for appeals in criminal cases: S.C. 1923, c. 41, s. 9. At that time, only convictions could be appealed. Section 1014(3) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1906, c. 146, provided that the Court of Appeal could allow the appeal and either quash the conviction and enter a verdict of acquittal, or order a new trial. Section 1014(2) of the *Criminal Code* provided that the court could dismiss the appeal, notwithstanding any errors at trial, if no substantial wrong or miscarriage of justice had occurred.

38 It was not until 1930 that the Attorney General was provided with a right of appeal from acquittal by virtue of s. 1013(4) and (5) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, amended S.C. 1930, c. 11, s. 28, which provided:

1013. . . .

(4) Notwithstanding anything in this Act contained, the Attorney General shall have the right to appeal to the court of appeal against any judgment or verdict of acquittal of a trial court in respect of an indictable offence on any ground of appeal which involves a question of law alone.

(5) The procedure upon such an appeal and the powers of the court of appeal, including the power to grant a new trial, shall *mutatis mutandis* and so far as the same are applicable to appeals upon a question of law alone,

veau procès. Le ministère public a la charge dès le début d'établir que les erreurs dont il se plaint ont influé sur le verdict d'une manière si importante que cela justifie un nouveau procès.

III. Aperçu historique

En common law, il n'y avait pas d'appel d'un verdict d'acquiescement. C'est toujours le cas en Angleterre, où le ministère public n'a pas le droit d'interjeter appel d'un acquiescement, bien que le procureur général ait le droit de demander à la cour d'appel de se prononcer sur toute question de droit soulevée par une affaire: *Criminal Justice Act 1972* (R.-U.), 1972, ch. 71, art. 36. Ce renvoi à la cour d'appel ne touche pas l'acquiescement.

Ce n'est qu'en 1923 que le *Code criminel* du Canada a prévu l'appel en matière criminelle: S.C. 1923, ch. 41, art. 9. À l'époque, seules les déclarations de culpabilité pouvaient faire l'objet d'un appel. Le paragraphe 1014(3) du *Code criminel*, S.R.C. 1906, ch. 146, prévoyait que la cour d'appel pouvait accueillir l'appel et, soit annuler la déclaration de culpabilité et inscrire un verdict d'acquiescement, soit ordonner la tenue d'un nouveau procès. Le paragraphe 1014(2) du *Code criminel* prévoyait que la cour pouvait rejeter l'appel, nonobstant toute erreur au procès, si aucun tort important n'avait été causé ou aucune erreur judiciaire commise.

Ce n'est qu'en 1930 que le procureur général a obtenu le droit d'interjeter appel d'un acquiescement en vertu des par. 1013(4) et (5) du *Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, modifié par S.C. 1930, ch. 11, art. 28, qui prescrivaient:

1013. . . .

(4) Par dérogation aux dispositions contenues dans la présente loi, le procureur général a le droit d'interjeter appel à la cour d'appel de tout jugement ou verdict d'acquiescement d'une cour de première instance à l'égard d'un acte criminel sur tout motif d'appel qui comporte une question de droit seulement.

(5) La procédure relative à cet appel et les pouvoirs de la cour d'appel, y compris le pouvoir d'accorder un nouveau procès, sont semblables *mutatis mutandis* et, autant qu'ils sont applicables aux appels sur une ques-

be similar to the procedure prescribed and the powers given by sections one thousand and twelve to one thousand and twenty-one of this Act, inclusive, and the Rules of Court passed pursuant thereto, and to section five hundred and seventy-six of this Act.

The Attorney General was thereby granted the same rights of appeal as an accused. Appellate courts, however, held that the Crown was not entitled to the *prima facie* assumption that an error at trial warranted allowing the appeal unless there had been no miscarriage of justice: *R. v. Curlett* (1936), 66 C.C.C. 256 (Alta. C.A.), *R. v. Bourgeois* (1937), 69 C.C.C. 120 (Sask. C.A.).

In *White v. The King*, [1947] S.C.R. 268, and *Cullen v. The King*, [1949] S.C.R. 658, the Supreme Court of Canada concluded that the Crown could invoke the curative provision of s. 1014(2) in the same way as an accused appealing a conviction. In *White* the Court stated the test for an appeal by the Crown, at p. 276:

... the proper rule to be followed by the Court of Appeal was that the onus was on the Crown to satisfy the Court that the verdict would not necessarily have been the same if the magistrate had properly directed himself.

The 1954 revision of the *Criminal Code* set out the current provisions regarding appeals from acquittal by the Attorney General. The explicit reference that the Crown would have the same rights as the accused on an appeal, *mutatis mutandis*, was removed. In subsequent cases appellate courts generally maintained that it was the Crown's onus to establish that, not only had error or misdirection occurred, but the verdict was affected: *R. v. Savoie* (1956), 117 C.C.C. 327 (N.B.C.A.); *R. v. Forgeron* (1958), 121 C.C.C. 310 (N.S.S.C.); *R. v. Paquette* (1974), 19 C.C.C. (2d) 154 (Ont. C.A.).

The Supreme Court of Canada confirmed this view in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277. Martland J. held that the sections of the *Code* deal-

tion de droit seulement, à la procédure prescrite et aux pouvoirs conférés par les articles mille douze à mille vingt et un de la présente loi, les deux compris, et les règles de cour établies sous le régime desdits articles, et par l'article cinq cent soixante-seize de la présente loi.

Ces dispositions conféraient au procureur général des droits d'appel identiques à ceux de l'accusé. Les cours d'appel ont cependant statué que le ministère public n'avait pas droit à la présomption *prima facie* selon laquelle une erreur commise au procès commandait que l'appel soit accueilli à moins qu'il n'y ait pas eu d'erreur judiciaire: *R. c. Curlett* (1936), 66 C.C.C. 256 (C.A. Alb.), *R. c. Bourgeois* (1937), 69 C.C.C. 120 (C.A. Sask.).

Dans *White c. The King*, [1947] R.C.S. 268 et *Cullen c. The King*, [1949] R.C.S. 658, la Cour suprême du Canada a conclu que le ministère public pouvait avoir recours à la disposition réparatrice du par. 1014(2) de la même façon que l'accusé qui interjette appel d'un verdict de culpabilité. Dans *White*, à la p. 276, la Cour a énoncé le critère qui s'appliquait à un appel interjeté par le ministère public:

[TRADUCTION] ... la règle que la cour d'appel se devait de suivre était celle selon laquelle le ministère public avait la charge de convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le juge s'était bien dirigé en droit.

Les dispositions actuelles du *Code criminel* concernant les appels interjetés par le ministère public contre un acquittement sont apparues dans la révision de 1954. L'octroi explicite au ministère public de droits identiques, *mutatis mutandis*, à ceux de l'accusé a été retiré. Dans les arrêts qu'elles ont rendus par la suite, les cours d'appel ont généralement maintenu qu'il incombait au ministère public d'établir que, non seulement il y a eu erreur ou directive erronée, mais que cela a influé sur le verdict: *R. c. Savoie* (1956), 117 C.C.C. 327 (C.A.N.-B.); *R. c. Forgeron* (1958), 121 C.C.C. 310 (C.S.N.-É.); *R. c. Paquette* (1974), 19 C.C.C. (2d) 154 (C.A. Ont.).

La Cour suprême du Canada a confirmé ce point de vue dans *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277. Le juge Martland a statué que les articles du

39

40

41

42

ing with appeals by the Crown did not contain any provision equivalent to s. 613(1)(b)(iii) (now s. 686(1)(b)(iii)). Martland J. observed that the provisions of the *Criminal Code* had changed since *White* and *Cullen*, but concluded that the onus on the Crown remained the same (at p. 292):

In the present case, therefore, it was the duty of the Crown, in order to obtain a new trial, to satisfy the Court that the verdict would not necessarily have been the same if the trial judge had properly directed the jury.

43

In more recent years, this Court has emphasized that the onus on the Crown is a heavy one. In *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, Sopinka J. stated (at p. 374):

The onus resting on the Crown when it appeals an acquittal was settled in *Vézeau v. The Queen*, [1977] 2 S.C.R. 277. It is the duty of the Crown to satisfy the court that the verdict would not necessarily have been the same if the jury had been properly instructed.

I am prepared to accept that the onus is a heavy one and that the Crown must satisfy the court with a reasonable degree of certainty. An accused who has been acquitted once should not be sent back to be tried again unless it appears that the error at the first trial was such that there is a reasonable degree of certainty that the outcome may well have been affected by it. Any more stringent test would require an appellate court to predict with certainty what happened in the jury room. That it cannot do. [Emphasis added.]

44

In *R. v. Evans*, [1993] 2 S.C.R. 629, the Court reiterated that the onus on the Crown is a heavy one, and the Crown must satisfy the court "with a reasonable degree of certainty" (p. 645) that the verdict would not necessarily have been the same had the error not occurred. Cory J. noted Canada's generally liberal approach to Crown appeals in contrast to other jurisdictions (at pp. 645-46):

In setting the standard for reversal, it is worth observing that, among the major English-speaking common-

Code se rapportant aux appels interjetés par le ministère public ne comportaient aucune disposition équivalente à l'al. 613(1)(b)(iii) (maintenant l'al. 686(1)(b)(iii)). Le juge Martland a fait observer que les dispositions du *Code criminel* avaient changé depuis les arrêts *White* et *Cullen*, mais que l'étendue de la charge qui incombe au ministère public était restée la même (à la p. 292):

Dans la présente affaire, par conséquent, il incombait au ministère public, pour obtenir un nouveau procès, de convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le juge du procès avait correctement donné ses directives au jury.

Plus récemment, notre Cour a fait ressortir que la charge du ministère public est lourde. Dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, le juge Sopinka a affirmé (à la p. 374):

L'étendue de la charge qui incombe à la poursuite quand elle en appelle d'un acquittement a été établie dans l'arrêt *Vézeau c. La Reine*, [1977] 2 R.C.S. 277. La poursuite a l'obligation de convaincre la Cour que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées.

Je reconnais volontiers que cette charge est lourde et que la poursuite doit convaincre la cour avec un degré raisonnable de certitude. Un accusé qui a déjà été acquitté une fois ne devrait pas être renvoyé à un nouveau procès s'il n'est pas évident que l'erreur qui entache le premier procès était telle qu'il y a un degré raisonnable de certitude qu'elle a bien pu influencer sur le résultat. Tout critère plus strict exigerait qu'une cour d'appel prédise avec certitude ce qui s'est passé dans la salle de délibérations, ce qu'elle ne peut faire. [Je souligne.]

Dans *R. c. Evans*, [1993] 2 R.C.S. 629, la Cour a rappelé que la charge du ministère public est lourde et que ce dernier doit convaincre la cour «avec un degré raisonnable de certitude» (p. 645) que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si l'erreur n'avait pas été commise. Le juge Cory a signalé la démarche généralement souple adoptée par le Canada sur la question des appels interjetés par le ministère public, comparativement à celle d'autres ressorts (aux pp. 645 et 646):

Lorsqu'il s'agit d'établir les critères applicables à l'inversion de la charge, il convient de signaler que,

law jurisdictions, Canada appears to possess the most liberal provisions for Crown appeals. In some jurisdictions, particularly in the United States, the prosecution is limited to interlocutory appeals from unfavourable rulings made before a verdict is reached. Other jurisdictions permit prosecution appeals in limited circumstances such as where the information is quashed; where the trial is held to be a nullity or where a directed verdict of acquittal is entered

Among appellate courts there has always been a great deal of healthy respect for and deference to a jury verdict of acquittal. This deferential approach is appropriate and correct. The special significance of a verdict of acquittal by a jury has also been recognized by this Court in *R. v. Kirkness*, [1990] 3 S.C.R. 74. There on behalf of the majority it was said at p. 83:

The verdict of the jury constitutes, in a very real way, the verdict of the community. Trial by jury in criminal cases is a process that functions exceedingly well and constitutes a fundamentally important aspect of our democratic society. It is not members of the judiciary, but rather the members of the jury, sitting as members of the community, who make the decision as to guilt or innocence which is so vitally important both to the individual accused and the community.

It follows that only if there was a significant error made by the trial judge in the course of the charge should the jury's verdict of acquittal be set aside. [Emphasis added by Cory J.]

The onus on the Crown to overturn an acquittal as stated is a heavy or substantial one. The Crown must demonstrate, with a reasonable degree of certainty, that the verdict would not necessarily have been the same had the jury been properly instructed. Unlike an accused person appealing a conviction, the Crown does not benefit from the *prima facie* assumption that any error warrants a new trial.

IV. Analysis

It has been common ground throughout this appeal that there were errors in the trial judge's

parmi les principaux ressorts de common law de langue anglaise, le Canada semble avoir adopté les dispositions les plus généreuses en ce qui concerne les pourvois du ministère public. Dans certains ressorts, aux États-Unis par exemple, la poursuite ne peut interjeter qu'un appel interlocutoire à l'égard d'une décision défavorable rendue avant que le verdict ne soit prononcé. D'autres pays autorisent la poursuite à en appeler dans certains cas précis comme lorsque la dénonciation est annulée, que le procès est jugé nul ou qu'un verdict imposé d'acquiescement est inscrit

Les cours d'appel ont toujours manifesté un respect salutaire à l'égard du verdict d'acquiescement prononcé par un jury. Cette attitude respectueuse est à la fois juste et opportune. Le statut particulier du verdict d'acquiescement prononcé par un jury a également été reconnu dans *R. c. Kirkness*, [1990] 3 R.C.S. 74. Voici un extrait du jugement de la majorité à ce sujet (à la p. 83):

Le verdict du jury constitue, d'une manière très réelle, le verdict de la collectivité. Le procès par jury dans les affaires pénales est un processus qui fonctionne extrêmement bien et constitue un aspect fondamentalement important de notre société démocratique. Ce ne sont pas les juges mais plutôt les membres du jury, siégeant à titre de membres de la collectivité, qui tranchent la question de la culpabilité ou de l'innocence, une décision d'importance vitale pour l'accusé et la collectivité.

Il en résulte que le verdict d'acquiescement du jury ne peut être annulé que si une erreur importante a été commise par le juge du procès dans son exposé. [Souligné par le juge Cory.]

Le ministère public a donc une charge lourde et imposante lorsqu'il s'agit de faire renverser un acquiescement. Il doit démontrer, avec un degré raisonnable de certitude, que le verdict n'aurait pas nécessairement été le même si le jury avait reçu des directives appropriées. Contrairement à l'accusé qui interjette appel d'une déclaration de culpabilité, le ministère public ne bénéficie pas de la présomption *prima facie* selon laquelle toute erreur commande un nouveau procès.

IV. Analyse

Tout au long du présent pourvoi, les parties ont convenu que le juge du procès a commis des

charge to the jury. The appellant described the following:

1. Incorrectly summarizing the evidence of the complainant Valerie regarding her statements to the accused.
2. Failing to properly address the jury's request to rehear the above-mentioned evidence.
3. Improperly characterizing medical evidence as lacking relevance.
4. Failing to instruct the jury on the limited use of prior inconsistent statements at trial.
5. Putting the defence of honest but mistaken belief in consent to the jury.

It is necessary to consider each of these.

A. *Incorrect Summary of Evidence*

⁴⁷ The trial judge incorrectly stated that Valerie's evidence was that she did not come out and say "no" exactly. However, this error did not have the effect of changing the outcome of the trial. Immediately after stating that he did not believe the complainant to have testified that she said "no", the trial judge admitted that he might be mistaken about that. The trial judge told the jury that it was their recollection of the evidence, and not his, which was important. The trial judge quoted counsel for the Crown as using the phrase "no means no" during her address to the jury.

⁴⁸ In addition, the question of the jury regarding the evidence indicates that the jury understood the complainant's evidence to be that she said no. The question was:

The jury would like to hear evidence repeated with respect to the witness Valerie . . . answering to both the Crown and the defence questioning about when Valerie said, no, to Carson Livermore. Further, can we also hear Valerie's comments of, no, during the preliminary hearing?

erreurs dans ses directives au jury. L'appelante fait état des points suivants:

1. Résumé inexact du témoignage de la plaignante Valerie au sujet de ce qu'elle aurait dit à l'accusé.
2. Réponse inadéquate à la demande du jury de réentendre le témoignage mentionné ci-dessus.
3. Qualification erronée de la preuve médicale comme étant peu pertinente.
4. Omission de donner des directives au jury quant à l'utilisation limitée des déclarations antérieures incompatibles.
5. Présentation à l'appréciation du jury de la défense de croyance sincère mais erronée au consentement.

Il est nécessaire d'examiner chacun de ces points.

A. *Le résumé inexact du témoignage*

Le juge du procès a eu tort d'affirmer qu'il fallait conclure du témoignage de Valerie qu'elle n'avait pas précisément dit un «non» ferme. Toutefois, cette erreur n'a pas eu pour effet de changer l'issue du procès. Juste après avoir affirmé qu'il ne croyait pas que la plaignante avait affirmé dans son témoignage avoir dit «non», le juge du procès a admis qu'il se trompait peut-être sur ce point. Il a dit aux jurés que c'était leur souvenir du témoignage, et non le sien, qui importait. Il a cité le substitut du procureur général comme ayant dit [TRADUCTION] «non veut dire non» lors de son exposé au jury.

De plus, la question du jury au sujet du témoignage indique qu'il avait compris du témoignage de la plaignante qu'elle avait dit non. Cette question était formulée comme suit:

[TRADUCTION] Le jury aimerait réentendre la partie du témoignage de Valerie [. . .] lorsqu'elle a répondu au ministère public et à l'avocat de la défense qui lui demandaient quand elle avait dit «non» à Carson Livermore. Pourrions-nous aussi entendre les commentaires que Valerie a faits lors de l'enquête préliminaire relativement à son refus?

It appears that the jury understood Valerie to have said “no” notwithstanding the incorrect summary by the trial judge, and wanted to hear the evidence again. They were not misled by the judge’s error in the inaccurate summary of the evidence on that point.

B. Failure to Replay Evidence for the Jury

The appellant has argued that the trial judge erred in denying the jury’s request to have the complainant’s evidence replayed, and that this error, combined with the trial judge’s mistake in summarizing the same evidence, would have made another outcome reasonably certain. The appellant submits that the trial judge did not give the jury a “full, careful and correct response” as required by *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122, at p. 139, although that case is of doubtful value to this appeal, as there the problem was confusion over the trial judge’s instructions. In this case we are dealing with a request to rehear the complainant’s evidence.

Any request for instruction or assistance from a jury must be treated carefully. However, in the case where a jury wishes to have evidence read or played again, problems can arise, especially in procedural fairness. In *R. v. Wydryk* (1971), 5 C.C.C. (2d) 473, it was noted that “when some particular area of a witness’ evidence is read at a jury’s request, it is incumbent upon the trial Judge to see that all the evidence pertaining to that area is included — else an unfair and biased result might appear” (p. 480). This was the problem faced by the trial judge.

R. v. Ostrowski, [1990] 2 S.C.R. 82, is notable on this point. In that case a jury requested transcripts, particularly those of seven witnesses. The trial judge asked the jury to attempt to use their collective recollection to solve the problem and to return if they needed further assistance. The jury did not make such a request, but returned with a verdict. Cory J. held that no error had been committed by the trial judge, as he had not closed the

Il ressort que le jury a conclu que Valerie a dit «non», en dépit du résumé incorrect fait par le juge du procès, et qu’il voulait réentendre le témoignage. Il n’a pas été induit en erreur par le résumé inexact du témoignage présenté par le juge sur ce point.

B. Le défaut de faire réentendre le témoignage au jury

L’appelante allègue que le juge du procès a commis une erreur en rejetant la demande du jury de réentendre le témoignage de la plaignante, et que cette erreur, conjuguée au résumé erroné de ce même témoignage présenté par le juge, rendait une autre issue au procès raisonnablement certaine. L’appelante soutient que le juge du procès n’a pas donné au jury une «réponse soignée et correcte», comme l’exige l’arrêt *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122, à la p. 139, bien que l’on puisse mettre en doute l’utilité de cet arrêt pour le présent pourvoi, étant donné qu’il portait sur la confusion quant aux directives données par le juge. En l’espèce, il s’agit d’une demande pour réentendre le témoignage de la plaignante.

Il faut répondre avec soin à toute demande de directives ou d’aide présentée par un jury. Toutefois, une demande du jury que la preuve soit lue ou entendue à nouveau peut soulever des problèmes, particulièrement eu égard à l’équité procédurale. Dans *R. c. Wydryk* (1971), 5 C.C.C. (2d) 473, on a fait remarquer que [TRADUCTION] «lorsqu’une partie du témoignage d’un témoin est lue à la demande d’un jury, il incombe au juge du procès de s’assurer que toute la preuve se rapportant à cet aspect est incluse — sinon on peut aboutir à un résultat inéquitable ou biaisé» (p. 480). C’est le problème auquel se heurtait le juge du procès.

L’arrêt *R. c. Ostrowski*, [1990] 2 R.C.S. 82, est à relever sur ce point. Dans cette affaire, le jury demandait les transcriptions, celles de sept témoins en particulier. Le juge du procès a demandé aux jurés de tenter de résoudre le problème à partir de ce dont ils pouvaient se souvenir ensemble, et de s’adresser à nouveau à lui s’ils avaient besoin d’aide. Le jury n’a pas présenté d’autre demande, et il a rendu un verdict. Le juge Cory a conclu que

49

50

51

door on the request (at p. 83). Similarly, the door was not closed in the instant case. The jury was not advised that they could not obtain assistance, but that they should make a further attempt on their own and that if this attempt failed, assistance would be forthcoming.

le juge du procès n'avait commis aucune erreur parce qu'il n'avait pas fermé la porte à la demande (à la p. 83). La porte n'était pas non plus fermée en l'espèce. Les jurés n'ont pas reçu comme réponse qu'ils ne pouvaient pas obtenir d'aide, mais qu'ils devaient faire encore un effort par eux-mêmes, et que si cela se révélait infructueux, ils recevraient de l'aide.

52

I am not convinced that the trial judge erred in his handling of the request. He advised the jury of several problems involving their request, including practical problems with finding the evidence in question, and fairness concerns which would have necessitated replaying the respondent's evidence as well. He then asked the jury to attempt to use their collective recollection of the evidence to either satisfy themselves of the answer or at least narrow the question. He told the jury that if they were unsuccessful in this the court would do its best to accommodate them. In my opinion he did not discourage the jury from returning with a new request; rather, he indicated a willingness to accommodate the jury if they would first make a further attempt to solve the problem without replaying the evidence. The jury seems to have been satisfied and returned with a verdict within 40 minutes.

Je ne suis pas convaincu que le juge du procès a commis une erreur dans sa réponse à la demande. Il a informé le jury des divers problèmes que soulevait sa demande, entre autres les problèmes pratiques de retracer le témoignage en cause, et l'aspect équité qui aurait nécessité de faire réentendre aussi le témoignage de l'intimé. Il a alors demandé aux jurés de tenter de se remémorer ensemble le témoignage pour, soit trouver la réponse à leur question, soit, à tout le moins, la préciser. Il leur a dit que, si leur effort était infructueux, la cour ferait de son mieux pour accéder à leur demande. À mon avis, il n'a pas dissuadé le jury de faire une nouvelle demande, mais il a plutôt indiqué sa volonté de se rendre à sa demande si ses membres faisaient d'abord une autre tentative pour résoudre le problème sans réentendre le témoignage. Le jury semble avoir été satisfait de cela et est parvenu à un verdict en 40 minutes.

C. Incorrect Characterization of Medical Evidence

C. La qualification erronée de la preuve médicale

53

The third error alleged by the appellant is that the trial judge improperly characterized the medical evidence in the case. The trial judge stated that the medical evidence would be particularly relevant if the accused had denied that intercourse took place, which he had not. The appellant submits that this implied that the evidence had no other particular relevance, when in fact it had relevance on the issue of consent. This would have been true had the trial judge said nothing else. However, the trial judge also said,

La troisième erreur alléguée par l'appelante aurait été commise par le juge du procès lorsqu'il a mal qualifié la preuve médicale en l'espèce. Le juge a affirmé que la preuve médicale serait particulièrement pertinente si l'accusé avait nié que des rapports sexuels aient eu lieu, ce qu'il n'a pas fait. L'appelante soutient que cela donnait à entendre que la preuve n'avait pas d'autre pertinence particulière, alors que, en fait, elle était pertinente quant à la question du consentement. Cette affirmation aurait été vraie si le juge du procès n'avait rien dit d'autre. Toutefois, il a aussi dit:

But, the Crown would ask you to consider this evidence as an indication of the force which must have been used to have caused the bruising which the doctor described. Again, this is a fact which you will have to consider. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Mais le ministère public vous demande de considérer cette preuve comme une indication de la force qui a dû être utilisée pour causer les meurtrissures que le médecin a décrites. Je le répète, il s'agit d'un fait que vous devrez prendre en considération. [Je souligne.]

I agree with Galligan J.A. that the judge did not remove the evidence from the jury's consideration on the issue of consent.

D. Failure to Instruct the Jury on Prior Inconsistent Statements

The failure of the trial judge to inform the jury that prior inconsistent statements which had not been adopted by the witnesses could be used only for assessing credibility was an error. However, in the context of this case the error was not serious. The following inconsistent statements were put to the complainant Valerie:

- (a) that she gave the respondent a hug
- (b) that the respondent and the co-accused Miller forced her to drink
- (c) that Miller told the respondent to get off her
- (d) that her pants were tight.

The following prior inconsistencies were put to Tasha:

- (a) an absence of prior reference to Valerie's hands being pinned
- (b) her statement that she hit the respondent's shoulder while he was assaulting the complainant
- (c) an absence of reference to nudging Miller with her elbow
- (d) that she did nothing while Miller touched her breast
- (e) that she never told Miller to stop
- (f) that Miller might only have been holding the car door open when they changed seats
- (g) her description of where Miller put his hands
- (h) that she had agreed to meet the two men the next night.

Tout comme le juge Galligan de la cour d'appel, j'estime que le juge n'a pas soustrait la preuve à l'examen du jury sur la question du consentement.

D. L'omission de donner des directives au jury sur la question des déclarations antérieures incompatibles

Le juge du procès a commis une erreur en omettant de dire au jury que les déclarations antérieures incompatibles qui n'avaient pas été confirmées par les témoins pouvaient être utilisées seulement quant à l'évaluation de la crédibilité. Toutefois, dans le contexte de l'espèce, l'erreur n'était pas grave. Les déclarations incompatibles suivantes ont été attribuées à la plaignante Valerie:

- a) qu'elle a étreint l'intimé
- b) que l'intimé et le coaccusé Miller l'ont forcée à boire
- c) que Miller a dit à l'intimé de la laisser tranquille
- d) que ses pantalons étaient serrés.

Les incompatibilités suivantes ont été attribuées à Tasha:

- a) le fait de ne pas avoir mentionné au départ que les mains de Valerie étaient immobilisées
- b) sa déclaration selon laquelle elle a frappé l'intimé à l'épaule pendant qu'il agressait la plaignante
- c) le fait de ne pas avoir mentionné qu'elle avait donné un coup de coude à Miller
- d) qu'elle n'a rien fait pendant que Miller touchait ses seins
- e) qu'elle n'a jamais dit à Miller de s'arrêter
- f) que Miller n'avait peut-être tenu la portière de la voiture ouverte lorsqu'ils ont changé de sièges
- g) sa description des endroits où Miller a mis les mains
- h) qu'elle avait accepté de rencontrer les deux hommes le soir suivant.

55 It is clear from the questions asked by counsel for the respondent and the charge to the jury that the prior inconsistent statements were in fact used mainly to attack the credibility of the witnesses in question. The trial judge said:

Essentially the position of Mr. Levine on behalf of Mr. Livermore is that the evidence of Valerie . . . ought not to be accepted because of the material inconsistencies.

56 It is apparent that when the trial judge refers to the prior statements of Tasha and Valerie as constituting "if nothing else the foundation for an honest but mistaken belief in consent" he is referring to the position taken by Mr. Galluzzo, counsel for the co-accused, Miller, who was acquitted. This is not an instruction but a statement of the defence position of the co-accused. In fact, the prior inconsistent statements mainly refer to charges against Miller and would have had little bearing on the findings of fact by the jury regarding the respondent.

57 In addition, the inconsistent statements did not deal with the main issue of this trial, which was consent. If the jury had used the statements for the truth of their contents, the evidence regarding consent would have remained relatively untouched. The appellant submitted that Valerie's statement about giving the respondent a hug and Tasha's statement about getting the respondent's phone number are both related to the issue of consent. In my opinion the relationship of these two statements to the issue of consent is tenuous.

58 While failure to instruct a jury on the limited use of prior inconsistent statements is an error, and one which is sometimes fatal, in this case the inconsistent statements were before the jury to test credibility and not for any other purpose, such as the truth of their contents.

Il ressort clairement des questions posées par l'avocat de l'intimé et des directives données au jury que les déclarations antérieures incompatibles ont de fait été utilisées principalement pour mettre en doute la crédibilité des témoins en question. Le juge du procès a affirmé:

[TRADUCTION] Essentiellement, la position de M. Levine, pour le compte de M. Livermore, est que le témoignage de Valerie [. . .] ne devrait pas être accepté en raison des incompatibilités importantes.

Il est évident que, lorsque le juge du procès renvoie aux déclarations antérieures de Tasha et de Valerie comme constituant [TRADUCTION] «au moins le fondement d'une croyance sincère mais erronée au consentement», il renvoie à la position adoptée par M. Galluzzo, l'avocat du coaccusé Miller, qui a été acquitté. Il ne s'agit pas d'une directive, mais d'un énoncé de la position de la défense du coaccusé. En fait, les déclarations antérieures incompatibles se rapportent principalement aux accusations portées contre Miller et n'auraient eu que peu d'effet sur les conclusions de fait du jury à l'égard de l'intimé.

De plus, les déclarations incompatibles n'avaient pas trait à la principale question en litige au procès, soit celle du consentement. Si le jury avait utilisé les déclarations comme faisant foi de leur contenu, la preuve quant au consentement serait restée à peu près la même. L'appelante soutient que la déclaration de Valerie selon laquelle elle avait étreint l'intimé, et la déclaration de Tasha selon laquelle elle avait obtenu le numéro de téléphone de l'intimé étaient toutes deux liées à la question du consentement. À mon avis, le lien qui rattache ces deux déclarations à la question du consentement est ténue.

Bien que l'omission de donner des directives au jury quant à l'utilisation limitée de déclarations antérieures incompatibles soit une erreur, qui, en plus, est parfois fatale, en l'espèce, les déclarations incompatibles ont été soumises au jury pour évaluer la crédibilité, et pour aucune autre fin, par exemple pour établir la véracité de leur contenu.

E. Placement of the Defence of Honest but Mistaken Belief Before the Jury

The final error alleged by the appellant is that the trial judge put the defence of honest but mistaken belief in consent to the jury. I agree with the majority in the Court of Appeal that the factors listed by the trial judge as supporting the respondent's assertion of honest belief in consent do not provide an "air of reality" as required for the defence by *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836. Placement of a defence which is unavailable to an accused before a jury can be a serious error, as the jury may decide the case based on the incorrect defence.

Notwithstanding the potential for serious error when an incorrect defence is placed before the jury, I agree with the characterization of the case by Galligan J.A. in the Court of Appeal as one of consent or no consent and that credibility was the key issue. The questions from the defence to the complainant, the accused, and witnesses clearly point to a defence of consent. In my opinion it is highly unlikely that the jury would have decided this case based on honest but mistaken belief in consent. Because of this, had the defence of honest but mistaken belief in consent not been before the jury the verdict would likely have been the same.

V. Conclusion

The circumstances giving rise to the complaint were decisive in this case. The alleged sexual assault took place in the bucket seat of a sports car. The cramped quarters were such that on the facts of this case some co-operation, if not the consent, of the complainant was necessary for the alleged offence to have occurred. This was consistent with the accused's testimony and inconsistent with that of the complainant. The jury was aware of the circumstances of the alleged offence and concluded that the accused proceeded with consent, or at least they had a reasonable doubt about his guilt. This

E. La présentation à l'examen du jury de la défense de croyance sincère mais erronée

L'appelante allègue comme dernière erreur le fait que le juge du procès a soumis au jury la défense de croyance sincère mais erronée au consentement. Je suis d'accord avec les juges majoritaires de la cour d'appel pour dire que les facteurs énumérés par le juge du procès comme appuyant l'affirmation de l'intimé qu'il croyait sincèrement au consentement ne confèrent pas la «vraisemblance» que doit avoir ce moyen de défense selon l'arrêt *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836. Le fait de soumettre à un jury une défense dont l'accusé ne peut pas se prévaloir peut être une erreur grave, étant donné que le jury peut fonder son verdict sur cette défense erronée.

Outre la question du risque d'erreur grave lorsqu'une défense erronée est soumise au jury, je suis d'accord avec la qualification de l'espèce par le juge Galligan de la Cour d'appel selon laquelle il s'agit d'une question de consentement ou de non-consentement et que la crédibilité est la question clé. Les questions posées par la défense à la plaignante, à l'accusé et aux témoins pointent clairement dans la direction d'une défense de consentement. À mon avis, il est très improbable que le jury ait statué sur cette affaire en se fondant sur la croyance sincère mais erronée au consentement. Par conséquent, même si la défense de croyance sincère mais erronée au consentement n'avait pas été soumise au jury, le verdict aurait probablement été le même.

V. Conclusion

Les circonstances qui ont donné lieu à la plainte étaient déterminantes en l'espèce. L'agression sexuelle alléguée a eu lieu sur le siège-baquet d'une voiture de sport. Le manque d'espace était tel que, compte tenu des faits de l'espèce, une certaine coopération, sinon le consentement, de la plaignante était nécessaire pour que l'infraction reprochée soit commise. Cela est compatible avec le témoignage de l'accusé, mais incompatible avec celui de la plaignante. Le jury était au courant des circonstances de l'infraction reprochée et a conclu que l'accusé avait agi avec le consentement de la

59

60

61

finding of fact represents the collective wisdom of the community as expressed by the jury and should not be interfered with. The errors of the trial judge such as they were would not have changed the result.

62 The important differences in the status of an accused person and the Crown have been given constitutional strength by the guarantees of individual rights set out in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. In addition to the heavier onus on the Crown to successfully appeal from an acquittal the Crown can only appeal on a question of law (s. 676(1)(a)) while the accused may appeal on both questions of law alone and, with leave of the court, on questions of fact or of mixed law and fact (s. 675(1)(a)). In addition an accused may appeal to this Court as of right when an acquittal has been overturned by a Court of Appeal (s. 691(2)(a)).

63 Applying these principles to the facts of this case, I am not persuaded that the Crown has met the heavier onus required by law. The question of consent or its lack was pivotal in this case. The errors of the trial judge as identified were, for the reasons previously stated, not serious enough in these circumstances that the jury, had the errors not been made, is likely to have reached a different result.

64 The appellant has not demonstrated to a reasonable certainty that the jury would have not necessarily had a reasonable doubt about the guilt of the accused. For the reasons stated it is my opinion that not only is it uncertain that a different result would have occurred but for the errors, but that it is unlikely that this would have occurred.

65 In the result, I would dismiss the appeal and confirm the order of the Court of Appeal in upholding the acquittal of the respondent.

Appeal allowed and new trial ordered, MAJOR J. dissenting.

plaignante, ou les jurés avaient au moins un doute raisonnable quant à sa culpabilité. Cette conclusion de fait représente la sagesse de la collectivité exprimée par le jury et elle ne devrait pas être modifiée. Les erreurs commises comme telles par le juge du procès n'ont rien changé au résultat.

Les différences de statut importantes entre l'individu accusé et le ministère public ont reçu un fondement constitutionnel par la garantie des droits individuels énoncée dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. En plus de la charge plus lourde dont il doit s'acquitter pour avoir gain de cause dans un appel contre un acquittement, le ministère public ne peut interjeter appel que sur une question de droit (al. 676(1)a)), alors que l'accusé peut interjeter appel tant sur une simple question de droit que, avec l'autorisation de la cour, sur une question de fait ou une question mixte de droit et de fait (al. 675(1)a)). En outre, l'accusé peut se pourvoir devant notre Cour de plein droit si un acquittement a été renversé par une cour d'appel (al. 691(2)a)).

Si l'on applique ces principes aux faits de l'espèce, je ne suis pas convaincu que le ministère public s'est acquitté de la lourde charge que la loi lui impose. La question du consentement, ou de son absence, était déterminante en l'espèce. Les erreurs du juge du procès, comme elles ont été décrites, n'étaient pas, pour les raisons données, sérieuses au point que, si ces erreurs n'avaient pas été commises, le jury aurait vraisemblablement rendu un verdict différent.

L'appelante n'a pas démontré avec un degré raisonnable de certitude que le jury n'aurait pas nécessairement eu un doute raisonnable sur la culpabilité de l'accusé. Pour les motifs exposés, je suis d'avis que non seulement il est douteux qu'un résultat différent aurait été obtenu en l'absence de ces erreurs, mais que cela est improbable.

En définitive, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer l'ordonnance de la cour d'appel, qui a maintenu l'acquittement de l'intimé.

Pourvoi accueilli et tenue d'un nouveau procès ordonnée, LE JUGE MAJOR est dissident.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Solicitor for the respondent: Lorne Levine, Toronto.

Procureur de l'intimé: Lorne Levine, Toronto.

Brendon Fitzpatrick *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

**The Attorney General for Ontario and the
Attorney General of Quebec** *Interveners*

INDEXED AS: R. v. FITZPATRICK

File No.: 24254.

1995: March 22; 1995: November 16.

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

ON APPEAL FROM THE BRITISH COLUMBIA COURT
OF APPEAL

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Fishermen required by statute to provide hail reports and fishing logs indicating estimated poundage of catch by species and date, time and location of catch — Fisherman charged with overfishing — Whether admission in evidence of hail report and fishing logs infringes fisherman's right against self-incrimination under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

The appellant was the captain of a vessel engaged in a licensed and regulated commercial groundfish fishery in British Columbia. He was charged under the *Fisheries Act* with three counts of catching and retaining fish in excess of the fixed quota, contrary to s. 10(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*. At trial, the Crown sought to admit into evidence the fishing logs and hail report made by the appellant, which indicate the estimated poundage of the catch by species, and the date, time and location of catch during each trip. All fishermen are required under s. 61 of the *Fisheries Act* to provide these documents and failure to do so constitutes an offence under the Act. The trial judge excluded the hail report and fishing logs on the grounds that they were self-incriminatory and that their admission would violate the appellant's rights under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The Crown called no further evidence and an acquittal was

Brendon Fitzpatrick *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

**Le procureur général de l'Ontario et le
procureur général du Québec** *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. FITZPATRICK

N° du greffe: 24254.

1995: 22 mars; 1995: 16 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 — Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Pêcheurs légalement tenus de fournir des rapports radio et des journaux de bord indiquant le poids estimatif des prises de chaque espèce de poisson, ainsi que la date, l'heure et l'emplacement des prises — Pêcheur accusé de surpêche — L'utilisation en preuve du rapport radio et des journaux de bord viole-t-elle le droit du pêcheur à la protection contre l'auto-incrimination garanti par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

L'appelant était le capitaine d'un navire utilisé pour la pêche commerciale du poisson de fond en Colombie-Britannique, une activité réglementée et assujettie à l'obtention d'un permis. Trois chefs d'accusation ont été portés contre lui en vertu de la *Loi sur les pêches* pour avoir pris et gardé du poisson en une quantité supérieure aux contingents fixés, contrairement au par. 10(1) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*. Au procès, le ministère public a cherché à utiliser en preuve les journaux de bord et le rapport radio de l'appelant, qui indiquent le poids estimatif des prises de chaque espèce de poisson, ainsi que la date, l'heure et l'emplacement des prises durant chaque voyage. Tous les pêcheurs sont tenus, en vertu de l'art. 61 de la *Loi sur les pêches*, de fournir ces documents, et l'omission de le faire constitue une infraction à la Loi. Le juge de première instance a exclu le rapport radio et les journaux de bord pour le motif qu'ils étaient auto-incrimi-

entered. A majority of the Court of Appeal allowed the Crown's appeal, set aside the acquittal, and ordered a new trial.

Held: The appeal should be dismissed.

The protection against self-incrimination afforded by s. 7 of the *Charter* is not absolute. In determining the ambit of this protection, it is important in a particular case to consider the context in which the claim for its application arises. In the present regulatory context, the principle against self-incrimination does not prevent the Crown from relying on fishing logs and a hail report at the appellant's trial for overfishing simply because these documents are statutorily required. It is not contrary to fundamental justice for an individual to be convicted of a regulatory offence on the basis of a record or return that he is required to submit as one of the terms and conditions of his participation in the regulatory sphere.

Individuals like the appellant who are compelled to furnish hail reports and fishing logs are not in an adversarial or even inquisitorial relationship with the state at the time they provide the information. The essential purpose of the self-reporting obligation under s. 61 of the Act is to provide fisheries officials with up-to-date information necessary for the effective regulation of the fishery. The information is compiled quite apart from any investigation into wrongdoing. More importantly, the "coercion" exercised by the state here is muted, for it arose only after the appellant had made a conscious choice to participate in a regulated area, with its attendant obligations. No one is compelled to participate in the groundfish fishery. In accepting his licence, the appellant is presumed to know, and to have accepted, the terms and conditions associated with it, which include the completion of hail reports and fishing logs, and the prosecution of those who overfish. Just because the information in the returns may later be used in an adversarial proceeding, when the state seeks to enforce the restrictions necessary to accomplish its regulatory objec-

nants et que leur utilisation violerait les droits garantis à l'appelant par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Le ministère public n'a produit aucun autre élément de preuve et un acquittement a été inscrit. La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel du ministère public, annulé l'acquittement et ordonné un nouveau procès.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La protection contre l'auto-incrimination, accordée par l'art. 7 de la *Charte*, n'est pas absolue. Pour déterminer l'étendue de cette protection dans un cas particulier, il importe de prendre en considération le contexte dans lequel elle est invoquée. Dans le contexte de réglementation dont il est question en l'espèce, le principe interdisant l'auto-incrimination n'empêche pas le ministère public d'utiliser un rapport radio et des journaux de bord au procès pour surpêche qui a été intenté contre l'appelant, simplement parce que ces documents sont requis par la loi. Il n'est pas contraire à la justice fondamentale de déclarer une personne coupable d'une infraction à la réglementation sur le fondement d'un dossier ou d'une déclaration qu'elle a dû soumettre aux termes des modalités de sa participation au domaine d'activité réglementé.

Les personnes comme l'appelant qui sont obligées de fournir des rapports radio et des journaux de bord n'ont pas avec l'État une relation de nature contradictoire ni même de nature inquisitoriale, au moment où elles fournissent ces renseignements. L'obligation qui, en vertu de l'art. 61 de la Loi, incombe aux pêcheurs de soumettre des rapports a essentiellement pour but de fournir aux fonctionnaires des pêches les renseignements à jour nécessaires à la réglementation efficace de la pêche. Les renseignements sont compilés indépendamment de toute enquête sur des actes fautifs. Qui plus est, la «contrainte» exercée par l'État en l'espèce est atténuée, puisqu'elle n'est survenue qu'après que l'appelant eut choisi délibérément de participer à un domaine d'activité réglementé et d'assumer les obligations qui s'y rattachent. Personne n'est obligé de pratiquer la pêche du poisson de fond. En acceptant son permis, l'appelant est censé connaître et avoir accepté les modalités qui s'y rattachent, ce qui inclut la préparation de rapports radio et la tenue de journaux de bord, et l'engagement de poursuites contre ceux qui pratiquent la surpêche. Le simple fait que les renseignements figurant dans les déclarations puissent par la suite être utilisés dans des procédures contradictoires, où l'État cherche à faire respecter les restrictions nécessaires à la réalisation des objectifs de sa réglementation, ne signifie pas que l'État

tives, does not mean that the state is guilty of coercing the individual to incriminate himself.

Further, neither of the two rationales behind the principle against self-incrimination — to protect against unreliable confessions and to protect against the abuse of power by the state — is threatened by allowing the Crown to use hail reports and fishing logs in the prosecution of those who overfish. Even assuming that a true return under s. 61 of the Act can be equated to a confession, allowing the use of these returns at trial would not increase the likelihood of their being falsified. As well, there is little danger of abusive state conduct in this instance.

Hail reports and fishing logs are required from all commercial fishers and assist in the routine administration of the *Fisheries Act* and should be seen to constitute the “ordinary” records of those licensed to participate in the groundfish fishery. The fact that these records are statutorily required, and would not exist but for s. 61 of the Act, does not turn them into compelled testimony of the kind that is taken during an investigation into wrongdoing. The protection against self-incrimination afforded by s. 7 of the *Charter* should not be understood to elevate all records produced under statutory compulsion to the status of compelled testimony at a criminal or investigative hearing. Little expectation of privacy can attach to the hail reports and fishing logs, which are produced precisely to be read and relied upon by state officials. The use of the information contained in these records is not an affront to individual dignity since they divulge nothing about the personality of the individual who has created them. There is also nothing stressful or invasive about responding to a statutory requirement to make hail reports and fishing logs — a requirement designed to benefit not only those who comply with it, but also society at large.

Cases Cited

Referred to: *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R.

est coupable de contraindre cette personne à s'incriminer.

De plus, aucun des deux objets qui sous-tendent le principe interdisant l'auto-incrimination — la protection contre les confessions indignes de foi et la protection contre les abus de pouvoir de l'État — n'est compromis si on autorise le ministère public à utiliser des rapports radio et des journaux de bord dans les poursuites contre ceux qui pratiquent la surpêche. Même en supposant qu'une déclaration véridique au sens de l'art. 61 puisse être assimilée à une confession, permettre l'utilisation de ces déclarations au procès n'augmenterait pas la probabilité qu'elles soient falsifiées. Aussi, il y a peu de risques de conduite abusive de la part de l'État en l'espèce.

Les rapports radio et les journaux de bord qui doivent être soumis par tous les pêcheurs commerciaux, et qui sont utilisés pour l'application courante de la *Loi sur les pêches*, devraient être considérés comme étant les dossiers «ordinaires» des personnes autorisées à pêcher le poisson de fond. Le fait que ces dossiers soient exigés par la loi, et qu'ils n'existeraient pas si ce n'était l'art. 61 de la Loi, ne les transforme pas en un témoignage forcé du genre de celui qui a lieu dans une enquête sur des actes fautifs. La protection contre l'auto-incrimination, accordée par l'art. 7 de la *Charte*, ne devrait pas être interprétée comme conférant à tous les dossiers préparés sous contrainte légale le statut de témoignage forcé lors d'une audience tenue en matière criminelle ou aux fins d'une enquête. Une faible attente en matière de vie privée peut se rattacher aux rapports radio et aux journaux de bord qui sont préparés précisément pour être lus et utilisés par les fonctionnaires de l'État. L'utilisation des renseignements contenus dans ces dossiers n'est pas un affront à la dignité de la personne, car ils ne divulguent rien au sujet de la personnalité de l'individu qui les a créés. Il n'y a rien de plus stressant ou d'envahissant dans le fait de se conformer à une exigence légale de soumettre des rapports radio et de tenir des journaux de bord — une exigence conçue au profit non seulement de ceux qui s'y conforment, mais aussi de toute la société.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2

486; *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636; *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555; *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Walker v. The King*, [1939] S.C.R. 214; *Marshall v. The Queen*, [1961] S.C.R. 123; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash*, [1994] 2 S.C.R. 406; *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627; *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *Shapiro v. United States*, 335 U.S. 1 (1948); *California v. Byers*, 402 U.S. 424 (1971); *R. v. Spyker* (1990), 63 C.C.C. (3d) 125.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, s. 10(1) [rep. & sub. SOR/91-77].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 7, 8, 11(c), (d), 13, 24(1).
 Constitution of the United States, Fifth Amendment.
Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14 [am. 1991, c. 1], ss. 61, 63, 78(b).

Authors Cited

Saltzburg, Stephen A. "The Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege Against Self-Incrimination" (1986), 53 *U. Chi. L. Rev.* 6.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 90 C.C.C. (3d) 161, 32 C.R. (4th) 343, 22 C.R.R. (2d) 289, 46 B.C.A.C. 81, 75 W.A.C. 81, allowing the Crown's appeal from the accused's acquittal on three counts of catching and retaining fish in excess of quota, and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Murray L. Smith and Arthur M. Grant, for the appellant.

James D. Bissell, Q.C., and *Kenneth J. Yule*, for the respondent.

Michel Y. Hélie, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Monique Rousseau and Gilles Laporte, for the intervener the Attorney General of Quebec.

R.C.S. 486; *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636; *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555; *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Walker c. The King*, [1939] R.C.S. 214; *Marshall c. The Queen*, [1961] R.C.S. 123; *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406; *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627; *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *Shapiro c. United States*, 335 U.S. 1 (1948); *California c. Byers*, 402 U.S. 424 (1971); *R. c. Spyker* (1990), 63 C.C.C. (3d) 125.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 7, 8, 11c), d), 13, 24(1).
 Constitution des États-Unis, Cinquième amendement.
Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14 [mod. 1991, ch. 1], art. 61, 63, 78b).
Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 10(1) [abr. & rempl. DORS/91-77].

Doctrine citée

Saltzburg, Stephen A. «The Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege Against Self-Incrimination» (1986), 53 *U. Chi. L. Rev.* 6.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 90 C.C.C. (3d) 161, 32 C.R. (4th) 343, 22 C.R.R. (2d) 289, 46 B.C.A.C. 81, 75 W.A.C. 81, qui a accueilli l'appel du ministère public contre l'acquiescement de l'accusé relativement à trois chefs d'accusation d'avoir pris et gardé du poisson en une quantité supérieure aux contingents fixés, et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Murray L. Smith et Arthur M. Grant, pour l'appelant.

James D. Bissell, c.r., et *Kenneth J. Yule*, pour l'intimée.

Michel Y. Hélie, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Monique Rousseau et Gilles Laporte, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

The judgment of the Court was delivered by

1 LA FOREST J. — This case raises the issue of whether statutorily required fishing logs and hail reports, stating the size and location of a catch, may be used as evidence in the regulatory prosecution of fishers for overfishing under the *Fisheries Act*, R.S.C., 1985, c. F-14. More specifically, does the use of these statutorily compelled documents at trial violate ss. 7, 11(c) and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* as being inconsistent with the principle against self-incrimination? If so, can the use of these documents be justified under s. 1 of the *Charter*?

I. Facts

2 The facts are straightforward. The appellant, Brendon Fitzpatrick, is a commercial fisher who at all relevant times was the captain of a vessel engaged in a licensed and regulated commercial groundfish fishery in British Columbia under the *Fisheries Act*. On November 8, 1991, the appellant was charged with three counts of offences under s. 78(b) of the Act for catching and retaining canary rockfish, silvergrey rockfish and pacific ocean perch in excess of the fixed quota, contrary to s. 10(1) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, as amended by SOR/91-77.

3 At trial, the Crown sought to admit two pieces of evidence relevant to this appeal. The first was a “hail report”, required to be called in to Department of Fisheries and Oceans officials shortly before a vessel lands. This oral hail report is then reduced to writing by officials in a “groundfish hail report”, which reports the estimated poundage of the catch by species, and the date, time and place of landing. The second piece of evidence sought to be introduced by the Crown was a “daily fishing log”, issued by the Department of Fisheries and Oceans, in which the fisher must include information concerning the estimated catch (in

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST — Il s’agit en l’espèce de savoir si les journaux de bord et les rapports radio requis par la loi, indiquant la quantité et l’emplacement des prises, peuvent être utilisés comme éléments de preuve dans des poursuites pour surpêche intentées contre des pêcheurs en vertu de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. (1985), ch. F-14. Plus précisément, l’utilisation au procès de ces documents requis par la loi viole-t-elle l’art. 7 et les al. 11c) et 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, pour cause d’incompatibilité avec le principe interdisant l’auto-incrimination? Dans l’affirmative, l’utilisation de ces documents peut-elle être justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*?

I. Les faits

Les faits sont simples. L’appellant, Brendon Fitzpatrick, est un pêcheur commercial qui, pendant toute la période pertinente, était le capitaine d’un navire utilisé pour la pêche commerciale du poisson de fond en Colombie-Britannique, une activité réglementée et assujettie à l’obtention d’un permis en vertu de la *Loi sur les pêches*. Le 8 novembre 1991, trois chefs d’accusation ont été portés contre l’appellant en vertu de l’al. 78b) de la Loi pour avoir pris et gardé du sébaste canari, du sébaste argenté et du sébaste à longue mâchoire en une quantité supérieure aux contingents fixés, contrairement au par. 10(1) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, modifié par DORS/91-77.

Au procès, le ministère public a cherché à utiliser deux éléments de preuve pertinents quant au présent pourvoi. Le premier était un «rapport radio», qui doit être transmis aux fonctionnaires du ministère des Pêches et Océans peu avant le débarquement du bateau. Ce rapport oral est alors mis par écrit par les fonctionnaires dans un «rapport radio des prises de poisson de fond», qui fait état du poids estimatif des prises de chaque espèce de poisson et qui indique la date, l’heure et le lieu du débarquement. Le second élément de preuve que le ministère public a cherché à utiliser était un «journal de bord quotidien», émanant du ministère des

pounds) of each species of fish and the date, time and location of the haul. After landing, the fisher is required to forward his daily fishing logs to the Department of Fisheries and Oceans.

All fishers are required to provide both a hail report and a daily fishing log by virtue of s. 61 of the *Fisheries Act*. Failure to do so may, by virtue of s. 78 of the *Fisheries Act*, result in a fine or, in the case of a second or subsequent offence, imprisonment, or both. At trial, Mr. Segelken, a fisheries officer employed by the Department of Fisheries and Oceans, testified that the principal purpose of the requirement that fishers make hail reports and fishing logs is to allow the Department to manage the commercial fishery along the west coast of British Columbia efficiently by monitoring exactly where pressure is developing on fish stocks and by instantaneously adjusting the quota.

Mr. Segelken explained how the applicable fishing quotas are detailed annually in a "Pacific Groundfish Trawl Management Plan", which fixes fishing limits for the coming year for each species of groundfish in each fishing area, based on recommendations made by the Pacific Biological Station. The plan is reviewed by a Groundfish Advisory Committee, composed of Fisheries Department officials, fishers, and representatives of the fishing industry. The annual quotas established in the plan are subdivided into quotas for each quarter; they are then varied from time to time over the course of the year as the fishing season progresses. A copy of the Plan itself is sent to all those active in the fishery, and changes to the Plan are advertised by means of Fisheries Public Notices posted in or around the relevant fishing areas. Hail reports and fishing logs prepared by those engaged in the fishery are used routinely by

Pêches et Océans, dans lequel le pêcheur doit consigner des données concernant le poids estimatif des prises de chaque espèce de poisson, ainsi que la date, l'heure et l'emplacement des prises. Après le débarquement, le pêcheur doit faire parvenir ses journaux de bord quotidiens au ministère des Pêches et Océans.

Tous les pêcheurs doivent faire un rapport radio et tenir un journal de bord quotidien en vertu de l'art. 61 de la *Loi sur les pêches*. L'omission de le faire peut, en vertu de l'art. 78 de la *Loi sur les pêches*, entraîner une amende ou, dans le cas de récidive, l'emprisonnement, ou les deux à la fois. Au procès, M. Segelken, un agent des pêches du ministère des Pêches et Océans, a témoigné que l'exigence que les pêcheurs fassent des rapports radio et tiennent des journaux de bord vise principalement à permettre au Ministère de gérer efficacement la pêche commerciale côtière de la Colombie-Britannique en décelant précisément les pressions qui s'exercent sur les stocks de poisson et en ajustant instantanément les contingents.

Monsieur Segelken a expliqué comment les contingents de pêche applicables sont énumérés annuellement dans le «plan de gestion du chalutage du poisson de fond du Pacifique», qui fixe pour un an des contingents pour chaque espèce de poisson de fond dans chaque zone de pêche, à partir des recommandations faites par la station biologique du Pacifique. Le plan est examiné par le Conseil consultatif du poisson de fond, qui est composé de fonctionnaires du ministère des Pêches et Océans, de pêcheurs et de représentants du secteur de la pêche. Les contingents annuels fixés dans le plan sont subdivisés en contingents trimestriels; ces contingents sont ensuite modifiés à l'occasion pendant l'année, au fur et à mesure que la saison de pêche avance. Toutes les personnes qui pratiquent la pêche reçoivent un exemplaire du plan comme tel, et les modifications qui y sont apportées sont annoncées au moyen d'avis publics du ministère des Pêches et Océans, affichés dans les zones de pêche visées ou près de celles-ci. Les fonctionnaires des pêches utilisent couramment les rapports radio et les journaux de bord des

fisheries officials to assist in the appropriate variation of the quotas set under the Plan.

6 Counsel for the appellant objected at trial to the admission of the hail report and fishing logs on the ground that they were self-incriminatory and that their admission would infringe the appellant's rights under s. 7 of the *Charter*. The Crown called no further evidence and an acquittal was entered on a motion of no evidence. The Crown appealed to the Court of Appeal. A majority of the Court of Appeal allowed the appeal, set aside the acquittal, and ordered a new trial, Wood J.A. dissenting: (1994), 90 C.C.C. (3d) 161, 32 C.R. (4th) 343, 22 C.R.R. (2d) 289, 46 B.C.A.C. 81, 75 W.A.C. 81.

II. Judgments of the Courts Below

Provincial Court

7 The trial judge, Doherty Prov. Ct. J., excluded the hail report and fishing logs on the grounds that they were self-incriminatory and that their admission would violate the appellant's rights under s. 7 of the *Charter*. He was bound, he stated, by the authority of *R. v. Spyker* (1990), 63 C.C.C. (3d) 125 (B.C.S.C.), where Shaw J. had decided that the Crown at a criminal trial for dangerous driving could not introduce a statutorily compelled statement made by the accused to the Insurance Corporation of B.C. under the *Insurance (Motor Vehicle) Act*.

Court of Appeal (1994), 90 C.C.C. (3d) 161

Taggart J.A. for the Majority

8 An appeal was launched to the Court of Appeal which allowed the appeal and ordered a new trial, holding that there had been no breach of the appellant's *Charter* rights. Relying upon this Court's decision in *R. v. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 S.C.R. 154, Taggart J.A., speaking for the majority, concluded that where statements are compelled under a regulatory regime such as the *Fisheries Act*, the Crown bears a "reduced eviden-

pêcheurs pour décider des modifications à apporter aux contingents fixés dans le plan.

Au procès, l'avocat de l'appelant s'est opposé à l'utilisation du rapport radio et des journaux de bord pour le motif qu'ils étaient auto-incriminants et que leur utilisation violerait les droits garantis à l'appelant par l'art. 7 de la *Charte*. Le ministère public n'a produit aucun autre élément de preuve et un acquittement a été inscrit à la suite d'une requête fondée sur l'absence de preuve. Le ministère public a interjeté appel devant la Cour d'appel qui, à la majorité, a accueilli l'appel, annulé l'acquittement et ordonné un nouveau procès, le juge Wood étant dissident: (1994), 90 C.C.C. (3d) 161, 32 C.R. (4th) 343, 22 C.R.R. (2d) 289, 46 B.C.A.C. 81, 75 W.A.C. 81.

II. Les juridictions inférieures

La Cour provinciale

En première instance, le juge Doherty a exclu le rapport radio et les journaux de bord pour le motif qu'ils étaient auto-incriminants et que leur utilisation violerait les droits garantis à l'appelant par l'art. 7 de la *Charte*. Il s'est dit lié par la décision *R. c. Spyker* (1990), 63 C.C.C. (3d) 125 (C.S.C.-B.), dans laquelle le juge Shaw avait statué que le ministère public ne pouvait pas, lors d'un procès criminel pour conduite dangereuse d'un véhicule à moteur, utiliser une déclaration que l'accusé avait été obligé de faire à l'Insurance Corporation of British Columbia en vertu de l'*Insurance (Motor Vehicle) Act*.

La Cour d'appel (1994), 90 C.C.C. (3d) 161

Le juge Taggart, au nom de la majorité

Un appel a été interjeté devant la cour d'appel qui a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès, statuant qu'il n'y avait eu aucune violation des droits garantis à l'appelant par la *Charte*. Se fondant sur l'arrêt de notre Cour *R. c. Wholesale Travel Group Inc.*, [1991] 3 R.C.S. 154, le juge Taggart a conclu, au nom de la cour à la majorité, que lorsque des déclarations sont requises en vertu d'un régime de réglementation, comme celui de la

tiary burden” at trial and may adduce statements such as the hail report and fishing logs. He noted that these statements provide some of the “best evidence as to where, when, and what species were caught” (p. 178).

In coming to this conclusion, Taggart J.A. identified the objective behind the *Fisheries Act* and its regulations as being “to protect the public interest by ensuring so far as possible the continued existence of a viable groundfish fishery” (p. 170). He noted that hail reports and daily fishing logs are essential to the regulatory process because they allow the regulators to determine when, where and for how long each individual vessel has fished in each area, give regulators up-to-date information about the state of fish stocks in the fishing areas, and provide a basis for ascertaining whether individual vessels have exceeded the quotas established annually in the B.C. “Pacific Groundfish Trawl Management Plan”. Taggart J.A. observed that “it would take a considerable number of fisheries officers and a small armada of fisheries patrol vessels to maintain the kind of surveillance required to ensure fishers stay within the quotas fixed by the Plan” (p. 177).

While holding that the hail reports and fishing logs are statutorily compelled statements, and thus different from the business records made in the ordinary course of business that were seized in *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, Taggart J.A. concluded that their admission would not violate s. 7 of the *Charter* because the documents were made as a result of a requirement of the regulatory process. He emphasized that “[t]hose engaged in the fishery know from the moment they enter the industry they will be subject to the obli-

Loi sur les pêches, le ministère public a une [TRADUCTION] «charge de présentation réduite» au procès et peut produire des déclarations comme le rapport radio et les journaux de bord. Il a fait remarquer que ces déclarations fournissent à peu près la [TRADUCTION] «meilleure preuve quant à l’endroit et au moment de la pêche et quant aux espèces pêchées» (p. 178).

Pour arriver à cette conclusion, le juge Taggart a décrit l’objectif qui sous-tend la *Loi sur les pêches* et son règlement d’application comme étant [TRADUCTION] «de protéger l’intérêt public en assurant, dans la mesure du possible, le maintien de l’existence d’une pêche viable du poisson de fond» (p. 170). Il a fait remarquer que les rapports radio et les journaux de bord quotidiens sont essentiels au processus de réglementation parce qu’ils permettent aux organismes de réglementation de déterminer quand, où et pendant combien de temps chaque navire a pêché dans chaque zone, qu’ils leur donnent des renseignements à jour sur l’état des stocks de poisson dans les zones de pêche et qu’ils fournissent les données de base nécessaires pour déterminer si certains navires ont excédé les contingents fixés annuellement pour la Colombie-Britannique dans le «plan de gestion du chalutage du poisson de fond du Pacifique». Le juge Taggart a fait observer qu’[TRADUCTION] «il faudrait un nombre considérable d’agents des pêches et une petite armada de navires patrouilleurs pour maintenir le type de surveillance requis pour garantir le respect, par les pêcheurs, des contingents fixés par le plan» (p. 177).

Bien que le juge Taggart ait considéré que les rapports radio et les journaux de bord sont des déclarations requises par la loi, et qu’ils sont donc différents des dossiers d’entreprise préparés dans le cours normal des affaires, qui ont été saisis dans l’affaire *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, il a conclu que leur utilisation ne violerait pas l’art. 7 de la *Charte* parce que les documents ont été préparés en vertu d’une exigence du processus de réglementation. Il a souligné que [TRADUCTION] «[c]eux qui pratiquent la

gations imposed by the Act and Regulations” (p. 177). They take part with the regulators in the preparation of the annual Pacific Groundfish Trawl Management Plan, and are given notice of any changes in quotas during the fishing season by means of the Fisheries Public Notices.

pêche savent dès qu’ils commencent à travailler dans ce domaine qu’ils seront assujettis à des obligations imposées par la Loi et son règlement d’application» (p. 177). Ils prennent part avec les organismes de réglementation à la préparation du plan annuel de gestion du chalutage du poisson de fond du Pacifique et ils sont avertis de toute modification apportée aux contingents au cours de la saison de pêche au moyen des avis publics du ministère des Pêches et Océans.

- 11 Taggart J.A. therefore concluded that no breach of the appellant’s rights would occur by admission of the hail report and fishing logs at trial. In the event that there was a breach, he held that it could be justified under s. 1 of the *Charter*.

Le juge Taggart a donc conclu que l’utilisation au procès du rapport radio et des journaux de bord ne violerait pas les droits de l’appelant. Il a aussi conclu que, s’il y avait violation, elle pourrait être justifiée en vertu de l’article premier de la *Charte*.

Wood J.A. in Dissent

Le juge Wood, dissident

- 12 Wood J.A. would have dismissed the appeal on the ground that to conscript an accused against himself, by admitting in evidence “admissions” made by him under compulsion of a regulatory statute, would violate his right to a fair trial under ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. He concluded that where the offence alleged carries with it the risk of imprisonment upon conviction, such admissions must be excluded from evidence.

Le juge Wood aurait rejeté l’appel pour le motif que mobiliser un accusé contre lui-même en utilisant en preuve des «aveux» qu’il a été obligé de faire en vertu d’une loi portant réglementation violerait le droit à un procès équitable que lui garantissent l’art. 7 et l’al. 11d) de la *Charte*. Il a conclu que, lorsque l’infraction reprochée comporte un risque d’emprisonnement en cas de déclaration de culpabilité, de tels aveux doivent être exclus de la preuve.

- 13 Wood J.A. first observed that the *Fisheries Act* is silent as to both the purposes for which hail reports and fishing logs are required and the use to which they may subsequently be put. The Act, he noted, does not sanction their use as evidence in a prosecution brought against the appellant for violating any provision of the Act. While conceding that the impugned evidence was relevant, Wood J.A. stated that he also believed it should be excluded because it was self-incriminatory. In contrast to the business records seized in *Thomson Newspapers, supra*, he stated, the admissions contained in the hail report and fishing logs did not exist until the appellant was compelled to disgorge them under s. 61 of the Act. He found that this was a sufficient basis for distinguishing *Thomson Newspapers*, stressing that there is a fundamental distinction between evidence that is brought into existence by conscripting the accused against him-

Le juge Wood a d’abord fait observer que la *Loi sur les pêches* est muette quant aux raisons pour lesquelles les rapports radio et les journaux de bord sont requis et quant à l’utilisation qui peut ultérieurement en être faite. La Loi, a-t-il fait remarquer, ne sanctionne pas leur utilisation comme éléments de preuve dans des poursuites intentées contre l’appelant pour violation de l’une de ses dispositions. Tout en reconnaissant que les éléments de preuve contestés étaient pertinents, le juge Wood a affirmé qu’il croyait aussi qu’ils devraient être exclus parce qu’ils étaient auto-incriminants. Il a dit que, contrairement aux dossiers d’entreprise saisis dans l’affaire *Thomson Newspapers*, précitée, les aveux contenus dans le rapport radio et les journaux de bord n’ont existé qu’à partir du moment où l’appelant a été obligé de les produire en vertu de l’art. 61 de la Loi. Il a conclu que c’était là une raison suffisante pour faire

self and evidence that is already in the possession of the accused and for which the accused acts as a "mere conduit" for delivery, such as business records produced in the ordinary course of business. He noted: "The compulsion which is critical to the legal analysis in this case is that which leads to the *creation* of the alleged 'records', not that which requires their simultaneous *production* to the Department of Fisheries" (p. 183 (emphasis in original)).

Declarations compelled under the *Fisheries Act* are analogous to the testimony required before the Restrictive Trade Practices Commission as a result of an order made under s. 17 of the *Combines Investigation Act*, Wood J.A. held. Both result in the creation of evidence that would not otherwise have existed and which, if subsequently used in a prosecution against the person so compelled, will result in that person being conscripted against himself. Since a majority of the justices writing in *Thomson Newspapers* held that the residual protection against self-incrimination under s. 7 of the *Charter* extends at least to "use immunity" for pre-trial compelled testimony, the statutory declarations made in the present case had similarly been excluded at trial.

Wood J.A. then decided that there is no difference in principle between the s. 7 protection against self-incrimination accorded in the criminal context and that accorded in the context of regulatory offences carrying the risk of imprisonment upon conviction. Wood J.A. held that the effect of the Crown's interpretation and application of *Wholesale Travel*, *supra*, was "virtually to suspend application of the principles of fundamental justice in any prosecution of a regulatory offence" (p. 188). According to *Thomson Newspapers*, use immunity was to be provided under s. 7 for com-

une distinction d'avec l'arrêt *Thomson Newspapers*, soulignant qu'il y a une différence fondamentale entre la preuve qui est créée en mobilisant l'accusé contre lui-même, et celle qui est déjà en la possession de l'accusé et pour laquelle il sert «simplement d'intermédiaire» pour la livrer, comme c'est le cas des dossiers d'entreprise préparés dans le cours normal des affaires. Il a fait remarquer que [TRADUCTION] «[l]a contrainte qui est au centre de l'analyse juridique en l'espèce est celle qui conduit à la *création* des prétendus «dossiers», et non celle qui exige leur *production* simultanée auprès du ministère des Pêches» (p. 183 (en italique dans l'original)).

Le juge Wood a statué que les déclarations requises par la *Loi sur les pêches* sont semblables au témoignage exigé devant la Commission sur les pratiques restrictives du commerce, à la suite d'une ordonnance fondée sur l'art. 17 de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*. Les deux lois ont pour effet de créer des éléments de preuve qui n'auraient pas existé autrement et qui, s'ils étaient subséquemment utilisés dans des poursuites contre la personne qui a dû les fournir, auraient pour résultat de mobiliser cette personne contre elle-même. Étant donné que la majorité des juges qui ont rédigé des motifs dans l'arrêt *Thomson Newspapers* ont statué que la protection résiduelle contre l'auto-incrimination, qu'offre l'art. 7 de la *Charte*, s'étend au moins à «l'immunité contre l'utilisation de la preuve» dans le cas d'un témoignage exigé avant le procès, les déclarations requises par la loi qui ont été faites en l'espèce ont, de la même façon, été exclues lors du procès.

Le juge Wood a alors décidé qu'il n'y a, en principe, aucune différence entre la protection contre l'auto-incrimination que l'art. 7 accorde dans le contexte du droit criminel, et celle accordée dans le contexte d'infractions à la réglementation, qui comportent un risque d'emprisonnement en cas de déclaration de culpabilité. Il a estimé que l'interprétation du ministère public et son application de l'arrêt *Wholesale Travel*, précité, avaient [TRADUCTION] «presque pour effet de suspendre l'application des principes de justice fondamentale dans toutes les poursuites pour infraction à la réglemen-

14

15

pelled self-incriminatory statements in both contexts, and *Wholesale Travel* should not be understood to overrule that decision.

tation» (p. 188). Selon l'arrêt *Thomson Newspapers*, l'immunité contre l'utilisation de la preuve devait, en vertu de l'art. 7, être accordée dans les deux contextes à l'égard de déclarations auto-incriminantes faites sous l'effet de la contrainte, et l'arrêt *Wholesale Travel* ne devrait pas être interprété comme renversant l'arrêt *Thomson Newspapers*.

16 The principles of fundamental justice, Wood J.A. stressed, should apply particularly when the regulatory offence in question entails a potential sanction of imprisonment. To deprive a person of his liberty is “[t]he most awesome power the state has over the individual”, he stated, and “[t]he fact that regulation is so all pervasive in modern society, as Cory J. describes at such length in his reasons in *Wholesale Travel*, is the very reason why imprisonment should not be imposed for regulatory offences without full regard for the principles of fundamental justice” (p. 192). These principles required that the impugned evidence not be admitted at trial.

Le juge Wood a souligné que les principes de justice fondamentale devraient s'appliquer particulièrement lorsque l'auteur de l'infraction à la réglementation en question est passible d'emprisonnement. La privation de liberté est [TRADUCTION] «[l]e pouvoir le plus terrifiant que l'État a sur les particuliers», a-t-il affirmé, et [TRADUCTION] «[l]e fait que la réglementation soit si envahissante dans la société moderne, comme le juge Cory le fait longuement remarquer dans ses motifs de l'arrêt *Wholesale Travel*, est la raison même pour laquelle l'emprisonnement ne devrait pas être imposé pour une infraction à la réglementation sans tenir compte pleinement des principes de justice fondamentale» (p. 192). Ces principes interdisaient d'utiliser au procès les éléments de preuve contestés.

17 Finally, Wood J.A. was of the view that s. 1 of the *Charter* could not be employed to allow for the admission of the hail report and fishing logs since that evidence was introduced solely through the exercise of Crown discretion, and there was therefore not a “limit prescribed by law” that could be said to infringe a constitutional right in this case. Consequently, he held that the trial judge was correct in excluding the disputed evidence under s. 24(1) of the *Charter*.

Finalement, le juge Wood était d'avis que l'article premier de la *Charte* ne pouvait pas servir à permettre l'utilisation du rapport radio et des journaux de bord, du fait que le dépôt de ces éléments de preuve résultait du seul exercice du pouvoir discrétionnaire du ministère public et qu'on ne pouvait donc pas dire qu'il existait en l'espèce une limite prescrite par une règle de droit qui portait atteinte à un droit constitutionnel. Par conséquent, il a conclu que le juge de première instance avait eu raison d'exclure les éléments de preuve contestés, en application du par. 24(1) de la *Charte*.

III. Analysis

III. Analyse

18 The appellant's principal argument before us was that the trial judge properly excluded the hail report and daily fishing logs as evidence at trial, on the ground that this information was self-incriminatory. Under s. 61 of the *Fisheries Act*, and the related regulations, every fisher is required to submit hail reports and fishing logs to the Department of Fisheries and Oceans. A fisher who fails to do

L'appelant nous a fait valoir principalement que le juge de première instance avait eu raison d'exclure le rapport radio et les journaux de bord quotidiens comme éléments de preuve au procès, pour le motif qu'ils étaient auto-incriminants. En vertu de l'art. 61 de la *Loi sur les pêches*, et de son règlement d'application, tout pêcheur est tenu de soumettre des rapports radio et des journaux de

so may be charged with an indictable offence and may thereby be liable, under s. 78(b) of the Act, to a fine for a first offence, and a fine or a maximum term of two years imprisonment for any subsequent offence. On this basis, the appellant argued that the hail report and fishing logs were not voluntary statements and that, if the Crown were permitted to use them in evidence against him, he would be conscripted by the state to furnish evidence against himself in a criminal trial. This, he claimed, would constitute a violation of his *Charter* rights.

The appellant relied on ss. 7, 11(c), 11(d) of the *Charter*. In what follows, I shall consider the matter only under s. 7. I do not believe that s. 11(c) is raised on the facts, since the appellant has not been "compelled to be a witness in proceedings against that person in respect of the offence" as that section requires. As for s. 11(d), which protects the presumption of innocence and the right to a fair trial, it has elsewhere been held that in a context like the present this section provides effectively the same protection as s. 7; see my comments in *Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 546, endorsed by Iacobucci J. in *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, at pp. 561-62. Under these circumstances, I shall pursue the analysis of the principle against self-incrimination under s. 7 of the *Charter*, upon which the appellant, in any event, principally relied.

The appellant does not challenge the compulsion of information under s. 61 of the *Fisheries Act*. He has not attacked the constitutionality of this provision. Instead, he challenges the use sought to be made at trial of the compelled information legitimately acquired under s. 61. In this way, his challenge is to the procedure adopted by the state under the *Fisheries Act*, rather than to the substantive content, or objectives, of the legislation. There can be no doubt that the appellant's liberty interest

bord au ministère des Pêches et Océans. Le pêcheur qui omet de le faire peut être accusé d'un acte criminel et être ainsi passible, en vertu de l'al. 78b) de la Loi, d'une amende dans le cas d'une première infraction, et, en cas de récidive, d'une amende ou d'un emprisonnement maximal de deux ans. L'appelant s'est fondé sur cela pour prétendre que le rapport radio et les journaux de bord n'étaient pas des déclarations volontaires et que, s'il était permis au ministère public de les utiliser en preuve contre lui, il serait mobilisé par l'État pour fournir des éléments de preuve contre lui-même dans un procès criminel. Cela constituerait, a-t-il allégué, une violation des droits que lui garantit la *Charte*.

L'appelant invoque l'art. 7 et les al. 11(c) et 11(d) de la *Charte*. Je vais me contenter ci-après d'examiner l'affaire sous l'angle de l'art. 7. Je ne crois pas que l'al. 11(c) soit en cause d'après les faits, étant donné que l'appelant n'a pas été «contraint de témoigner contre lui-même dans toute poursuite intentée contre lui pour l'infraction qu'on lui reproche», comme l'exige cet alinéa. Quant à l'al. 11(d) qui garantit la présomption d'innocence et le droit à un procès équitable, il a déjà été statué ailleurs que, dans un contexte comme celui qui nous occupe, cet alinéa accorde effectivement la même protection que l'art. 7; voir mes commentaires dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 546, que le juge Iacobucci a approuvés dans l'arrêt *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, aux pp. 561 et 562. Dans ces circonstances, je vais donc procéder à l'analyse du principe interdisant l'auto-incrimination, visé à l'art. 7 de la *Charte*, sur lequel l'appelant s'est, de toute façon, principalement appuyé.

L'appelant ne conteste pas la contrainte à fournir des renseignements en vertu de l'art. 61 de la *Loi sur les pêches*. Il n'a pas attaqué la constitutionnalité de cette disposition. Au lieu de cela, il conteste l'utilisation que l'on veut faire au procès de renseignements légitimement obtenus en vertu de l'art. 61. Ainsi, il conteste la procédure adoptée par l'État en vertu de la *Loi sur les pêches*, plutôt que le contenu ou les objectifs de la Loi. Il n'y a aucun doute que le droit à la liberté que l'art. 7 de

19

20

under s. 7 of the *Charter* is engaged by the Crown's use of the statutorily compelled information, for, as this is his second overfishing offence, he faces the potential of imprisonment under s. 78 if he is convicted, and this Court has repeatedly stated that the threat of imprisonment engages s. 7 of the *Charter*; see *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, and *R. v. Vaillancourt*, [1987] 2 S.C.R. 636. The question therefore becomes whether this effect on the appellant's liberty interest is consistent with the principles of fundamental justice.

A. *The Appropriate Analytic Approach*

21

The appellant effectively asks this Court to endorse a broad, abstract principle against self-incrimination as a principle of fundamental justice under s. 7, which would prevent the use of information in all contexts in which it is statutorily compelled. He suggests that this principle is supported by this Court's decisions in both *Thomson Newspapers*, *supra*, and *S. (R.J.)*, *supra*. Nowhere in the case law, however, is there support for such a broad, abstract approach to the issue of self-incrimination. It is true that in *Thomson Newspapers*, *supra*, several of the judges accepted that there is some protection against self-incrimination under s. 7 for those compelled to testify at a regulatory investigation. But it must be stressed that the protection there accorded under s. 7 was viewed as residual, designed to provide certain additional safeguards against self-incrimination beyond those accorded by ss. 11(c) and 13 of the *Charter*. *Thomson Newspapers* should certainly not be understood to stand for the proposition that s. 7 is violated every time the state seeks to rely on compelled information. Indeed in that case, at p. 538, I specifically stated that

one should not automatically accept that s. 7 comprises a broad right against self-incrimination on an abstract level or, for that matter, on the American model, complete with all its residual doctrines. If that had been

la *Charte* garantit à l'appelant est compromis par l'utilisation que le ministère public veut faire des renseignements requis par la loi, puisque, comme il s'agit de sa deuxième infraction de surpêche, celui-ci risque l'emprisonnement en vertu de l'art. 78 s'il est reconnu coupable, et notre Cour a affirmé à de nombreuses reprises que la menace d'emprisonnement déclenche l'application de l'art. 7 de la *Charte*; voir *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, et *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636. Il s'agit donc maintenant de savoir si cet effet sur la liberté de l'appelant est compatible avec les principes de justice fondamentale.

A. *L'approche analytique adéquate*

L'appelant demande, en fait, à notre Cour de sanctionner un principe général et abstrait interdisant l'auto-incrimination comme étant un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7, qui empêcherait l'utilisation de renseignements dans tous les contextes où ils sont requis par la loi. Il affirme que ce principe est appuyé par les arrêts de notre Cour *Thomson Newspapers* et *S. (R.J.)*, précités. Toutefois, rien dans la jurisprudence ne justifie d'adopter une telle façon générale et abstraite d'aborder la question de l'auto-incrimination. Il est vrai que dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, plusieurs juges ont reconnu que l'art. 7 accorde une certaine protection contre l'auto-incrimination aux personnes obligées de témoigner lors d'une enquête menée à des fins de réglementation. Il faut cependant souligner que la protection ainsi accordée par l'art. 7 était considérée comme résiduelle et conçue pour accorder certaines garanties supplémentaires contre l'auto-incrimination, outre celles accordées par l'al. 11c) et l'art. 13 de la *Charte*. Il ne faut certainement pas considérer que l'arrêt *Thomson Newspapers* signifie que l'art. 7 est violé chaque fois que l'État cherche à se fonder sur des renseignements obtenus sous l'effet de la contrainte. En fait, j'affirme précisément, à la p. 538 de cet arrêt:

... il ne faut cependant pas accepter automatiquement que l'art. 7 comprend abstraitement ou, à cet égard, selon le modèle américain, un droit général de ne pas s'incriminer assorti de toutes ses théories résiduelles. Si

intended, it would have been very easy to say so. That is not what the *Charter* does, and the *Charter* must be read in its own terms. Accordingly, while I am prepared to accept that s. 7 can protect the individual from fundamental unfairness arising out of self-incriminatory statements in circumstances not covered by ss. 11(c) and 13, an assessment of what this means must be made in accordance with the spirit of those provisions.

A similar approach was taken by Iacobucci J. in his reasons for a majority of this Court in *S. (R.J.)*, *supra*. In that case, he engaged in a scholarly and detailed review of the history of protections against self-incrimination, both at common law and under the *Charter*, as well as of the policy justification for these protections. In line with the reasons of the Chief Justice in both *R. v. P. (M.B.)*, [1994] 1 S.C.R. 555, and *R. v. Jones*, [1994] 2 S.C.R. 229, Iacobucci J. accepted that there is a “principle against self-incrimination” that exists as a principle of fundamental justice under s. 7 of the *Charter*. Nowhere, however, did he suggest that this principle is absolute. Indeed, he thought it proper to emphasize, at p. 514, “that the framers of the *Charter* did not draft a free-standing right against self-incrimination”. Instead of approaching the case before him in an abstract manner, Iacobucci J. was careful to tailor the application of the principle against self-incrimination to the specific factual circumstances of the case, where an individual sought to be protected against testifying as a witness at the trial of his co-accused. Iacobucci J. concluded that the principle against self-incrimination does not in most instances prevent the statutory compulsion of a witness to testify at the trial of his co-accused, provided that certain immunities are given to the witness respecting the later use of his testimony at his own criminal prosecution.

In *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3, the Court took a similar approach to the issue of self-incrimination. Referring again to the principle against self-incrimination under s. 7, Sopinka and Iacobucci JJ., writing

on avait voulu le faire, il aurait été très facile de le dire. Ce n'est pas ce que la *Charte* prévoit et celle-ci doit être interprétée selon ce qu'elle dit. Par conséquent, bien que je sois prêt à accepter que l'art. 7 peut protéger le particulier contre l'injustice fondamentale qui découle de déclarations incriminantes dans des circonstances non visées par l'al. 11(c) et l'art. 13, il faut déterminer ce que cela veut dire conformément à l'esprit de ces dispositions.

Le juge Iacobucci a adopté une approche semblable dans les motifs qu'il a rédigés au nom de notre Cour à la majorité dans l'arrêt *S. (R.J.)*, précité. Il y a fait un examen savant et détaillé de l'histoire des protections contre l'auto-incrimination, tant en common law que sous le régime de la *Charte*, ainsi que de la justification de principe de ces protections. Conformément aux motifs exposés par le Juge en chef dans les arrêts *R. c. P. (M.B.)*, [1994] 1 R.C.S. 555, et *R. c. Jones*, [1994] 2 R.C.S. 229, le juge Iacobucci a reconnu qu'il y a un «principe interdisant l'auto-incrimination» qui constitue un principe de justice fondamentale au sens de l'art. 7 de la *Charte*. Nulle part, cependant, n'a-t-il laissé entendre que ce principe est absolu. En fait, il a jugé approprié de souligner, à la p. 514, «que les rédacteurs de la *Charte* n'ont pas formulé un droit distinct de ne pas s'incriminer». Au lieu d'aborder dans l'abstrait l'affaire qui lui était soumise, le juge Iacobucci a pris soin d'adapter l'application du principe interdisant l'auto-incrimination à ses faits particuliers d'après lesquels un particulier demandait à ne pas être contraint de témoigner au procès d'un coaccusé. Le juge Iacobucci a conclu que, dans la plupart des cas, le principe interdisant l'auto-incrimination ne fait pas obstacle à la contrainte légale d'une personne à témoigner au procès de son coaccusé, à la condition que certaines immunités lui soient accordées à l'égard de l'utilisation ultérieure de son témoignage dans les poursuites criminelles dont elle fera elle-même l'objet.

Dans l'arrêt *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3, la Cour a abordé de la même façon la question de l'auto-incrimination. Se référant aussi au principe interdisant l'auto-incrimination visé à l'art. 7, les juges

for the majority, were careful to restrict the application of the principle to the specific circumstances of that case. *Branch* raised the question of whether or not testimony could be compelled during the course of a securities investigation. The Court held that in most cases individuals can be compelled to testify at such an investigation, as long as they are provided with immunity at any future criminal prosecution against the use of both their testimony and any evidence that would not have been found "but for" this testimony.

Sopinka et Iacobucci ont pris soin, au nom de la Cour à la majorité, de restreindre l'application du principe aux faits particuliers de l'affaire. L'arrêt *Branch* soulevait la question de savoir si on pouvait contraindre des personnes à témoigner au cours d'une enquête en matière de valeurs mobilières. La Cour a statué que, dans la plupart des cas, des personnes peuvent être contraintes à témoigner à une telle enquête, pourvu qu'elles bénéficient de l'immunité lors de toutes poursuites criminelles ultérieures, quant à l'utilisation tant de leurs témoignages que de tout élément de preuve qui n'aurait pas été obtenu «n'eût été» ce témoignage.

24

Nowhere in either *S. (R.J.)* or *Branch* is it stated that s. 7 of the *Charter* precludes the use of all statutorily compelled information at all times. Nor did either of those cases decide the issue respecting the use of compelled self-reporting documents in a regulatory prosecution that confronts us here. In *Branch*, the question of documentary, as well as testimonial, compellability was raised. All members of the Court concluded that the compelled production of documents during a securities investigation did not violate s. 7, once it was found that the person who had been subpoenaed to produce the documents was already compellable to testify in the investigation. The Court specifically refrained from commenting on the situation raised in the present case. It was noted in *Branch* that the documents compelled were not documents that existed by virtue of a statutory compulsion, but were instead pre-existing documents (of the kind considered by this Court under s. 8 of the *Charter* in *Thomson Newspapers*). It was specifically stated that the degree of s. 7 protection that would extend to documents created as a result of statutory compulsion was a matter to be left to subsequent cases; see the reasons of Sopinka and Iacobucci JJ., at pp. 33-34, and those of L'Heureux-Dubé J., at p. 58.

Nulle part dans l'arrêt *S. (R.J.)* ou dans l'arrêt *Branch* n'affirme-t-on que l'art. 7 de la *Charte* interdit en tout temps l'utilisation de tout renseignement que la loi oblige à donner. Ces arrêts ne tranchent pas non plus la question, dont nous sommes saisis en l'espèce, de l'utilisation, dans des poursuites pour infraction à la réglementation, de rapports contre ceux qui ont été obligés de les produire. Dans l'arrêt *Branch*, la question de la contraignabilité à témoigner et à produire des documents était soulevée. Tous les membres de la Cour ont conclu que la production forcée de documents au cours d'une enquête en matière de valeurs mobilières ne violait pas l'art. 7, du moment qu'il était établi que la personne qui avait été assignée à les produire était déjà contraignable à témoigner à l'enquête. La Cour s'est expressément gardée de commenter la situation qui se présente en l'espèce. On a fait remarquer, dans l'arrêt *Branch*, que les documents dont la production était forcée étaient non pas des documents qui existaient en vertu d'une contrainte légale, mais plutôt des documents préexistants (du genre de ceux visés par l'examen fondé sur l'art. 8 de la *Charte* que notre Cour a fait dans l'arrêt *Thomson Newspapers*). On y a expressément affirmé que le degré de protection assuré par l'art. 7 dans le cas de documents qui doivent leur existence à une contrainte légale était une question qui devrait être tranchée dans le cadre d'autres pourvois; voir les motifs des juges Sopinka et Iacobucci, aux pp. 33 et 34, et ceux du juge L'Heureux-Dubé, à la p. 58.

The issue in this case has, therefore, never been squarely raised before this Court. Our task is to determine what the principles of fundamental justice require in the context of this appeal, which involves a self-reporting requirement in the regulatory sphere. In doing so, I do not find it helpful to start, as it seems to me both the appellant and Wood J.A. did, with a broad and abstract statement about the absolute requirements of the principles of fundamental justice, or in particular of the principle against self-incrimination. As Iacobucci J. stated in *S. (R.J.)*, *supra*, at p. 512, we should not expect that the manifestations of the principle against self-incrimination will have any “pre-defined scope”. Instead, we must begin “on the ground”, as it were, with a concrete and contextual analysis of the circumstances raised before us, and the ways in which concerns about self-incrimination may or may not be legitimate. In this way, we will be able to determine whether or not the principle against self-incrimination is actually engaged in the present case.

In this endeavour, we are guided by the approach to self-incrimination adopted by the Court in *Thomson Newspapers*, *S. (R.J.)* and *Branch*, as well as by the more general, holistic approach to *Charter* s. 7 interpretation set forth in cases like *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, and *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, at p. 503, Lamer J., as he then was, indicated that the principles of fundamental justice “are to be found in the basic tenets of our legal system”. To determine the content of these “basic tenets” in any given circumstance, we must have regard to “the applicable principles and policies that have animated legislative and judicial practice in the field”; see for example my comments in *Thomson Newspapers*, *supra*, at p. 539, as well as

25
La question en l’espèce n’a donc jamais été directement soulevée devant notre Cour. Notre tâche consiste à déterminer ce que les principes de justice fondamentale exigent dans le contexte du présent pourvoi, où il est question d’une exigence que quelqu’un fasse des rapports dans le contexte de l’activité réglementée. Ce faisant, je ne crois pas utile de commencer, comme, me semble-t-il l’ont fait l’appelant et le juge Wood de la Cour d’appel, par un énoncé général et abstrait des exigences absolues des principes de justice fondamentale ou, en particulier, du principe interdisant l’auto-incrimination. Comme le juge Iacobucci l’a affirmé dans l’arrêt *S. (R.J.)*, précité, à la p. 512, nous ne devrions pas nous attendre à ce que les manifestations du principe interdisant l’auto-incrimination aient «une portée prédéterminée». Nous devons plutôt adopter une approche pragmatique en quelque sorte, en commençant par une analyse concrète et contextuelle de la situation qui nous est soumise, et des raisons pour lesquelles les craintes d’auto-incrimination peuvent être ou ne pas être légitimes. De cette façon, nous pourrions déterminer si l’application du principe interdisant l’auto-incrimination est effectivement déclenchée en l’espèce.

26
Dans cette démarche, nous sommes guidés par la façon d’aborder l’auto-incrimination que notre Cour a adoptée dans les arrêts *Thomson Newspapers*, *S. (R.J.)* et *Branch*, de même que par la façon plus globale et générale d’aborder l’interprétation de l’art. 7 de la *Charte*, qui est énoncée dans des arrêts tels que le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, et *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, à la p. 503, le juge Lamer, maintenant Juge en chef, a indiqué que les principes de justice fondamentale «se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique». Pour déterminer le contenu de ces «préceptes fondamentaux» dans toute circonstance donnée, nous devons tenir compte «des principes applicables et des politiques qui ont animé la pratique législative et judiciaire dans le domaine»; voir par exemple, mes commentaires dans l’arrêt *Thomson Newspapers*, précité, à la p. 539, de même que dans l’arrêt *Lyons*, précité,

in *Lyons, supra*, at p. 327, and *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at pp. 402-3.

à la p. 327, et dans l'arrêt *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, aux pp. 402 et 403.

27

It is important to remember that the legislative and judicial "principles and policies" that have so far defined the protections granted against self-incrimination have, as is true in other areas, sought to achieve a contextual balance between the interests of the individual and those of society. In my view, this balancing is crucial in determining whether or not a particular law, or in the present case state action, is inconsistent with the principles of fundamental justice. This is all the more apparent in the instant case, where the appellant challenges a regulatory procedure — the use of hail reports and fishing logs — designed (and employed) in the public interest. In evaluating the constitutionality of this procedure, we must be careful to keep the interests of both the individual and society in mind.

Il importe de se rappeler que les «principes» et les «politiques» législatifs et judiciaires qui ont jusqu'à maintenant déterminé les protections accordées contre l'auto-incrimination visaient, comme dans d'autres domaines, à établir un équilibre contextuel entre les intérêts du particulier et ceux de la société. À mon avis, l'établissement de cet équilibre est crucial pour déterminer si une loi particulière ou, comme en l'espèce, l'action de l'État, contrevient aux principes de justice fondamentale. Cela est d'autant plus évident dans la présente affaire, où l'appellant conteste une procédure réglementaire, l'utilisation de rapports radio et de journaux de bord — conçue (et utilisée) dans l'intérêt public. Dans l'évaluation de la constitutionnalité de cette procédure, nous devons prendre soin de garder à l'esprit tant les intérêts du particulier que ceux de la société.

28

The balance thus far achieved is reflected in the common law. Though it is not, of course, determinative of rights guaranteed under s. 7, the common law, as the present Chief Justice has reminded us in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, does give us a valuable indication of what is just and fair in the circumstances. At common law, the information compelled from the appellant in this case would have been admissible; see *Walker v. The King*, [1939] S.C.R. 214, and *Marshall v. The Queen*, [1961] S.C.R. 123. In *Marshall*, at p. 129, Cartwright J. stated that it had long been a settled principle of law that "statements made under compulsion of a statute are not by reason of that fact alone rendered inadmissible in criminal proceedings against the person making them". While this goes some way towards establishing what the principles of fundamental justice require, I think it necessary to enter upon a contextual analysis to determine whether the rule adopted at common law in balancing the relevant policies remains appropriate, and so meets the requirements of the principles of fundamental justice.

L'équilibre atteint jusqu'à maintenant se reflète dans la common law. Bien qu'elle ne soit pas, évidemment, déterminante quant aux droits garantis par l'art. 7, la common law, comme le Juge en chef actuel nous l'a rappelé dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, nous donne une indication précieuse de ce qui est juste et équitable dans les circonstances. En common law, les renseignements que l'appellant a été obligé de donner en l'espèce auraient été admissibles; voir *Walker c. The King*, [1939] R.C.S. 214, et *Marshall c. The Queen*, [1961] R.C.S. 123. Dans ce dernier arrêt, à la p. 129, le juge Cartwright a affirmé qu'il était reconnu depuis longtemps en droit que [TRADUCTION] «les déclarations faites sous l'effet d'une contrainte légale ne sont pas, de ce simple fait, inadmissibles dans des procédures criminelles engagées contre la personne qui les a faites». Bien que cela aide, dans une certaine mesure, à établir ce que les principes de justice fondamentale exigent, je crois nécessaire de procéder à une analyse contextuelle en vue de déterminer si la règle adoptée en common law pour soupeser les politiques pertinentes demeure appropriée et satisfait ainsi aux exigences des principes de justice fondamentale.

B. *The Context*

At issue in this case is the ability of the government to enforce important regulatory objectives relating to the conservation and management of the groundfish fishery. To suggest that s. 7 of the *Charter* protects individuals who voluntarily participate in this fishery from being “conscripted” against themselves, by having information used against them that they were knowingly required to provide as a condition of obtaining their fishing licences, would in my view be to overshoot the purposes of the *Charter*. The right against self-incrimination has never yet been extended that far; nor should it be. The *Charter* was not meant to tie the hands of the regulatory state.

In determining the ambit of the principle against self-incrimination in this case, it is important to consider the context in which the appellant’s claim arises. This Court has often stated that the context of a *Charter* claim is crucial in determining the extent of the right asserted; see for example my comments in *Lyons, supra*, at p. 361, and in *Thomson Newspapers, supra*, at pp. 505-8 and 516-17. In particular, in *Wholesale Travel, supra*, at p. 226, Cory J. held that “a *Charter* right may have different scope and implications in a regulatory context than in a truly criminal one”, and that “constitutional standards developed in the criminal context cannot be applied automatically to regulatory offences”. These comments must be borne in mind in approaching the appellant’s claims, for it is made in the context of a detailed regulatory regime that governs state conservation and management of the fishery. In this regulatory environment, we must be careful to avoid automatically applying rules that have been developed respecting self-incrimination in the criminal sphere.

The importance of a contextual analysis in considering the principle against self-incrimination

B. *Le contexte*

Ce qui est en cause en l’espèce, c’est la capacité du gouvernement de faire respecter d’importants objectifs relatifs à la réglementation de la conservation et de la gestion des ressources en poisson de fond. J’estime que ce serait aller au-delà des objectifs de la *Charte* que d’affirmer que l’art. 7 de la *Charte* empêche de «mobiliser» contre eux-mêmes les particuliers qui pratiquent de leur plein gré cette pêche, en utilisant contre eux des renseignements qu’ils étaient sciemment tenus de fournir comme condition d’obtention de leur permis de pêche. Le droit de ne pas s’incriminer n’a encore jamais eu une si grande portée, et il ne devrait pas l’avoir. La *Charte* n’a pas été conçue pour lier les mains de l’État réglementant.

Pour déterminer la portée du principe interdisant l’auto-incrimination en l’espèce, il est important de prendre en considération le contexte dans lequel émane la demande de l’appellant. Notre Cour a souvent affirmé que le contexte d’une demande fondée sur la *Charte* est crucial pour déterminer la portée des droits invoqués; voir, par exemple, mes commentaires dans l’arrêt *Lyons*, précité, à la p. 361, et dans l’arrêt *Thomson Newspapers*, précité, aux pp. 505 à 508, de même que 516 et 517. Plus particulièrement, dans l’arrêt *Wholesale Travel*, précité, à la p. 226, le juge Cory a statué qu’«un droit garanti par la *Charte* peut avoir dans un cadre réglementaire une portée et une incidence différentes de celles qu’il aurait dans un contexte criminel proprement dit», et que «les normes constitutionnelles élaborées dans le contexte criminel ne peuvent être automatiquement appliquées aux infractions réglementaires». Il faut avoir ces commentaires à l’esprit en abordant la demande de l’appellant, car elle est faite dans le contexte d’un régime détaillé de réglementation qui gouverne la conservation et la gestion des ressources halieutiques par l’État. Compte tenu de ce contexte de réglementation, nous devons prendre garde d’appliquer automatiquement des règles qui ont été conçues relativement à l’auto-incrimination en matière criminelle.

L’importance de l’analyse contextuelle dans l’étude du principe interdisant l’auto-incrimination

29

30

31

has been underlined by the Chief Justice in *Jones, supra*, at p. 249. He there observed that this principle is “a general organizing principle of criminal law from which particular rules can be derived (for example, rules about non-compellability of the accused and admissibility of confessions)”. The rules that flow from the application of this “general organizing principle” will vary with the circumstances. It is therefore important to focus on these circumstances each time a new application of the principle against self-incrimination is considered. Iacobucci J., we saw, was mindful of this in *S. (R.J.)*, *supra*. At page 513, he stated:

... I have suggested above that certain specific enumerations of the *Charter* reflect a unifying principle against self-incrimination. It stands only to reason, however, that this principle may demand different things at different times; the parameters of the principle may be found in disparate rights.

32 In my view, there are several reasons why the general principle against self-incrimination, as applied in the regulatory context of the present case, does not require the appellant to be granted immunity against the use by the Crown of his statutorily compelled hail report and fishing logs. His rights under s. 7 of the *Charter* simply do not extend that far.

C. The Principle Against Self-Incrimination

33 The parameters of the general principle against self-incrimination were succinctly described by the Chief Justice in *Jones, supra*. Although the Chief Justice was there speaking in dissent, his analysis of the principle against self-incrimination was endorsed by Iacobucci J. for a majority of the Court in *S. (R.J.)*, and must, accordingly, be considered authoritative. In *Jones*, the Chief Justice wrote (at p. 249):

Any state action that coerces an individual to furnish evidence against him- or herself in a proceeding in which the individual and the state are adversaries violates the principle against self-incrimination. Coercion,

a été soulignée par le Juge en chef dans l'arrêt *Jones*, précité, à la p. 249. Il y a fait observer que ce principe est «un principe directeur général de droit criminel, dont il est possible de tirer des règles particulières (par exemple, des règles concernant la non-contrainabilité de l'accusé et l'admissibilité des confessions)». Les règles qui découlent de ce «principe directeur général» varieront selon les circonstances. Il est donc important de mettre l'accent sur ces circonstances chaque fois qu'une nouvelle application du principe interdisant l'auto-incrimination est examinée. Comme nous l'avons vu, le juge Iacobucci était conscient de cela dans l'arrêt *S. (R.J.)*, précité. Voici ce qu'il affirme, à la p. 513:

... j'ai laissé entendre, plus haut, que certaines énumérations précises de la *Charte* traduisent l'existence d'un principe unificateur interdisant l'auto-incrimination. Cependant, il va de soi que les exigences de ce principe peuvent varier selon les époques; les paramètres du principe peuvent se trouver dans des droits disparates.

À mon avis, plusieurs motifs expliquent pourquoi le principe général interdisant l'auto-incrimination, tel qu'appliqué au contexte de réglementation dont il est question en l'espèce n'exige pas d'accorder à l'appelant une immunité contre l'utilisation par le ministère public du rapport radio et des journaux de bord que la Loi l'a obligé à fournir. Les droits garantis à l'appelant par l'art. 7 de la *Charte* n'ont simplement pas cette portée.

C. Le principe interdisant l'auto-incrimination

Les paramètres du principe général interdisant l'auto-incrimination ont été décrits succinctement par le Juge en chef dans l'arrêt *Jones*, précité. Même si le Juge en chef exposait alors des motifs de dissidence, son analyse du principe interdisant l'auto-incrimination a été adoptée par le juge Iacobucci, au nom de la Cour à la majorité, dans l'arrêt *S. (R.J.)*, et elle doit donc être considérée comme faisant autorité. Dans l'arrêt *Jones*, le Juge en chef écrit (à la p. 249):

Toute action de l'État qui contraint une personne à produire une preuve contre elle-même dans des procédures l'opposant à l'État viole le principe interdisant l'auto-incrimination. La contrainte, devrait-on le souli-

it should be noted, means the denial of free and informed consent.

In applying this definition to the present case, two things should be immediately apparent. First, the information provided in this case was not provided “in a proceeding in which the individual and the state are adversaries”. Instead, it was provided in response to a reasonable regulatory requirement relating to fishery management. Second, the “coercion” imposed on the appellant is at best indirect, for it arose only after he had made a conscious choice to participate in a regulated area, with its attendant obligations. In what follows, I shall address each of these issues in turn.

(1) Lack of Adversarial Relationship

The requirement under s. 61 of the *Fisheries Act* that fishers complete hail reports and fishing logs (or “true returns”) is an important component of the regulatory regime for fisheries management and conservation established under the Act. The essential purpose of this requirement is not to accumulate information that can later be used against the fishers who supply it. It is not compiled during the course of any investigation into wrongdoing. Instead, the purpose of the self-reporting obligation is to provide fisheries officials with up-to-date information necessary for the effective regulation of the fishery. The establishment of quotas depends on accurate information about the size of catches, as well as about their particular location, and the fishers themselves are in the best position to provide this information. Enforcement of the quotas, in turn, is of benefit to commercial fishers as a group, for it ensures the continuing survival of the fishery and the fair distribution of its profits, which provide commercial fishers with their employment and income.

The situation presented here is, therefore, fundamentally different from that considered in *S. (R.J.)*, where a co-accused was compelled to testify at his

gner, signifie refuser la possibilité de donner un consentement libre et éclairé.

En appliquant cette définition à la présente affaire, deux choses devraient ressortir immédiatement. Premièrement, les renseignements fournis en l'espèce par l'appelant n'ont pas été fournis dans des «procédures l'opposant à l'État». Ils ont plutôt été fournis conformément à une exigence réglementaire raisonnable se rapportant à la gestion des ressources halieutiques. Deuxièmement, la «contrainte» exercée sur l'appelant est tout au plus indirecte, puisqu'elle n'est survenue qu'après qu'il eut choisi délibérément de participer à un domaine d'activité réglementé et d'assumer les obligations qui s'y rattachent. Je vais examiner ci-après chacune de ces questions à tour de rôle.

(1) L'absence de relation contradictoire

L'exigence de l'art. 61 de la *Loi sur les pêches* que les pêcheurs soumettent des rapports radio et des journaux de bord (ou des «déclarations véridiques») est une composante importante du régime de réglementation établi en vertu de la Loi pour la gestion et la conservation des ressources halieutiques. Cette exigence n'a pas essentiellement pour but de recueillir des renseignements qui pourront être utilisés ultérieurement contre les pêcheurs qui les fournissent. Les renseignements ne sont pas compilés au cours d'une enquête portant sur des actes fautifs. L'obligation qui incombe aux pêcheurs de soumettre des rapports a plutôt pour but de fournir aux fonctionnaires des pêches les renseignements à jour nécessaires à la réglementation efficace de la pêche. L'établissement de contingents dépend de renseignements exacts sur la quantité et l'emplacement des prises, et ce sont les pêcheurs eux-mêmes qui sont le mieux en mesure de fournir ces renseignements. Le respect des contingents bénéficie, à son tour, à l'ensemble des pêcheurs commerciaux, parce qu'il permet d'assurer la survie de la pêche et une juste répartition de ses profits, qui garantissent aux pêcheurs commerciaux leurs emplois et leurs revenus.

La situation en l'espèce est donc fondamentalement différente de celles examinées dans l'arrêt *S. (R.J.)*, où un accusé était contraint de témoigner au

34

35

36

colleague's criminal trial, and in both *Thomson Newspapers* and *Branch*, where individuals engaging in certain businesses were compelled to testify at an investigation into wrongdoing in their industry. In each of those situations, the individuals being compelled to give information were in an adversarial, or at least an inquisitorial, relationship with the state, and the principle against self-incrimination was engaged as indicated by Lamer C.J. in *Jones*. Certain protections were therefore necessary respecting the use of the compelled information in order to comply with the *Charter*. In the present case, by contrast, individuals like the appellant who are compelled to furnish hail reports and fishing logs are not in an adversarial or even inquisitorial relationship with the state at the time they provide this information. Indeed, far from being "adversaries", the individual and the state are in fact partners, joined together in the need (1) to protect the fishery as a valuable resource through conservation measures, and (2) to fairly allocate the fish that do exist between all those who seek to have access to them. The valuable objectives served by s. 61 of the *Fisheries Act* are of benefit to the very individuals who are bound by the section's requirements. In my view, the lack of adversarial relationship between the individual and the state at the time the hail reports and fishing logs are statutorily compelled is an important basis upon which to conclude that the principle against self-incrimination is not engaged in this case.

(2) Lack of Coercion

37

Even more important, however, is the fact that the "coercion" exercised by the state here is, to say the least, muted. This is a far cry from the facts in *S. (R.J.)*, *Branch* and *Thomson Newspapers*, where individuals were subpoenaed to testify on pain of contempt, without any choice in the matter. It is true that once an individual decides to participate in the groundfish fishery, and accepts his licence, he is thereafter "compelled" to submit hail reports and fishing logs in accordance with the dictates of s. 61 of the *Fisheries Act*. But this is not

procès criminel de son coaccusé, et dans les arrêts *Thomson Newspapers* et *Branch*, où des personnes qui exerçaient certaines activités étaient contraintes de témoigner à une enquête portant sur des actes fautifs commis dans leur champ d'activité. Dans chacune de ces situations, les personnes contraintes de fournir des renseignements avaient avec l'État une relation de nature contradictoire, ou tout au moins de nature inquisitoriale, et le principe interdisant l'auto-incrimination s'appliquait, comme l'a indiqué le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Jones*. Pour que la *Charte* soit respectée, certaines protections étaient donc nécessaires quant à l'utilisation des renseignements donnés sous la contrainte. En l'espèce, par contre, les personnes comme l'appelant qui sont obligées de fournir des rapports radio et des journaux de bord n'ont pas avec l'État une relation de nature contradictoire ni même de nature inquisitoriale, au moment où elles fournissent ces renseignements. En fait, loin d'être des «opposants», ces personnes et l'État sont des partenaires, réunis par la nécessité (1) de protéger les précieuses ressources halieutiques au moyen de mesures de conservation, et (2) de répartir équitablement les ressources existantes entre tous ceux qui veulent y avoir accès. Les objectifs valables de l'art. 61 de la *Loi sur les pêches* profitent aux personnes mêmes qui sont soumises aux exigences de cet article. À mon avis, l'absence de relation contradictoire entre l'individu et l'État au moment où les rapports radio et les journaux de bord sont fournis sous l'effet d'une contrainte légale est une raison importante de conclure que le principe interdisant l'auto-incrimination ne s'applique pas en l'espèce.

(2) L'absence de contrainte

Ce qui est encore plus important, toutefois, c'est que la «contrainte» exercée par l'État en l'espèce est, à tout le moins, atténuée. On est loin des faits des arrêts *S. (R.J.)*, *Branch* et *Thomson Newspapers*, où des personnes étaient assignées à témoigner sous peine d'outrage, sans avoir aucun choix en la matière. Il est vrai que dès qu'une personne décide de pratiquer la pêche du poisson de fond et qu'elle reçoit son permis, elle est du coup «contrainte» de soumettre des rapports radio et des journaux de bord conformément aux dispositions

an obligation imposed upon a fisher through “the denial of free and informed consent”, in the terms suggested by the Chief Justice in *Jones, supra*, at p. 249. In fact, free and informed consent is the essence of the relationship between the state and the individual in this context.

No one is compelled to participate in the groundfish fishery; they do so purely as the result of their own free decision. Having decided to participate, they are then informed in great detail about all the obligations that attach to their participation in the industry. They receive a copy of the Pacific Groundfish Trawl Management Plan, which details the quotas established for certain species of fish in designated areas. Some fishers are even involved in the determination of appropriate quotas under the Plan. The Plan includes a warning that the quotas established under it will be subject to variation as the fishing season progresses. It informs fishers that these variations will be publicized by Fisheries Public Notices, telexed Notices to the Industry, or Canadian Coast Guard radio broadcasts. It urges them to contact the Department of Fisheries and Oceans prior to fishing to determine what orders are in effect, and to refer to Fisheries Public Notices posted throughout the region at local fishery offices. As an appendix to the Plan, fishers are provided with a letter detailing the requirement for “true returns” under s. 61 of the *Fisheries Act*, including both hail reports and fishing logs.

The appellant here has not entered the commercial fishery with his eyes closed. He must be presumed to be aware of the terms and conditions of the vessel’s fishing licence, which include the submission of hail reports and fishing logs. (As noted by Taggart J.A. in the court below, there is a clause in the standard form commercial fishing licence, above the place for the signature of the vessel owner/operator, that provides that the undersigned

de l’art. 61 de la *Loi sur les pêches*. Mais il ne s’agit pas là d’une obligation qui est imposée au pêcheur en lui «refus[ant] la possibilité de donner un consentement libre et éclairé», pour reprendre les termes utilisés par le Juge en chef dans l’arrêt *Jones*, précité, à la p. 249. En fait, le consentement libre et éclairé est au cœur de la relation entre l’État et l’individu dans le présent contexte.

Personne n’est obligé de pratiquer la pêche du poisson de fond; ceux qui la pratiquent le font simplement à la suite d’une décision personnelle prise librement. Une fois cette décision prise, ils sont alors informés en détail de toutes les obligations qui se rattachent à cette activité. Ils reçoivent un exemplaire du plan de gestion du chalutage du poisson de fond du Pacifique, qui énumère les contingents fixés pour certaines espèces de poisson dans des zones désignées. Certains pêcheurs participent même à l’établissement des contingents appropriés dans le plan. Ce plan comporte un avertissement que les contingents du plan pourront varier au fur et à mesure que la saison de pêche avance. Il informe les pêcheurs que ces variations seront annoncées au moyen d’avis publics du ministère des Pêches et Océans, de messages envoyés par télex aux pêcheurs ou de messages radio émis par la Garde côtière canadienne. Le plan les incite à communiquer avec le ministère des Pêches et Océans avant de pêcher pour savoir quelles règles s’appliquent, et à consulter les avis publics du ministère des Pêches et Océans qui sont affichés dans toute la région, dans ses bureaux locaux. En annexe au plan, les pêcheurs reçoivent une lettre qui explique en quoi consistent les «déclarations véridiques» exigées par l’art. 61 de la *Loi sur les pêches*, y compris les rapports radio et les journaux de bord.

L’appelant en l’espèce ne s’est pas lancé aveuglément dans la pêche commerciale. Il faut présumer qu’il est au courant des modalités du permis de pêche du navire, dont l’obligation de soumettre des rapports radio et des journaux de bord. (Comme l’a fait remarquer le juge Taggart de la Cour d’appel, il y a, dans la formule type de permis de pêche commerciale, au-dessus de l’espace réservé à la signature du propriétaire ou de l’ex-

understands that he or she is obliged, as a condition of the licence “to furnish accurate catch records in such manner and to such persons as the Fisheries Act and regulations may stipulate”, and that otherwise the fishing licence may be cancelled or suspended.) The appellant must be presumed to be aware of the Groundfish Management Plan, which accompanies the fishing licence, and provides that the amount of fish he is allowed to catch is governed by quotas. He knows these quotas are subject to variation, publicized by means of Fisheries Public Notices, and he also knows that he is prohibited from taking more fish than is permitted under the quota. When he does so, can it be said that it will be a matter of surprise to him that the Crown seeks to rely on his own hail report and fishing logs in order to prosecute him? Did he not realize in submitting this report and these logs that this might be one of their uses?

plottant du navire, une clause qui stipule que le soussigné comprend qu’il est tenu, aux termes de son permis, de [TRADUCTION] «fournir des registres de prises exacts selon la forme et aux personnes que peut prescrire la Loi sur les pêches et son règlement d’application», et que le défaut de le faire peut entraîner l’annulation ou la suspension du permis.) Il faut présumer que l’appelant était au courant du plan de gestion de la pêche au poisson de fond, qui accompagne le permis de pêche et qui explique que la quantité de poisson qu’il est autorisé à pêcher est contingentée. L’appelant savait que ces contingents étaient sujets à des variations annoncées au moyen d’avis publics du ministère des Pêches et Océans, et il savait aussi qu’il lui était interdit de prendre plus de poisson que la quantité permise. Peut-on affirmer que, s’il excède la limite permise, il s’étonnera du fait que le ministère public veut pour le poursuivre utiliser le rapport radio et les journaux de bord qu’il a fournis? Ne se rendait-il pas compte en soumettant ce rapport et ces journaux qu’ils pourraient être utilisés à cette fin, notamment?

40

In making this point, I rely on a form of the “licensing argument” discussed by Cory J. in *Wholesale Travel*, *supra*. There, Cory J. identified this argument as one rationale for subjecting the fault requirement of regulatory offences to a lower standard of *Charter* scrutiny than that of “true crimes”. The licensing argument postulates that regulated actors entering a licensed field should be presumed to know of, and to have accepted, the terms and conditions relevant to the regulated area, and should therefore be held liable for breaching these terms and conditions. At page 229 of his judgment in *Wholesale Travel*, Cory J. described the licensing argument as follows:

En faisant cette remarque, je m’appuie sur un argument du genre de celui qui repose sur l’acceptation des conditions, que le juge Cory a analysé dans l’arrêt *Wholesale Travel*, précité. Dans cet arrêt, le juge Cory a conclu que cet argument justifiait d’assujettir l’exigence en matière de faute pour une infraction à la réglementation à une norme d’examen fondé sur la *Charte*, qui soit moins élevée que celle des «crimes proprement dits». L’argument reposant sur l’acceptation des conditions postule qu’il faut présumer que les personnes assujetties à la réglementation, lorsqu’elles se lancent dans un secteur assujetti à l’obtention de permis, connaissent et ont accepté les modalités pertinentes du domaine d’activité réglementé, et qu’elles doivent donc être tenues responsables de toute violation de ces modalités. À la page 229 de ses motifs dans l’arrêt *Wholesale Travel*, le juge Cory décrit ainsi l’argument reposant sur l’acceptation des conditions:

The licensing concept rests on the view that those who choose to participate in regulated activities have, in doing so, placed themselves in a responsible relationship to the public generally and must accept the

Le concept de l’acceptation des conditions repose sur la théorie que ceux qui choisissent de se livrer à des activités réglementées ont, en agissant ainsi, établi un rapport de responsabilité à l’égard du public en général

consequences of that responsibility. Therefore, it is said, those who engage in regulated activity should, as part of the burden of responsible conduct attending participation in the regulated field, be deemed to have accepted certain terms and conditions applicable to those who act within the regulated sphere. Foremost among these implied terms is an undertaking that the conduct of the regulated actor will comply with and maintain a certain minimum standard of care.

The licensing justification is based not only on the idea of a conscious choice being made to enter a regulated field but also on the concept of control. The concept is that those persons who enter a regulated field are in the best position to control the harm which may result, and that they should therefore be held responsible for it.

Later, at pp. 239-40, he continued on the same theme:

The regulated actor is allowed to engage in activity which potentially may cause harm to the public. That permission is granted on the understanding that the actor accept, as a condition of entering the regulated field, the responsibility to exercise reasonable care to ensure that the proscribed harm does not come about. As a result of choosing to enter a field of activity known to be regulated, the regulated actor is taken to be aware of and to have accepted the imposition of a certain objective standard of conduct as a pre-condition to being allowed to engage in the regulated activity.

Though the present case does not raise the issue of fault requirements under the *Charter*, Cory J.'s comments respecting the licensing argument in *Wholesale Travel* are, as I see it, equally relevant to the analysis of the principle against self-incrimination in the present case. Indeed this case would seem to present us with a paradigmatic example of a licensing scheme, in that the appellant literally cannot participate in the commercial fishery without a licence. In accepting his licence, he must accept the terms and conditions associated with it, which include the completion of hail reports and fishing logs, and the prosecution of those who overfish. To the extent that the appellant believes himself to be compelled "against his will" to produce hail reports and fishing logs, lest they one

et doivent assumer les conséquences de cette responsabilité. C'est pourquoi on devrait considérer, dit-on, que ceux qui se livrent à une activité réglementée ont accepté, dans le cadre de la conduite responsable qu'ils doivent assumer en raison de leur participation au domaine réglementé, certaines conditions applicables aux personnes qui agissent dans la sphère réglementée. La plus importante de ces conditions est l'engagement de la personne assujettie à la réglementation de faire preuve dans sa conduite d'un minimum de diligence.

La théorie de l'acceptation des conditions repose non seulement sur l'idée que la personne a choisi consciemment d'exercer une activité réglementée, mais aussi sur le concept du contrôle. Selon ce concept, les personnes qui se lancent dans un domaine réglementé sont les mieux placées pour contrôler le préjudice qui peut en découler et elles devraient donc en être tenues responsables.

Puis, aux pp. 239 et 240, il ajoute sur la même question:

La personne assujettie à une réglementation est autorisée à exercer une activité qui peut éventuellement causer un préjudice au public. Cette autorisation lui est accordée à condition qu'elle accepte, pour exercer ses activités dans le domaine réglementé, de faire preuve de diligence raisonnable afin d'éviter que le préjudice pros crit ne se produise. En conséquence de sa décision d'exercer une activité dans un domaine qu'elle sait être réglementé, la personne est censée savoir et avoir accepté que l'une des conditions préalables à l'autorisation d'exercer l'activité réglementée est le respect d'une certaine norme objective de conduite.

Bien que la présente affaire ne soulève pas la question des exigences en matière de faute en vertu de la *Charte*, les commentaires du juge Cory au sujet de l'argument reposant sur l'acceptation des conditions dans l'arrêt *Wholesale Travel* sont, à mon avis, également pertinents quant à l'analyse du principe interdisant l'auto-incrimination en l'espèce. En fait, la présente affaire semblerait se présenter à nous comme un parfait exemple de régime de permis, du fait que l'appelant ne peut pas littéralement pratiquer la pêche commerciale sans permis. En acceptant son permis, il doit souscrire aux modalités qui s'y rattachent, ce qui inclut la préparation de rapports radio et la tenue de journaux de bord, et l'engagement de poursuites contre ceux qui pratiquent la surpêche. Dans la mesure où

day be used against him in a prosecution for overfishing, he is free to resign from the commercial fishery, and thereby to be released from this obligation.

42

Surely it defies common sense to argue that the state, in seeking to regulate the commercial fishery by attaching certain conditions to a fishing licence, is coercing an individual to furnish information against himself. Quite the opposite in fact is true; the individual is furnishing information that is meant to benefit him or her, through proper and fair distribution of scarce fishing resources. Just because this information may later be used in an adversarial proceeding, when the state seeks to enforce the restrictions necessary to accomplish its regulatory objectives, does not mean that the state is guilty of coercing the individual to incriminate himself. The state required certain information to be provided, and the individual voluntarily assumed the obligation to do so in deciding to become a fisher in the first place. It ill lies in the mouth of someone who knowingly assumes an obligation for a beneficial purpose to argue later that this obligation has the effect of denying him his rights.

D. Rationale Behind the Principle Against Self-Incrimination

43

In *Jones, supra*, at p. 250, the Chief Justice identified the two fundamental purposes behind the principle against self-incrimination as being: first, to protect against unreliable confessions, and second, to protect against the abuse of power by the state. He further stated, at p. 257, that in his view any limits on the principle against self-incrimination should be determined by reference to these two underlying rationales. I agree. In my view, neither of these two rationales is threatened by allowing the Crown to use hail reports and fishing logs in the prosecution of those who overfish, and this strengthens my conviction that the principle

l'appelant s'estime contraint «malgré lui» de soumettre des rapports radio et des journaux de bord et où il craint qu'ils puissent être utilisés, un jour, contre lui dans des poursuites pour surpêche, il est libre de renoncer à la pêche commerciale, et de se libérer ainsi de cette obligation.

Il est sûrement contraire au bon sens d'affirmer que l'État, en recourant à l'assujettissement des permis de pêche à certaines conditions pour régler la pêche commerciale, force une personne à fournir des renseignements contre elle-même. C'est plutôt le contraire qui est vrai; la personne fournit des renseignements qui doivent lui profiter grâce à la répartition juste et équitable de ressources halieutiques peu abondantes. Le simple fait que ces renseignements puissent par la suite être utilisés dans des procédures contradictoires, où l'État cherche à faire respecter les restrictions nécessaires à la réalisation des objectifs de sa réglementation, ne signifie pas que l'État est coupable de contraindre cette personne à s'incriminer. L'État exigeait que certains renseignements lui soient fournis, et le particulier a assumé de son plein gré l'obligation de les fournir lorsqu'il a décidé, au départ, de devenir pêcheur. La personne qui assume en toute connaissance de cause une obligation à des fins salutaires serait malvenue de faire valoir par la suite que cette obligation a pour effet de nier ses droits.

D. La raison d'être du principe interdisant l'auto-incrimination

Dans l'arrêt *Jones*, précité, à la p. 250, le Juge en chef a énoncé les deux objets fondamentaux du principe interdisant l'auto-incrimination: le premier, la protection contre les confessions indignes de foi, et le deuxième, la protection contre les abus de pouvoir de l'État. Il a aussi affirmé, à la p. 257, qu'à son avis toute restriction apportée au principe interdisant l'auto-incrimination devrait être examinée en fonction de ces deux objets fondamentaux. Je suis d'accord. À mon avis, aucun de ces deux objets n'est compromis si on autorise le ministère public à utiliser des rapports radio et des journaux de bord dans les poursuites contre ceux qui pratiquent la surpêche, et cela renforce ma conviction que le principe interdisant l'auto-incrimination

against self-incrimination should be limited in this area.

I suggest that the first purpose underlying the principle — the need to protect against unreliable confessions — is not here determinative. Primarily this is because I do not believe that there has been any “confession” on the facts of this case at all. On the assumption that a true return under s. 61 can be equated to a confession, however, I still do not believe that allowing the use of these returns at trial increases the likelihood of their being falsified. First of all, I would be surprised if there is not already a certain incentive to falsify returns, given that fishers are aware that they must abide by quotas, and may have a desire to appear to be doing so. This dangerous incentive is already combatted by s. 63 of the Act, however, which makes it an offence to file a false return. It does not require application of the principle against self-incrimination. Moreover, it is unclear to me what is proposed as an alternative, were a concern about unreliable returns warranted. Would the system be better if fishers could (honestly) submit hail reports and fishing logs that indicated they had massively overfished under the Act, secure in the knowledge that these returns could not later be used against them? I am not prepared to accept the fear of an increased incentive to falsify returns as a reasonable basis to conclude that the principle against self-incrimination applies to this case.

This leaves us to consider the second rationale proposed by the Chief Justice in *Jones* as underlying the principle against self-incrimination — the need to guard against the abuse of power by the state. This concern was reflected in Iacobucci J.’s emphasis in *S. (R.J.)*, *supra*, on the “case to meet” idea as the unifying thought behind the principle against self-incrimination. This idea proposes that “individuals should be left alone in the absence of justification, and not conscripted by the state to promote a self-defeating purpose” (p. 504). The

devrait avoir une application limitée dans ce domaine.

Selon moi, le premier objet fondamental du principe, soit la protection contre les confessions indignes de foi, n’est pas déterminant en l’espèce, surtout parce que je ne crois pas qu’il y ait eu quelque «confession» que ce soit d’après les faits. Même en supposant qu’une déclaration véridique au sens de l’art. 61 puisse être assimilée à une confession, je ne crois toujours pas que permettre l’utilisation de ces déclarations au procès augmente la probabilité qu’elles soient falsifiées. D’abord, je serais surpris qu’il n’y ait pas déjà une certaine incitation à falsifier ces déclarations, étant donné que les pêcheurs savent qu’ils doivent respecter les contingents, et qu’ils peuvent vouloir donner l’impression qu’ils le font. Toutefois, cette dangereuse incitation est déjà contrée par l’art. 63 de la Loi, selon lequel commet une infraction la personne qui produit une fausse déclaration. Cela ne nécessite pas l’application du principe interdisant l’auto-incrimination. Par ailleurs, je ne vois pas bien ce qu’on pourrait proposer comme solution de rechange, si la crainte d’obtenir des déclarations indignes de foi était justifiée. Le système serait-il meilleur si les pêcheurs pouvaient (honnêtement) soumettre des rapports radio et des journaux de bord indiquant qu’ils ont massivement enfreint les contingents fixés en vertu de la Loi, en étant assurés que ces déclarations ne pourraient pas être utilisées ultérieurement contre eux? Je ne suis pas prêt à accepter que la crainte d’une incitation accrue à falsifier des déclarations constitue un motif raisonnable de conclure que le principe interdisant l’auto-incrimination s’applique en l’espèce.

Cela nous amène à examiner le deuxième objet qui, selon le Juge en chef dans l’arrêt *Jones*, sous-tend le principe interdisant l’auto-incrimination, la protection contre les abus de pouvoir de l’État. Cette préoccupation est reflétée par le fait que, dans l’arrêt *S. (R.J.)*, précité, le juge Iacobucci insiste pour dire que la «preuve complète» est l’idée unificatrice qui sous-tend le principe interdisant l’auto-incrimination. Suivant cette idée, «un particulier ne doit pas être dérangé sans raison et ne doit pas être obligé par l’État de promouvoir

need to prevent against abusive state conduct is also reflected in the reasons of the Chief Justice, and Sopinka and L'Heureux-Dubé JJ. in *S. (R.J.)*, all of whom sought like Iacobucci J. to define the point at which state conduct in obtaining evidence from an individual becomes offensive under s. 7.

46 In my view, there is little danger of abusive state conduct in this instance, so this rationale for the principle against self-incrimination does not therefore require the principle to be applied here. I cannot see how it can be said to be abusive for the state to prosecute overfishing on the basis of the true returns it requires fishers to fill out as a condition of their voluntary participation in the commercial fishery.

47 In fact, in my view, the alternatives to the self-reporting scheme would run the risk of being far more "abusive" on the part of the state. If the Crown were prohibited from relying on true returns when prosecuting overfishing, other means would have to be devised to meet the state's important fishery conservation and management objectives. As stated by Taggart J.A. in the court below, "it would take a considerable number of fisheries officers and a small armada of fisheries patrol vessels to maintain the kind of surveillance required to ensure fishers stay within the quotas fixed by the Plan" (p. 177). Since what is particularly important in setting quotas is the precise location of the fishing underway, vessels would have to patrol virtually all relevant fishing areas at all times. They would have to be empowered to board fishing vessels and demand to know the size, type and timing of catch. Not only would this be extremely expensive and complicated to administer, it would also be far more invasive of the commercial industry than the current self-reporting requirement.

une fin susceptible de causer sa propre défaite» (p. 504). Le besoin de protection contre toute conduite abusive de l'État ressort aussi des motifs du Juge en chef et de ceux des juges Sopinka et L'Heureux-Dubé dans *S. (R.J.)*, qui, à l'instar du juge Iacobucci, ont tous cherché à déterminer quand la conduite adoptée par l'État pour obtenir des éléments de preuve d'un particulier contrevient à l'art. 7.

À mon avis, il y a peu de risques de conduite abusive de la part de l'État en l'espèce, de sorte que cet objet du principe interdisant l'auto-incrimination n'exige pas qu'il s'applique en l'espèce. Je ne vois pas comment on peut dire qu'il est abusif de la part de l'État d'engager des poursuites pour surpêche en se fondant sur les déclarations véridiques qu'il demande aux pêcheurs de soumettre comme condition de leur participation volontaire à la pêche commerciale.

En fait, j'estime que les solutions de rechange au régime de rapports que les pêcheurs doivent soumettre risqueraient d'être beaucoup plus «abusives» de la part de l'État. S'il était interdit au ministère public de s'appuyer sur des déclarations véridiques lors de poursuites pour surpêche, il faudrait trouver d'autres moyens de permettre à l'État d'atteindre ses objectifs importants de conservation et de gestion des ressources halieutiques. Comme le juge Taggart l'a dit en cour d'appel, [TRADUCTION] «il faudrait un nombre considérable d'agents des pêches et une petite armada de navires patrouilleurs pour maintenir le type de surveillance requis pour garantir le respect, par les pêcheurs, des contingents fixés par le plan» (p. 177). Étant donné qu'il est particulièrement important, lors de l'établissement des contingents, de savoir précisément où la pêche a lieu, les bateaux devraient patrouiller sans cesse dans presque toutes les zones pertinentes. Les agents des pêches devraient être habilités à monter à bord des bateaux et à exiger qu'on leur divulgue la quantité et les espèces de poissons capturés et le moment où ils l'ont été. Cela serait non seulement extrêmement dispendieux et compliqué, mais encore plus envahissant à l'égard du secteur de la pêche commerciale que l'exigence actuelle des rapports.

The difficulty and expense of this alternative might in fact make it impractical, leaving the state with no feasible means of enforcing specific quotas in certain fishing areas. It is hard to see how this would be a desirable outcome. Surely most people would think it was abusive on the part of fishers if they could file returns blatantly admitting their overfishing, and then escape prosecution because to use these returns would offend against s. 7 of the *Charter*. The principle against self-incrimination was never intended to assist individuals in committing regulatory offences, and should not be extended to protect the appellant from prosecution in the present case.

E. *Analogy to Business Records Under Section 8*

My conclusion that it is not abusive for the state to prosecute those who overfish, using their own hail reports and fishing logs as evidence of the offence, is strengthened by reference to this Court's jurisprudence on the application of s. 8 of the *Charter* in the regulatory context. In applying a contextual approach under s. 8, this Court has repeatedly emphasized that searches and seizures of documents relating to activity known to be regulated by the state are not subject to the same high standard as searches and seizures in the criminal context. This is because a decreased expectation of privacy exists respecting records that are produced during the ordinary course of business; see in particular my reasons in both *Thomson Newspapers*, *supra*, at pp. 506-8, and *Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash*, [1994] 2 S.C.R. 406, at pp. 420-21 and 424, as well as those of Wilson J. in *R. v. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 627, at pp. 645-47, L'Heureux-Dubé J. in *Comité paritaire*, at pp. 443-44, and Sopinka J. in *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, at pp. 291-96. In my view a similar standard should be applied to the use in a regulatory prosecution of records that are statutorily compelled as a condition of participation in the regulatory area. Little expectation of privacy can attach to these documents, since they are produced precisely to be read

Les difficultés et les dépenses liées à cette solution de rechange pourraient en fait la rendre impossible, laissant l'État sans moyen concret de faire respecter les contingents applicables dans certaines zones de pêche. Il est difficile de voir en quoi cela serait un résultat souhaitable. Il est évident que la plupart des gens considéreraient qu'il serait abusif de la part des pêcheurs que ceux-ci puissent produire des déclarations dans lesquelles ils reconnaîtraient ouvertement avoir pratiqué la surpêche, pour ensuite échapper aux poursuites parce que ces déclarations contreviendraient à l'art. 7 de la *Charte*. Le principe interdisant l'auto-incrimination n'a jamais eu pour but d'aider des particuliers à commettre des infractions à la réglementation, et il ne devrait pas permettre de protéger l'appelant contre les poursuites dont il fait l'objet en l'espèce.

E. *Analogue avec les dossiers d'entreprise visés par l'art. 8*

Ma conclusion qu'il n'est pas abusif de la part de l'État de poursuivre ceux qui pratiquent la surpêche, en utilisant leurs rapports radio et journaux de bord comme preuve de l'infraction qu'ils ont commise, est renforcée par la jurisprudence de notre Cour quant à l'application de l'art. 8 de la *Charte* dans le contexte d'une réglementation. En donnant à l'art. 8 une interprétation fondée sur le contexte, notre Cour a, à maintes reprises, souligné que les fouilles, les perquisitions et les saisies de documents se rapportant à une activité que l'on sait réglementée par l'État ne sont pas assujetties à la norme élevée qui s'applique à celles effectuées dans le contexte criminel. Il en est ainsi parce que l'attente en matière de vie privée est moins grande relativement à des dossiers qui sont préparés dans le cours normal des affaires; voir, en particulier, mes motifs tant dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, aux pp. 506 à 508, que dans l'arrêt *Comité paritaire de l'industrie de la chemise c. Potash*, [1994] 2 R.C.S. 406, aux pp. 420, 421 et 424, de même que les motifs du juge Wilson dans l'arrêt *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, aux pp. 645 à 647, ceux du juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Comité paritaire*, aux pp. 443 et 444, et ceux du juge Sopinka dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, aux pp. 291 à 296. À mon avis, une norme semblable devrait s'appliquer à

and relied upon by state officials. Similarly, I do not believe it is inconsistent with the principles of fundamental justice for the Crown to rely upon these documents in a prosecution for overfishing. The documents should not be equated to involuntary confessions to investigators, reflecting as they do instead the voluntary compliance by commercial fishers with the statutory requirements of the regulated fishing regime. The principle against self-incrimination under s. 7 of the *Charter* should not be understood to elevate all records produced under statutory compulsion to the status of compelled testimony at a criminal or investigative hearing.

l'utilisation, dans des poursuites pour infraction à la réglementation, de dossiers requis par la loi comme condition de participation au domaine d'activité réglementé. Une faible attente en matière de vie privée peut se rattacher à ces documents, étant donné qu'ils sont préparés précisément pour être lus et utilisés par les fonctionnaires de l'État. De même, je ne crois pas qu'il soit incompatible avec les principes de justice fondamentale que le ministère public utilise ces documents dans des poursuites pour surpêche. Ces documents ne devraient pas être assimilés à des confessions involontaires faites à des enquêteurs, car ils reflètent le respect de plein gré, par les pêcheurs commerciaux, des exigences légales du régime de réglementation des pêches. Le principe interdisant l'auto-incrimination, visé à l'art. 7 de la *Charte*, ne devrait pas être interprété comme conférant à tous les dossiers préparés sous contrainte légale le statut de témoignage forcé lors d'une audience tenue en matière criminelle ou aux fins d'une enquête.

50

Both the appellant and Wood J.A. in the court below argued that hail reports and fishing logs are similar to the compelled testimony considered under s. 7 in *Thomson Newspapers, supra*, because these records are "created" in response to state compulsion, and do not arise from the ordinary (private) course of business, merely to be "located" by the individual. With respect, I do not agree. In my view, hail reports and fishing logs should be seen to constitute the "ordinary" records of those licensed to participate in the groundfish fishery; the fact that these records are statutorily required, and would not exist but for s. 61 of the Act, does not suddenly turn them into compelled testimony of the kind that is taken during an investigation into wrongdoing. Hail reports and fishing logs are required from all commercial fishers and assist in the routine administration of the *Fisheries Act*, quite apart from any investigation into wrongdoing. They are produced by all the participants in the regulatory sphere, not just by one person in response to a criminal investigation; they are there-

L'appelant et le juge Wood de la Cour d'appel ont tous les deux fait valoir que les rapports radio et les journaux de bord sont semblables au témoignage forcé qui fait l'objet d'un examen fondé sur l'art. 7 dans l'arrêt *Thomson Newspapers*, précité, parce que les dossiers en question sont « créés » sous l'effet d'une contrainte de l'État, et non dans le cours normal (privé) des affaires, puis simplement « situés » par l'individu. En toute déférence, je ne suis pas de cet avis. Selon moi, les rapports radio et les journaux de bord devraient être considérés comme étant les dossiers « ordinaires » des personnes autorisées à pêcher le poisson de fond; le fait que ces dossiers soient exigés par la loi, et qu'ils n'existeraient pas si ce n'était l'art. 61 de la Loi, ne les transforme pas subitement en un témoignage forcé du genre de celui qui a lieu dans une enquête sur des actes fautifs. Tous les pêcheurs commerciaux doivent soumettre les rapports radio et les journaux de bord, qui sont utilisés pour l'application courante de la *Loi sur les pêches*, indépendamment de toute enquête sur des actes fautifs. Ce sont tous les participants au domaine d'activité réglementé qui soumettent ces rapports, et non seulement les personnes qui font l'objet d'une enquête criminelle; ils sont donc semblables aux dossiers

fore similar to the pre-existing business records considered in *Thomson Newspapers*.

My conclusion on this issue is buttressed by the fact that it cannot be said that using the information contained in hail reports and fishing logs is an affront to individual dignity — a fundamental value that underlies so many *Charter* rights. For these records divulge nothing about the personality of the individual who has created them. The information recorded is of a purely objective kind, and its relevance is limited entirely to a matter of importance only to the management and conservation of the fisheries. The information divulges nothing of the state of mind, thoughts, or opinions of the individual who has submitted the records. Their content is in fact even more limited than that of the business records at issue in *Thomson Newspapers*, about which I stated, at pp. 517-18:

These records and documents do not normally contain information about one's lifestyle, intimate relations or political or religious opinions. They do not, in short, deal with those aspects of individual identity which the right of privacy is intended to protect from the overbearing influence of the state.

Moreover, the requirement to keep records under the *Fisheries Act* does not impose any psychological or emotional pressures on the individual, and in this way the state intrusion at issue here contrasts sharply with inquisitorial and police interrogatories and testimonial compulsion. These latter do not arise in the ordinary course of business, usually occur after deliberations of wrongdoing are complete, and place the individual in a heightened state of anxiety since the inquisitorial or investigatory procedures of the state are put into operation. Here, in contrast, there is nothing stressful or invasive about responding to a statutory requirement to make hail reports and fishing logs

d'entreprise préexistants dont il est question dans l'arrêt *Thomson Newspapers*.

Ma conclusion sur la question est renforcée par le fait qu'on ne saurait dire que l'utilisation des renseignements contenus dans les rapports radio et les journaux de bord est un affront à la dignité de la personne — une valeur fondamentale qui soutient tant de droits garantis par la *Charte* —, car ces dossiers ne divulguent rien au sujet de la personnalité de l'individu qui les a créés. Les renseignements consignés sont de nature purement objective et leur pertinence est entièrement limitée aux questions qui ne sont importantes que pour la gestion et la conservation des ressources halieutiques. Les renseignements ne divulguent rien de l'état d'esprit, des pensées ou des opinions de la personne qui les a soumis. En fait, leur contenu est encore plus limité que celui des dossiers d'entreprise dont il était question dans l'arrêt *Thomson Newspapers* et au sujet desquels j'ai affirmé, aux pp. 517 et 518:

Ces dossiers et documents ne contiennent habituellement pas de renseignements relatifs au mode de vie d'une personne, à ses relations intimes ou à ses convictions politiques ou religieuses. Bref, ils ne traitent pas de ces aspects de l'identité personnelle que le droit à la vie privée vise à protéger de l'influence envahissante de l'État.

De plus, l'exigence de tenir des dossiers en vertu de la *Loi sur les pêches* n'exerce aucune pression psychologique ou émotionnelle sur la personne, de sorte que l'intrusion de l'État dont il est question en l'espèce contraste violemment avec les interrogatoires menés dans le cadre d'une enquête ou par la police et avec la contrainte à témoigner. Ces derniers surviennent non pas dans le cours normal des affaires, mais plutôt à la suite de délibérations sur des actes fautifs, et ils placent la personne concernée dans un état d'angoisse accru du fait que les procédures d'enquête et d'investigation de l'État sont déclenchées. En l'espèce, par contre, il n'y a rien de stressant ou d'envahissant dans le fait de se conformer à une exigence légale de soumettre des rapports radio et de tenir des journaux de bord — une exigence conçue au profit non seu-

51

52

— a requirement designed to benefit not only those who comply with it, but also society at large.

F. *American Position*

53

Before concluding, I should say that the United States Supreme Court seems to have adopted a similar view respecting the application of the Fifth Amendment to records compelled as part of a regulatory scheme. Despite the breadth of the protection against self-incrimination afforded by the Fifth Amendment, the U.S. Supreme Court has not extended the privilege to include documents, or oral reports, the individual is required to keep or make that are reasonably necessary to the fulfilment of a proper government purpose; see *Shapiro v. United States*, 335 U.S. 1 (1948). This doctrine is known as the “required records” exception to the Fifth Amendment. The U.S. Supreme Court has also thought it proper to emphasize the context in which a self-reporting requirement arises, suggesting that Fifth Amendment protections in the criminal context should not blindly be transported into the regulatory sphere, especially where a self-reporting requirement may be instrumental to the fulfilment of a regulatory purpose; see *California v. Byers*, 402 U.S. 424 (1971). Some of the benefits of the American approach in this area are outlined in an article by S. A. Saltzburg entitled “The Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege Against Self-Incrimination” (1986), 53 *U. Chi. L. Rev.* 6.

IV. Conclusion

54

For all of the above reasons, I conclude that the principles of fundamental justice, and in particular the principle against self-incrimination, do not prevent the Crown from relying on fishing logs and a hail report at the appellant’s trial for overfishing simply because these documents are statutorily required. It is not contrary to fundamental justice for an individual to be convicted of a regulatory offence on the basis of a record or return that he or

lement de ceux qui s’y conforment, mais aussi de toute la société.

F. *La position américaine*

Avant de conclure, je tiens à préciser que la Cour suprême des États-Unis semble avoir adopté un point de vue similaire quant à l’application du Cinquième amendement aux dossiers requis dans le cadre d’un régime de réglementation. Malgré l’importance de la protection accordée contre l’auto-incrimination par le Cinquième amendement, la Cour suprême des États-Unis n’a pas étendu l’application du privilège de ne pas s’incriminer aux documents ou aux rapports oraux que les personnes sont tenues de préparer ou de soumettre en vue de réaliser un objectif gouvernemental légitime; voir l’arrêt *Shapiro c. United States*, 335 U.S. 1 (1948). Ce principe est connu sous le nom d’exception des [TRADUCTION] «dossiers requis» au Cinquième amendement. La Cour suprême des États-Unis a aussi jugé utile de souligner le contexte dans lequel l’exigence de soumettre des rapports se présente, donnant ainsi à entendre que les protections accordées en matière criminelle par le Cinquième amendement ne devraient pas être aveuglément transposées dans le domaine de la réglementation, particulièrement lorsqu’une exigence de soumettre des rapports peut contribuer à la réalisation d’un objectif en matière de réglementation; voir *California c. Byers*, 402 U.S. 424 (1971). Certains avantages de l’approche américaine dans ce domaine sont soulignés par S. A. Saltzburg, dans un article intitulé «The Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege Against Self-Incrimination» (1986), 53 *U. Chi. L. Rev.* 6.

IV. Conclusion

Pour tous ces motifs, je conclus que les principes de justice fondamentale, et en particulier le principe interdisant l’auto-incrimination, n’empêchent pas le ministère public d’utiliser un rapport radio et des journaux de bord au procès pour surpêche qui a été intenté contre l’appelant, simplement parce que ces documents sont requis par la loi. Il n’est pas contraire à la justice fondamentale de déclarer une personne coupable d’une infraction

she is required to submit as one of the terms and conditions of his or her participation in the regulatory sphere. In this context, the balance between societal and individual interests under s. 7 of the *Charter* suggests that the principle against self-incrimination should not be applied as rigidly as it might be in the context of a purely criminal offence. Its realization does not require the appellant to be provided with immunity against the use of statutorily compelled information. There is no need, then, to consider the issue of justification under s. 1.

One final matter remains to be dealt with, and that is the rather unusual request by the appellant for one half of his solicitor and client costs. It is sufficient to say that I see no reason to depart from this Court's usual practice in this area, and would make no order as to costs.

V. Disposition

I would dismiss the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Campney & Murphy, Vancouver.

Solicitor for the respondent: George Thomson, 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 Department of Justice, Sainte-Foy.

à la réglementation sur le fondement d'un dossier ou d'une déclaration qu'elle a dû soumettre aux termes des modalités de sa participation au domaine d'activité réglementé. Dans ce contexte, compte tenu de l'équilibre à établir, en vertu de l'art. 7 de la *Charte*, entre les intérêts de la société et ceux du particulier, il n'y a pas lieu d'appliquer le principe interdisant l'auto-incrimination d'une façon aussi rigoureuse que ce pourrait être le cas relativement à une infraction purement criminelle. Pour que cet équilibre soit atteint, il n'est pas nécessaire que l'appelant bénéficie d'une immunité contre l'utilisation des renseignements que la loi l'a obligé à soumettre. Il n'est donc pas nécessaire d'examiner la question de la justification au sens de l'article premier.

Il reste à examiner un dernier point et il s'agit de la demande plutôt inhabituelle présentée par l'appelant en vue d'obtenir la moitié de ses dépens sur la base procureur-client. Il suffit de dire que je ne vois aucune raison de déroger à la pratique habituelle de notre Cour en la matière et je suis donc d'avis de ne pas accorder de dépens.

V. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Campney & Murphy, Vancouver.

Procureur de l'intimée: George Thomson, 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 ministère de la Justice, Sainte-Foy.

55

56

B.K. Appellant

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. K. (B.)

File No.: 24357.

1995: October 3; 1995: November 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
SASKATCHEWAN

Criminal law — Contempt of court — Summary process — Appellant subpoenaed as Crown witness at preliminary inquiry — Appellant insolent and abusive toward presiding judge while refusing to be sworn — Appellant convicted of contempt of court instanter — Whether circumstances of demonstrable necessity justified preliminary inquiry judge's decision to convict and sentence appellant without a hearing and without providing reasonable opportunity to retain and consult counsel.

The appellant was subpoenaed as a Crown witness to a preliminary inquiry involving a charge of attempted murder against two accused. He attended but refused to be sworn and was insolent and abusive toward the presiding judge. The judge convicted him of contempt of court *instanter*, with no notice or show cause hearing and no reasonable opportunity for him to speak with a lawyer. As a result of the appellant's refusal to testify and the victim's failure to appear to give evidence, the presiding judge discharged both accused. The Court of Appeal dismissed the appellant's appeal against conviction. It appeared to be of the opinion that the judge was justified in using the *instanter* contempt procedure in order to maintain jurisdiction over the appellant, since once the appellant refused to testify, the judge had no choice but to bring the preliminary inquiry to an end and therefore could not adjourn it and bring the appellant back at some later time to deal with the contempt issue.

B.K. Appellant

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. K. (B.)

N° du greffe: 24357.

1995: 3 octobre; 1995: 16 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
SASKATCHEWAN

Droit criminel — Outrage au tribunal — Procédure sommaire — Appelant assigné à comparaître comme témoin du ministère public à une enquête préliminaire — Appelant grossier et insolent envers le juge président l'enquête préliminaire et refusant d'être assermenté — Appelant déclaré coupable d'outrage au tribunal séance tenante — Existait-il une situation de nécessité justifiant le juge président l'enquête préliminaire de déclarer l'appelant coupable d'outrage au tribunal et de lui infliger une peine, sans tenir d'audience et sans lui accorder une possibilité raisonnable de retenir les services d'un avocat?

L'appelant a été assigné à comparaître comme témoin du ministère public à une enquête préliminaire concernant une accusation de tentative de meurtre portée contre deux autres accusés. Il a comparu, mais il a refusé d'être assermenté et s'est montré grossier et insolent envers le juge président l'enquête préliminaire. Le juge l'a, séance tenante, déclaré coupable d'outrage au tribunal, sans lui donner d'avis, sans tenir d'audience de justification et sans lui donner de possibilité raisonnable de parler à un avocat. Par suite du refus de l'appelant de témoigner et de la non-comparution de la victime, le juge président l'enquête préliminaire a libéré les deux accusés. La Cour d'appel a rejeté l'appel formé contre la déclaration de culpabilité de l'appelant. Elle semblait être d'avis que le juge était justifié d'appliquer séance tenante la procédure d'outrage au tribunal afin de garder compétence sur l'appelant, car, après que l'appelant eut refusé de témoigner, le juge n'avait d'autre choix que de mettre fin à l'enquête préliminaire et ne pouvait donc pas l'ajourner et ramener plus tard l'appelant devant lui pour décider de la question de l'outrage au tribunal.

Held (Major J. dissenting): The appeal should be allowed and the conviction for contempt quashed.

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The ability of a judge to forego the formal trappings of a criminal trial and summarily punish for contempt has been recognized by this Court on a number of occasions and has received Parliamentary approval in s. 10 of the *Criminal Code*. The notion of citing in contempt should be used not as an expression of a finding of contempt but rather as a method of providing the accused with notice that he or she has been contemptuous and will be required to show cause why he or she should not be held in contempt. The *instanter* summary procedure was not justified in this case, since there were no circumstances which made it urgent and imperative to act immediately to convict and sentence the appellant instantly for contempt of court. A court's exercise of its contempt power should be restrained by the principle that only the least possible power adequate to the end proposed should be used. The preliminary inquiry judge was not operating under s. 545 of the *Code*, which enables a judge to adjourn the inquiry and commit the recalcitrant witness, but under s. 484, which provides a judge with "the same power and authority to preserve order in a court over which he presides as may be exercised by the superior court of criminal jurisdiction". It was not the refusal to testify that the judge was dealing with in finding the appellant guilty of contempt but rather the manner in which he behaved when called as a witness. While the presiding judge was amply justified in initiating the summary contempt procedures, there was no justification for foregoing the usual steps, required by natural justice, of putting the witness on notice that he must show cause why he would not be found in contempt of court, followed by an adjournment which need be no longer than that required to offer the witness an opportunity to be advised by counsel and, if he chooses, to be represented by counsel. In addition, upon a finding of contempt there should be an opportunity to have representations made as to what would be an appropriate sentence. This was not done and there was no need to forego all of these steps.

Arrêt (le juge Major est dissident): Le pourvoi est accueilli et la déclaration de culpabilité pour outrage au tribunal est annulée.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: La possibilité qu'ont les juges d'écarter l'application des formalités d'un procès criminel et de condamner un individu pour outrage au tribunal, par voie de procédure sommaire, a été reconnue par notre Cour à un certain nombre d'occasions et a été approuvée par le législateur fédéral à l'art. 10 du *Code criminel*. La notion de «*citing in contempt*» («*assignation pour outrage*») devrait être utilisée non pas pour indiquer qu'il y a constatation de l'outrage au tribunal mais plutôt pour aviser l'accusé qu'il a commis un outrage et qu'il devra expliquer pourquoi il ne devrait pas être déclaré coupable d'outrage au tribunal. Le recours séance tenante à la procédure par voie sommaire n'était pas justifié en l'espèce, parce qu'il n'existait pas de circonstances rendant urgent et impératif d'agir immédiatement, de déclarer l'appelant coupable d'outrage au tribunal séance tenante et de lui imposer une peine. Un tribunal doit exercer sa compétence en matière d'outrage au tribunal en respectant le principe que ce pouvoir ne devrait être utilisé que dans les limites nécessaires pour atteindre l'objectif visé. Le juge président l'enquête préliminaire n'agissait pas en vertu de l'art. 545 du *Code*, qui permet au juge d'ajourner l'enquête et d'ordonner l'incarcération du témoin récalcitrant, mais en vertu de l'art. 484, qui donne à un juge «le même pouvoir et la même autorité, pour maintenir l'ordre dans un tribunal par lui présidé, que ceux qui peuvent être exercés par la cour supérieure de juridiction criminelle». Ce n'est pas sur le refus de témoigner que le juge s'est prononcé en déclarant l'appelant coupable d'outrage au tribunal, mais plutôt sur la manière dont celui-ci s'est comporté lorsqu'il a été invité à déposer. Bien que le juge fût amplement justifié d'amorcer la procédure d'outrage au tribunal par voie sommaire, il n'avait aucune raison de déroger aux formalités habituelles requises par la justice naturelle, qui consistent à aviser le témoin qu'il doit expliquer pourquoi il ne devrait pas être déclaré coupable d'outrage au tribunal, puis à ajourner l'audience pendant le temps nécessaire pour donner au témoin la possibilité de consulter un avocat et, s'il le désire, de se faire représenter. De plus, si le témoin est déclaré coupable d'outrage au tribunal, il faut lui donner la possibilité de présenter des observations relativement à la peine appropriée. Cela n'a pas été fait, et il n'était pas nécessaire de déroger à toutes ces formalités.

Per Major J. (dissenting): While there must be an urgent and imperative need to treat the contempt *instanter*, the words “urgent” and “imperative” should be given a contextual meaning, to allow for their application in varying circumstances. The nature of the loutish and obscene behaviour of the appellant in this case demanded immediate response. While the safeguards of notice and the opportunity to speak to a lawyer occupy an important place in our jurisprudence, the deliberate and calculated conduct of the appellant makes it apparent that they would have served no purpose in this case. The preliminary inquiry judge, who was in the best position to determine the steps necessary to maintain order in the courtroom and preserve the dignity of the judicial system, decided to use the *instanter* procedure. The situation made it imperative to act immediately. The judge obviously concluded that the procedural steps normally required by natural justice would not be of any benefit in the situation he faced. That his decision was correct is supported by the fact that the appellant continued his disruptive behaviour during and after the finding of contempt, until he was removed.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Referred to: *Morris v. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079; *Sacher v. United States*, 343 U.S. 1 (1952); *Bloom v. Illinois*, 391 U.S. 194 (1968); *Baldwin v. New York*, 399 U.S. 66 (1970); *R. v. Vermette*, [1987] 1 S.C.R. 577; *Paul v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 169; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Balogh v. Crown Court at St. Albans*, [1974] 3 All E.R. 283; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *Reference re Milgaard*, [1992] 1 S.C.R. 875; *R. v. Martin* (1985), 19 C.C.C. (3d) 248; *R. v. Jolly* (1990), 57 C.C.C. (3d) 389; *Illinois v. Allen*, 397 U.S. 337 (1970); *United States v. Wilson*, 421 U.S. 309 (1975).

By Major J. (dissenting)

Balogh v. Crown Court at St. Albans, [1974] 3 All E.R. 283.

Le juge Major (dissident): Bien qu'on puisse statuer «séance tenante» en matière d'outrage au tribunal s'il est urgent et impératif de le faire, il faut interpréter les mots «urgent» et «impératif» suivant le contexte, de façon qu'ils puissent être utilisés dans diverses circonstances. Le comportement grossier et obscène de l'accusé en l'espèce exigeait une réaction immédiate. Bien que les garanties relatives à l'avis et à la possibilité de parler à un avocat occupent une place importante dans notre jurisprudence, il est évident qu'elles n'auraient servi à rien en l'espèce compte tenu de la conduite délibérée et calculée de l'accusé. Le juge chargé de l'enquête préliminaire, qui était le mieux placé pour décider des mesures nécessaires pour maintenir l'ordre dans la salle d'audience et protéger la dignité du système judiciaire, a choisi de statuer séance tenante. Compte tenu de la situation, il était impératif d'agir sans délai. Le juge a manifestement conclu que les formalités procédurales habituellement requises par la justice naturelle ne seraient d'aucune utilité dans la situation qui se présentait à lui. Le bien-fondé de sa décision est étayé par le fait que l'appelant a continué son comportement perturbateur pendant que le juge le déclarait coupable d'outrage au tribunal ainsi que par la suite, jusqu'à ce qu'on l'emène hors de la salle d'audience.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *Morris c. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079; *Sacher c. United States*, 343 U.S. 1 (1952); *Bloom c. Illinois*, 391 U.S. 194 (1968); *Baldwin c. New York*, 399 U.S. 66 (1970); *R. c. Vermette*, [1987] 1 R.C.S. 577; *Paul c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 169; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Balogh c. Crown Court at St. Albans*, [1974] 3 All E.R. 283; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *Renvoi relatif à Milgaard*, [1992] 1 R.C.S. 875; *R. c. Martin* (1985), 19 C.C.C. (3d) 248; *R. c. Jolly* (1990), 57 C.C.C. (3d) 389; *Illinois c. Allen*, 397 U.S. 337 (1970); *United States c. Wilson*, 421 U.S. 309 (1975).

Citée par le juge Major (dissident)

Balogh c. Crown Court at St. Albans, [1974] 3 All E.R. 283.

Statutes and Regulations Cited

Contempt of Court Act 1981 (U.K.), 1981, c. 49, s. 12.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 9 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 6], 10 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 203], 484, 545.
Federal Rules of Criminal Procedure, Rule 42(a).
 18 U.S.C. § 401.

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990.
Borrie and Lowe's Law of Contempt, 2nd ed. By Nigel Lowe. Consultant editor, Sir Gordon Borrie. London: Butterworths, 1983.
 Miller, C. J. *Contempt of Court*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1994), 125 Sask. R. 183, 81 W.A.C. 183, dismissing the accused's appeal from his conviction for contempt of court. Appeal allowed and conviction quashed, Major J. dissenting.

R. Peter MacKinnon, Q.C., and *E. Scott Hopley*, for the appellant.

Graeme G. Mitchell and *Sandra Folkins*, for the respondent.

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

LAMER C.J. — The sole issue raised in this appeal is whether there existed circumstances of demonstrable necessity justifying the preliminary inquiry judge's decision to convict and sentence *instantier* the appellant of contempt of court in the absence of a hearing and without providing a reasonable opportunity for the appellant to retain and consult counsel. The broader issue of whether the common law rule which permits a judge to act in such a manner is constitutionally infirm does not arise on the facts of this case and was not raised by

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 9 [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 6], 10 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 203], 484, 545.
Contempt of Court Act 1981 (U.K.), 1981, ch. 49, art. 12.
Federal Rules of Criminal Procedure, règle 42a).
 18 U.S.C. § 401.

Doctrines citées

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990.
Borrie and Lowe's Law of Contempt, 2nd ed. By Nigel Lowe. Consultant editor, Sir Gordon Borrie. London: Butterworths, 1983.
 Miller, C. J. *Contempt of Court*, 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1994), 125 Sask. R. 183, 81 W.A.C. 183, qui a rejeté l'appel interjeté par l'accusé contre la déclaration de culpabilité prononcée contre lui pour outrage au tribunal. Pourvoi accueilli et déclaration de culpabilité annulée, le juge Major est dissident.

R. Peter MacKinnon, c.r., et *E. Scott Hopley*, pour l'appelant.

Graeme G. Mitchell et *Sandra Folkins*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER — La seule question en litige dans le présent pourvoi est de savoir s'il existait des circonstances créant une situation de nécessité dont on peut démontrer qu'elle justifiait le juge président l'enquête préliminaire de décider, séance tenante, de déclarer l'appelant coupable d'outrage au tribunal et de lui infliger une peine, sans tenir d'audience à cet égard et sans lui accorder une occasion raisonnable de retenir les services d'un avocat et de le consulter. La question plus générale de la constitutionnalité de la règle de

the appellant in oral argument. I therefore leave it for another day.

I. Factual Background

2 The appellant was subpoenaed as a Crown witness to a preliminary inquiry involving a charge of attempted murder against two other accused. The victim was also subpoenaed but failed to attend the preliminary inquiry. The appellant attended the preliminary inquiry but refused to be sworn as a witness. In expressing his refusal to testify, the appellant was insolent and abusive towards the presiding judge as the following transcript of events reflects:

CLERK: Mr. K., do you want to step into the witness box, please.

B.K.: Okay.

CLERK: You have to stand up to be sworn.

B.K.: Oh, fuck.

CLERK: Please take the Bible in your right hand. Please state your full name for the Court.

B.K.: B.C.K.

CLERK: Spell your last name.

B.K.: K.

CLERK: Do you swear that the evidence you shall give touching the matters in question shall be the truth, the whole truth, and nothing but the truth so help you God?

B.K.: Fuck it, man, I ain't testifying.

COURT: I'm sorry, I didn't hear you.

B.K.: I ain't testifying, man. Fucking charge me. Whatever you fucking want, man. I ain't testifying.

3 According to the presiding judge, in his report to the Saskatchewan Court of Appeal, the appellant then threw the Bible on the floor immediately in front of the witness box, sat down in the box, sat

common law qui permet au juge d'agir ainsi ne se pose pas compte tenu des faits de l'espèce, et elle n'a pas été soulevée par l'appellant durant sa plaidoirie. Elle sera donc examinée à un autre moment.

I. Les faits

L'appellant a été assigné à comparaître, en tant que témoin du ministère public, à une enquête préliminaire concernant une accusation de tentative de meurtre portée contre deux autres accusés. La victime avait également été assignée, mais elle ne s'est pas présentée à l'enquête préliminaire. L'appellant a comparu, mais il a refusé d'être assermenté comme témoin. Lorsqu'il a exprimé son refus de déposer, l'appellant s'est montré grossier et insolent envers le juge présidant l'enquête préliminaire, comme en témoigne la transcription suivante des débats:

[TRADUCTION]

LE GREFFIER: B. K., présentez-vous à la barre des témoins, s'il vous plaît.

B.K.: O.K.

LE GREFFIER: Vous devez vous lever pour prêter serment.

B.K.: Ah! Câlice!

LE GREFFIER: Veuillez tenir la Bible dans votre main droite. Veuillez donner votre nom au complet à la Cour.

B.K.: B.C.K.

LE GREFFIER: Épelez votre nom de famille.

B.K.: K.

LE GREFFIER: Jurez-vous que le témoignage que vous allez rendre sur l'affaire en question sera la vérité, toute la vérité et rien que la vérité? Que Dieu vous soit en aide.

B.K.: Va chier. Moi, j'témoigne pas.

LA COUR: Je suis désolé, je ne vous ai pas entendu.

B.K.: J'témoigne pas. Accuse moi si tu veux, crisse. Fais ce que tu veux. Moi, j'témoigne pas.

Selon le rapport transmis à la Cour d'appel par le juge qui présidait l'enquête préliminaire, l'appellant a ensuite lancé la Bible par terre, devant la barre des témoins, puis il s'est assis, les bras croi-

back, crossed his arms and put his foot up on the railing of the witness box. Following this behaviour, the judge stated:

COURT: I find you guilty of contempt of in the face of this Court.

B.K.: Up yours, you dick.

COURT: And I sentence you to a period of incarceration of six months consecutive to any —

B.K.: Fuck you, you goof.

COURT: . . . time now being served.

B.K.: Goof.

COURT: Get him out of here.

B.K.: Fucking goof.

FIELD: I think that my case has not been advanced much by that witness's attendance.

COURT: That would seem to be the case.

FIELD: And I have no further evidence to call.

COURT: All right. Do you wish to address any argument?

NO AUDIBLE RESPONSE

COURT: With respect to this Information 1870787 I hereby discharge both accused.

. . .

COURT: Incidentally, for the record, he's not fit to be brought in to — to indicate that it's closed custody by reason of his attitude, so it's not appropriate for him to be in court.

As the transcript reveals the judge convicted the appellant of contempt of court *instanter*, that is, the conviction and sentence were instantaneous. There was no notice provided or a show cause hearing and no reasonable opportunity for the appellant to speak with a lawyer. As a result of the appellant's refusal to testify and the victim's failure to appear to give evidence, the presiding judge discharged both accused.

sés, le dos contre le banc et les pieds appuyés sur la balustrade. À la suite de ce comportement, le juge a déclaré ceci:

[TRADUCTION]

LA COUR: Je vous déclare coupable d'outrage commis en présence de la Cour.

B.K.: Dans l'cul, maudit niochon.

LA COUR: Et je vous condamne à une peine d'emprisonnement de six mois à purger consécutivement à toute —

B.K.: Va chier.

LA COUR: . . . que vous purgez présentement.

B.K.: Épais.

LA COUR: Emmenez-le d'ici.

B.K.: Hostie d'épais.

FIELD: Je pense que la comparution de ce témoin n'a pas beaucoup aidé ma cause.

LA COUR: Ça semble effectivement avoir été le cas.

FIELD: Je n'ai pas d'autre témoignage à présenter.

LA COUR: D'accord. Désirez-vous présenter quelque argument?

AUCUNE RÉPONSE AUDIBLE

LA COUR: En ce qui concerne la dénonciation n° 1870787, je libère les deux accusés.

. . .

LA COUR: En passant, inscrivez ceci au dossier, il n'est pas apte à être emmené — indiquez qu'il est renvoyé en détention en milieu fermé en raison de son attitude, qu'il n'est pas, pour cette raison, apte à comparaître devant le tribunal.

Comme l'indique la transcription, le juge a, séance tenante, déclaré l'appellant coupable d'outrage au tribunal, c'est-à-dire que la déclaration de culpabilité et la condamnation à la peine ont été instantanées. Le juge n'a pas donné d'avis à l'appellant, il n'a pas tenu d'audience de justification et il ne lui a pas donné une occasion raisonnable de parler à un avocat. Par suite du refus de l'appellant de témoigner et de l'omission de la victime de comparaître pour déposer, le juge président l'enquête préliminaire a libéré les deux accusés.

5 The appellant appealed his conviction and sentence to the Saskatchewan Court of Appeal. On September 6, 1994, Lane J.A. for the Court of Appeal dismissed the appeal against conviction and allowed the appeal against sentence, reducing it to three months: (1994), 125 Sask. R. 183, 81 W.A.C. 183. The appellant appeals his conviction to this Court.

II. Decisions Below

Saskatchewan Provincial Court (November 3, 1993)

6 In an endorsement, Nutting J. wrote:

The witness [B.K.] is called to testify and refuses. This Court finds him in contempt [and] sentences this youth to six (6) months — closed custody — consecutive to any time presently serving.

Saskatchewan Court of Appeal (1994), 125 Sask. R. 183

7 In dismissing the appellant's appeal, the Saskatchewan Court of Appeal appeared to be of the opinion that the judge was justified in using the *instanter* contempt procedure in order to maintain jurisdiction over the appellant. According to the court, once the appellant refused to testify, the judge had no choice but to bring the preliminary inquiry to an end. He therefore could not adjourn it and bring the appellant back at some later time to deal with the contempt issue. Lane J.A., for the court, held (at pp. 184-85):

The Provincial Court judge did not use the procedures established by s. 545 of the *Criminal Code* and we find no error in his not doing so. Once the accused refused to testify and the victim refused to attend the preliminary inquiry, the Crown had no case. In these circumstances with the accused already incarcerated, adjourning the preliminary inquiry and imprisoning the accused would not likely have served any purpose. The judge had no choice but to end the inquiry and could not adjourn it to bring the accused back at some later date as set out in

L'appelant a interjeté appel auprès de la Cour d'appel de la Saskatchewan de la déclaration de culpabilité ainsi que de la peine qui lui a été imposée. Le 6 septembre 1994, le juge Lane de la Cour d'appel a rejeté l'appel formé contre la déclaration de culpabilité, mais il a accueilli celui visant la peine qui avait été infligée, qu'il a réduite à trois mois: (1994), 125 Sask. R. 183, 81 W.A.C. 183. L'appelant se pourvoit devant notre Cour contre la déclaration de culpabilité.

II. Les décisions des juridictions inférieures

La Cour provinciale de la Saskatchewan (3 novembre 1993)

Voici un extrait de la mention inscrite à l'endos de la dénonciation par le juge Nutting:

[TRADUCTION] Le témoin [B.K.] est invité à déposer et refuse de le faire. La Cour le déclare coupable d'outrage [et] le condamne à six (6) mois d'emprisonnement — en milieu fermé — à purger consécutivement à toute peine qu'il purge déjà.

La Cour d'appel de la Saskatchewan (1994), 125 Sask. R. 183

Dans sa décision rejetant l'appel formé par l'appelant, la Cour d'appel de la Saskatchewan a semblé être d'avis que le juge était justifié d'appliquer séance tenante la procédure d'outrage au tribunal afin de garder compétence sur l'appelant. Selon la Cour d'appel, après que l'appelant eut refusé de témoigner, le juge n'avait d'autre choix que de mettre fin à l'enquête préliminaire. Il ne pouvait donc pas l'ajourner et ramener plus tard l'appelant devant lui pour décider de la question de l'outrage au tribunal. Le juge Lane a statué au nom de la cour (aux pp. 184 et 185):

[TRADUCTION] Le juge de la Cour provinciale n'a pas utilisé la procédure établie par l'art. 545 du *Code criminel*, et nous ne considérons pas qu'il a commis une erreur en n'y recourant pas. Après que l'accusé eut refusé de témoigner et que la victime eut refusé de comparaître à l'enquête préliminaire, le ministère public n'avait plus de cause. Dans ces circonstances, comme les accusés étaient déjà en prison, il n'aurait probablement servi à rien d'ajourner l'enquête préliminaire et d'emprisonner les accusés. Le juge n'avait d'autre choix

that provision. As well, the accused was already incarcerated. We see no error in principle and recognize there may be exceptional circumstances requiring the judge to act to protect the dignity and authority of the court. See *R. v. Cohn* (1985), 4 O.A.C. 293; 15 C.C.C. (3d) 150 (C.A.), at pp. 176-7 and *R. v. Winter* (1986), 72 A.R. 164; 46 Alta. L.R. (2d) 393, wherein the Alberta Court of Appeal adopts the comments of Goodman J.A. . . . [Emphasis added.]

III. Analysis

(a) *The Summary Nature of the Contempt Process*

The ability of a judge to forego the formal trappings of a criminal trial and summarily, and in some cases instantly, punish for contempt is a power that is recognized in England (see *Morris v. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079 (C.A.); C. J. Miller, *Contempt of Court* (2nd ed. 1989), at pp. 45-96, and s. 12 of the *Contempt of Court Act 1981* (U.K.), 1981, c. 49) and for “petty” contempt offences in the United States (see *Sacher v. United States*, 343 U.S. 1 (1952); *Bloom v. Illinois*, 391 U.S. 194 (1968); Rule 42(a) of the *Federal Rules of Criminal Procedure* and 18 U.S.C. § 401. According to *Baldwin v. New York*, 399 U.S. 66 (1970), at p. 69, a “petty” offence is one with a maximum punishment of six months’ imprisonment.)

On a number of occasions, this Court has also recognized the summary nature of the contempt process. (See *R. v. Vermette*, [1987] 1 S.C.R. 577, at pp. 582-83, and *Paul v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 169.) In *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901, at p. 924, Cory J. and I held, in dissent but not on this point, “[a] criminal contempt hearing is held as a summary proceeding” (emphasis added). In *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214, at p. 238, Dickson C.J., speaking for the majority (reasons in which I concurred), approved of the following comments of

que de mettre fin à l’enquête, et il ne pouvait pas l’ajourner et ramener plus tard l’accusé devant lui conformément à la disposition susmentionnée. De même, l’accusé était déjà incarcéré. Nous ne relevons aucune erreur de principe et reconnaissons qu’il peut exister des circonstances exceptionnelles obligeant le juge à agir afin de protéger la dignité et l’autorité du tribunal. Voir *R. c. Cohn* (1985), 4 O.A.C. 293; 15 C.C.C. (3d) 150 (C.A.), aux pp. 176 et 177, et *R. c. Winter* (1986), 72 A.R. 164; 46 Alta. L.R. (2d) 393, où la Cour d’appel de l’Alberta fait siennes les remarques du juge Goodman . . . [Je souligne.]

III. Analyse

a) *Le caractère sommaire des audiences pour outrage au tribunal*

La possibilité qu’ont les juges d’écarter l’application des formalités d’un procès criminel et de condamner un individu pour outrage au tribunal, par voie de procédure sommaire et, dans certains cas, séance tenante, est un pouvoir reconnu en Angleterre. (Voir *Morris c. Crown Office*, [1970] 1 All E.R. 1079 (C.A.); C. J. Miller, *Contempt of Court* (2^e éd. 1989) aux pp. 45 à 96, et l’art. 12 de la *Contempt of Court Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 49), et dans le cas des infractions «mineures» en matière d’outrage aux États-Unis (voir *Sacher c. United States*, 343 U.S. 1 (1952); *Bloom c. Illinois*, 391 U.S. 194 (1968); la règle 42a) des *Federal Rules of Criminal Procedure* et 18 U.S.C. § 401. Selon l’arrêt *Baldwin c. New York*, 399 U.S. 66 (1970), à la p. 69, une infraction «mineure» est une infraction entraînant une peine maximale de six mois d’emprisonnement.)

À un certain nombre d’occasions, notre Cour a elle aussi reconnu le caractère sommaire des audiences pour outrage au tribunal. (Voir *R. c. Vermette*, [1987] 1 R.C.S. 577, aux pp. 582 et 583, et *Paul c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 169.) Dans *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, à la p. 924, le juge Cory et moi-même avons conclu, dans des motifs dissidents mais pas sur ce point, que «[l]’audience pour outrage criminel est une procédure sommaire» (je souligne). Dans *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214, à la p. 238, le juge en chef Dickson, au nom de la

Lord Denning in *Balogh v. Crown Court at St. Albans*, [1974] 3 All E.R. 283 (C.A.), at pp. 287-88:

Gathering together the experience of the past, then whatever expression is used, a judge of one of the superior courts or a judge of assize could always punish summarily of his own motion for contempt of court whenever there was a gross interference with the court of justice in a case that was being tried, or about to be tried, or just over — no matter whether the judge saw it with his own eyes or it was reported to him by the officers of the court, or by others — whenever it was urgent and imperative to act at once.

This power of summary punishment is a great power, but it is a necessary power. It is given so as to maintain the dignity and authority of the judge and to ensure a fair trial. It is to be exercised by the judge of his own motion only when it is urgent and imperative to act immediately — so as to maintain the authority of the court — to prevent disorder — to enable witnesses to be free from fear — and jurors from being improperly influenced — and the like. It is, of course, to be exercised with scrupulous care, and only when the case is clear and beyond reasonable doubt But properly exercised, it is a power of the utmost value and importance which should not be curtailed. [Emphasis added.]

So too Parliament has approved of the summary procedure by virtue of enacting s. 10 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. Section 10 states:

10. (1) Where a court, judge, justice or provincial court judge summarily convicts a person for a contempt of court committed in the face of the court and imposes punishment in respect thereof, that person may appeal

- (a) from the conviction; or
- (b) against the punishment imposed.

(2) Where a court or judge summarily convicts a person for a contempt of court not committed in the face of the court and punishment is imposed in respect thereof, that person may appeal

- (a) from the conviction; or

majorité (motifs auxquels j'ai souscrit), a approuvé les remarques suivantes formulées par lord Denning dans *Balogh c. Crown Court at St. Albans*, [1974] 3 All E.R. 283 (C.A.), aux pp. 287 et 288:

[TRADUCTION] Donc, d'après ce que nous enseigne le passé, quelle que soit l'expression employée, un juge de cour supérieure ou un juge d'assises pouvait toujours, de sa propre initiative, punir sommairement l'outrage au tribunal chaque fois qu'il y avait eu entrave flagrante d'une cour de justice dans une affaire en voie d'être entendue, sur le point d'être entendue ou venant de se terminer — peu importe que le juge ait été lui-même témoin de l'outrage ou qu'il lui ait été signalé par les officiers de justice ou par d'autres — lorsqu'il était urgent et impératif d'agir immédiatement.

Ce pouvoir de punir sommairement est énorme, mais c'est un pouvoir nécessaire. Il est conféré afin de maintenir la dignité et l'autorité du juge et pour assurer des procès équitables. Le juge ne doit l'exercer de son propre chef que quand il est urgent et impératif d'agir immédiatement — pour maintenir l'autorité de la cour — pour éviter le désordre — pour que les témoins ne soient pas dans la crainte — pour que les jurés ne se fassent pas suborner — etc. Il s'agit évidemment d'un pouvoir qui doit s'exercer scrupuleusement et seulement dans un cas qui est clair et à l'égard duquel il ne subsiste aucun doute raisonnable [. . .] Toutefois, pour peu qu'il soit exercé à bon escient, ce pouvoir est d'une valeur et d'une importance capitales et ne doit pas être restreint. [Je souligne.]

Le législateur fédéral a lui aussi approuvé la procédure sommaire en édictant l'art. 10 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, qui est ainsi rédigé:

10. (1) Lorsqu'un tribunal, juge, juge de paix ou juge de la cour provinciale déclare, par procédure sommaire, une personne coupable d'outrage au tribunal, commis en présence du tribunal, et impose une peine à cet égard, cette personne peut interjeter appel:

- a) soit de la déclaration de culpabilité;
- b) soit de la peine imposée.

(2) Lorsqu'un tribunal ou juge déclare, par procédure sommaire, une personne coupable d'un outrage au tribunal, non commis en présence du tribunal, et qu'une peine est imposée à cet égard, cette personne peut interjeter appel:

- a) soit de la déclaration de culpabilité;

(b) against the punishment imposed. [Emphasis added.]

(b) *The Terminology of Contempt: Citation, Conviction and Punishment*

It is perhaps important at the outset to clarify the terminology that is sometimes used in contempt cases to describe what is being done by the judge in exercising his or her contempt power. This power is commonly expressed, in the English and American jurisprudence and s. 9 of the *Criminal Code*, as the judge's power to punish for contempt. (See *Borrie and Lowe's Law of Contempt* (2nd ed. 1983), at p. 314, and *Bloom v. Illinois, supra*, at pp. 202-4.) What has emerged in the cases is a host of expressions to describe the process by which a judge arrives at the punishment stage. For example, it is not uncommon to see references to "cite", "hold" or "find". A commonly used phrase in the American and Canadian cases is "cite" or "citation" for contempt. This Court has also used that expression in several cases including *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 862, wherein I stated, in the context of third party appeals to this Court:

Some concern was voiced that this appeal could lead to appeals brought directly to this Court by witnesses at criminal trials. There is no need for such concern. The problem for a witness most frequently arises out of a citation for contempt for refusal to testify. It is true that pursuant to s. 9 of the *Criminal Code* a judge may cite persons, including witnesses, for contempt of court. Yet s. 10 of the *Code* sets out the procedure for bringing a conviction for contempt before a court of appeal. [Emphasis added.]

In order to simplify matters, it is my opinion that we should use the notion of citing in contempt, not as an expression of a finding of contempt but instead, as a method of providing the accused with notice that he or she has been contemptuous and will be required to show cause why they should not be held in contempt. This is what I

b) soit de la peine imposée. [Je souligne.]

b) *La terminologie de l'outrage au tribunal: assignation, déclaration de culpabilité et peine*

Peut-être est-il important, au départ, de préciser la terminologie qui est parfois employée dans les affaires d'outrage au tribunal pour décrire ce que fait le juge dans l'exercice de son pouvoir à cet égard. Tant dans la jurisprudence anglaise qu'américaine, qu'à l'art. 9 du *Code criminel*, on décrit couramment ce pouvoir du juge comme étant le pouvoir de punir pour outrage au tribunal. (Voir *Borrie and Lowe's Law of Contempt* (2^e éd. 1983) à la p. 314 et l'arrêt *Bloom c. Illinois*, précité, aux pp. 202 à 204). La jurisprudence a produit une série d'expressions décrivant le processus par lequel le juge arrive à l'étape de la sanction. Par exemple, il n'est pas rare de rencontrer les mots «assigner» («cite») et «déclarer coupable» ou «condamner» («hold» ou «find»). «Cite for contempt» et «citation for contempt» sont deux expressions courantes dans les décisions américaines et canadiennes et que notre Cour a elle aussi utilisées dans plusieurs arrêts, notamment *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 862, où j'ai déclaré, dans le contexte d'appels interjetés par des tierces parties auprès de notre Cour:

Certains craignent que le présent pourvoi n'incite des témoins à des procès criminels à se pourvoir directement devant notre Cour. Cette crainte n'est pas fondée. La plupart du temps, le problème qui se pose pour un témoin découle d'une assignation pour outrage au tribunal pour refus de témoigner. Certes, en vertu de l'art. 9 du *Code criminel*, un juge peut assigner des personnes, notamment des témoins, à comparaître pour outrage au tribunal. Cependant, l'art. 10 du *Code* fixe la procédure à suivre pour interjeter appel d'une déclaration de culpabilité à cet égard. [Je souligne.]

Dans le but de simplifier les choses, je suis d'avis que nous devrions utiliser la notion de «citing in contempt» («assignation pour outrage»), non pas pour indiquer qu'il y a eu condamnation pour outrage au tribunal mais plutôt comme moyen d'aviser l'accusé qu'il a commis un outrage et qu'il devra expliquer pourquoi il ne devrait pas

meant in *Dagenais* when I used the words “citation” and “cite”. I did not intend them to be equated with a conviction. Indeed, in the French version these words are expressed as “*assignation*” and “*assigner . . . à comparaître*”. These terms, which in the French language call to mind the notion of a subpoena, indicate that the effect of a citation or “*assignation*” is to require the person to appear in court. This is also consistent with what occurred in *Reference re Milgaard*, [1992] 1 S.C.R. 875, wherein we cited a witness in contempt but later stayed the matter where it was no longer necessary to deal summarily with the witness’s conduct under oath.

être déclaré coupable d’outrage. C’est ce que j’ai voulu dire dans *Dagenais* lorsque j’ai utilisé les mots «*citation*» et «*cite*». Je ne voulais pas les utiliser au sens de déclaration de culpabilité. De fait, dans la version française, ces mots sont rendus par «*assignation*» et «*assigner . . . à comparaître*». Ces mots, qui en français renvoient à la notion de subpoena, indiquent qu’une assignation ou «*citation*» a pour effet d’obliger une personne à se présenter devant la cour. Cette explication est également compatible avec les faits du *Renvoi relatif à Milgaard*, [1992] 1 R.C.S. 875, où, après avoir assigné un témoin pour outrage, nous avons ensuite ordonné l’arrêt des procédures parce qu’il n’était plus nécessaire d’examiner, par voie de procédure sommaire, la conduite qu’avait eue le témoin pendant qu’il était sous serment.

12

Support for this view to equate a citation with notification comes from the definition of “cite” and “citation” in *Black’s Law Dictionary* (6th ed. 1990), at pp. 243-44. “Citation” is defined as:

A writ issued out of a court of competent jurisdiction, commanding a person therein named to appear on a day named and do something therein mentioned, or show cause why he should not. [Emphasis added.]

while “cite” is defined as:

To summon; to command the presence of a person; to notify a person of legal proceedings against him and require his appearance thereto.

So too, it appears that in a number of Canadian jurisdictions, judges issue a citation or cite for contempt prior to holding a hearing for notification purposes. (See for example *R. v. Martin* (1985), 19 C.C.C. (3d) 248 (Ont. C.A.), at p. 251, and *R. v. Jolly* (1990), 57 C.C.C. (3d) 389 (B.C.C.A.).) This is also consistent with the American approach (*Illinois v. Allen*, 397 U.S. 337 (1970), at pp. 344-45).

La définition donnée aux mots «*cite*» et «*citation*» dans le *Black’s Law Dictionary* (6^e éd. 1990), aux pp. 243 et 244, vient étayer l’argument que assignation équivaut à notification. «*Citation*» est défini ainsi:

[TRADUCTION] Bref délivré par un tribunal compétent et ordonnant à la personne désignée de comparaître au jour indiqué soit pour faire ce qui y est mentionné soit pour expliquer pourquoi elle ne devrait pas le faire. [Je souligne.]

alors que «*cite*» est défini comme suit:

[TRADUCTION] Convoquer; exiger la présence d’une personne; notifier à une personne qu’une poursuite judiciaire a été intentée contre elle et la sommer de comparaître.

De même, il semble que, à des fins de notification et avant de tenir une audience sur la question, les juges d’un certain nombre de provinces canadiennes assignent l’intéressé pour outrage ou lui délivrent une assignation pour outrage. (Voir, par exemple, *R. c. Martin* (1985), 19 C.C.C. (3d) 248 (C.A. Ont.), à la p. 251, et *R. c. Jolly* (1990), 57 C.C.C. (3d) 389 (C.A.C.-B.).) Cette pratique est également conforme à celle appliquée aux États-Unis. (*Illinois c. Allen*, 397 U.S. 337 (1970), aux pp. 344 et 345).

(c) *Was the “Instanter” Summary Procedure Justified in This Case?*

The narrow issue raised by the appellant in this case is whether, to quote Lord Denning in *Balogh, supra*, at pp. 287-88, there existed circumstances which made it “urgent and imperative to act immediately” to convict and sentence the appellant instantly for contempt of court. In answering this question, I am guided by the wisdom of Burger C.J. in *United States v. Wilson*, 421 U.S. 309 (1975), at p. 319, who held that a court’s exercise of its contempt power should be restrained by the principle that “only ‘[t]he least possible power adequate to the end proposed’ should be used . . .”.

In this case, the Court of Appeal was of the view that matters were being dealt with under s. 545 of the *Criminal Code*, which enables a judge to adjourn the inquiry and commit the recalcitrant witness; and that since the justice was choosing to discharge the accused, he was justified in proceeding “*instanter*” because his jurisdiction over the witness would be spent. However, the inquiring justice was clearly not operating under that section of the *Code* but rather under s. 484 of the *Code*, which provides a judge or provincial court judge with “the same power and authority to preserve order in a court over which he presides as may be exercised by the superior court of criminal jurisdiction . . .”. It was not the refusal to testify that the judge was dealing with in finding the appellant guilty of contempt but rather the manner in which he behaved when called as a witness.

There is no doubt in my mind that he was amply justified in initiating the summary contempt procedures. I, however, find no justification for foregoing the usual steps, required by natural justice, of putting the witness on notice that he or she must show cause why they would not be found in contempt of court, followed by an adjournment which need be no longer than that required to offer the witness an opportunity to be advised by counsel

c) *Le recours séance tenante à la procédure par voie sommaire était-il justifié en l’espèce?*

La question plus précise soulevée par l’appelant en l’espèce est de savoir, pour citer lord Denning dans l’arrêt *Balogh*, précité, aux pp. 287 et 288, s’il existait des circonstances faisant qu’il était «urgent et impératif d’agir immédiatement» et, séance tenante, de déclarer l’appelant coupable d’outrage au tribunal et de lui imposer une peine. Pour répondre à cette question, je suis guidé par la sagesse des propos du juge en chef Burger dans *United States c. Wilson*, 421 U.S. 309 (1975), à la p. 319, qui a conclu qu’un tribunal doit exercer sa compétence en matière d’outrage au tribunal en respectant le principe que [TRADUCTION] «ce pouvoir ne devrait être utilisé que dans les limites nécessaires pour atteindre l’objectif visé . . .»

En l’espèce, la Cour d’appel était d’avis, d’une part, qu’il s’agissait d’un cas d’application de l’art. 545 du *Code criminel*, qui permet au juge d’ajourner l’enquête et d’ordonner l’incarcération du témoin récalcitrant, et que, d’autre part, comme le juge avait choisi de libérer les accusés, il était justifié d’agir séance tenante, à défaut de quoi il aurait perdu compétence sur le témoin. Cependant, le juge présidant l’enquête préliminaire n’agissait manifestement pas en vertu de cet article du *Code* mais plutôt en vertu de l’art. 484 du *Code*, qui donne à un juge ou juge de la cour provinciale «le même pouvoir et la même autorité, pour maintenir l’ordre dans un tribunal par lui présidé, que ceux qui peuvent être exercés par la cour supérieure de juridiction criminelle . . .» Ce n’est pas sur le refus de témoigner que le juge s’est prononcé en déclarant l’appelant coupable d’outrage au tribunal, mais plutôt sur la manière dont celui-ci s’est comporté lorsqu’il a été invité à déposer.

Il ne fait aucun doute dans mon esprit que le juge était amplement justifié d’amorcer la procédure d’outrage au tribunal par voie sommaire. Toutefois, je ne vois aucune raison qui le justifiait de déroger aux formalités habituelles requises par la justice naturelle, qui consistent à aviser le témoin qu’il doit expliquer pourquoi il ne devrait pas être déclaré coupable d’outrage au tribunal, puis à ajourner l’audience uniquement pendant le temps

13

14

15

and, if he or she chooses, to be represented by counsel. In addition, upon a finding of contempt there should be an opportunity to have representations made as to what would be an appropriate sentence. This was not done and there was no need to forego all of these steps.

nécessaire pour donner au témoin l'occasion de consulter un avocat et, s'il le désire, de se faire représenter. De plus, si le témoin est déclaré coupable d'outrage au tribunal, on doit lui fournir l'occasion de présenter des observations relativement à la peine qu'il considérerait comme appropriée. Toutefois, cela n'a pas été fait, et il n'était aucunement nécessaire de déroger à toutes ces formalités.

16 Having concluded that the *instanter* procedure was not justified in the circumstances of this case, it is my further opinion that there may be some exceptional cases, involving misbehaviour in court, where the failure to take one or all of the steps I have outlined above will be justified subject to whatever qualifications might be warranted in the context of a *Charter* challenge to *instanter* proceedings.

Même si j'ai conclu que, eu égard aux circonstances du présent cas, la décision de statuer séance tenante n'était pas justifiée, je suis néanmoins d'avis qu'il peut se produire des situations exceptionnelles, concernant des comportements déplacés, où l'omission de se conformer à tout ou partie des formalités que j'ai décrites précédemment sera justifiée, sous réserve des restrictions qui pourraient être jugées justifiées dans le cadre de la contestation, en vertu de la *Charte*, d'une condamnation pour outrage prononcée séance tenante.

IV. Disposition

IV. Dispositif

17 I am of the view that the appeal should be allowed and the conviction for contempt quashed. In light of the facts presented in this case I would normally order a hearing. However, the appellant has served his sentence and therefore I will comply with the request made by both the appellant and respondent and stay the proceedings.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler la déclaration de culpabilité pour outrage au tribunal. Normalement, compte tenu des faits de l'espèce, j'ordonnerais la tenue d'une audience. Toutefois, étant donné que l'appelant a purgé sa peine, je vais faire droit à la demande qu'ont présentée l'appelant et l'intimée et ordonner l'arrêt des procédures.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

18 MAJOR J. (dissenting) — I agree with the reasons of the Chief Justice that the Saskatchewan Court of Appeal erred in holding that the jurisdiction for an immediate conviction and sentence for contempt of court was that the preliminary inquiry judge's jurisdiction to deal with the question of contempt would terminate at the conclusion of the preliminary. As the Chief Justice points out the jurisdiction of the Provincial Court judge in dealing with contempt was derived from s. 484 and not s. 545 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and would continue beyond the conclusion of the preliminary hearing. I agree as well with his out-

LE JUGE MAJOR (dissident) — Je suis d'accord avec les motifs du Juge en chef pour dire que la Cour d'appel de la Saskatchewan a commis une erreur en concluant que le pouvoir du juge qui présidait l'enquête préliminaire d'agir sans délai pour déclarer l'appelant coupable d'outrage au tribunal et lui imposer une peine reposait sur le fait que sa compétence pour connaître de la question de l'outrage au tribunal cesserait dès la clôture de l'enquête. Comme le souligne le Juge en chef, la compétence du juge de la Cour provinciale en matière d'outrage au tribunal découlait non pas de l'art. 545 mais plutôt de l'art. 484 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et elle continuait d'exis-

line of the procedure to be followed in the usual case of contempt.

The Chief Justice confirms the jurisdiction of courts, in certain circumstances, to treat the contempt "*instante*" but concludes that, by the test enunciated in *Balogh v. Crown Court at St. Albans*, [1974] 3 All E.R. 283, there must be an urgent and imperative need to do so. He concluded that here those ingredients were missing. It is with that conclusion that I disagree. The words urgent and imperative should be given a contextual meaning, to allow for their application in varying circumstances. The range of conduct giving rise to contempt may be as high as civil insurrection or more modestly bringing the administration of justice at a preliminary hearing into disrepute and thwarting its objectives as was the case in this appeal.

The facts giving rise to the finding of contempt are set out in the reasons of the Chief Justice. The nature of the loutish and obscene behaviour of the accused demanded immediate response. It is idle in my opinion to speak of the need to provide the accused in this case with notice of possible contempt proceedings or to afford him the opportunity to speak to a lawyer.

While these safeguards occupy an important place in our jurisprudence the deliberate and calculated conduct of the accused makes it apparent that they would have served no purpose in this case.

A review of the facts amply demonstrates the absence of a single mitigating circumstance. This was not an occasion where a citizen was caught in the machinery of the state and provoked or scared into inappropriate conduct in court.

The accused in this case was a young offender with a record of past offences. It is apparent that his abusive, vulgar and sustained response to the

ter, même après la clôture de l'enquête préliminaire. Je suis d'accord avec son exposé de la procédure à suivre dans les cas ordinaires d'outrage au tribunal.

Le Juge en chef confirme le pouvoir qu'ont les tribunaux, dans certains cas, de statuer «séance tenante» en matière d'outrage au tribunal, mais il conclut que, selon le critère énoncé dans *Balogh c. Crown Court at St. Albans*, [1974] 3 All E.R. 283, il faut qu'il soit urgent et impératif d'agir ainsi. Il a conclu que ces éléments manquaient en l'espèce. C'est avec cette conclusion que je ne suis pas d'accord. Il faut interpréter les mots urgent et impératif suivant le contexte, de façon qu'ils puissent être utilisés dans diverses circonstances. La conduite à l'origine de l'outrage au tribunal peut être aussi grave que l'insurrection civile ou encore, plus simplement, être le fait de déconsidérer l'administration de la justice au cours d'une enquête préliminaire et de contrecarrer les objectifs de cette procédure, comme ce fut le cas dans l'affaire qui nous intéresse.

Les faits ayant donné lieu à la condamnation pour outrage au tribunal sont exposés dans les motifs du Juge en chef. Le comportement grossier et obscène de l'accusé exigeait une réaction immédiate. À mon avis, il est futile, en l'espèce, d'invoquer la nécessité qu'il y a d'aviser l'accusé qu'il pourrait être accusé d'outrage au tribunal ou de lui donner la possibilité de parler à un avocat.

Bien que ces garanties occupent une place importante dans notre jurisprudence, il est évident qu'elles n'auraient servi à rien en l'espèce compte tenu de la conduite délibérée et calculée de l'accusé.

L'examen des faits démontre amplement l'absence de toute circonstance atténuante. Il ne s'agissait pas du cas d'un citoyen qui était pris dans l'engrenage de l'appareil étatique et qui a été amené, par suite de provocation ou par crainte, à adopter une conduite non convenable devant le tribunal.

En l'espèce, l'accusé était un jeune contrevenant qui avait un casier judiciaire. Il est manifeste que son comportement abusif, vulgaire et soutenu

19

20

21

22

23

presiding judge was deliberate and premeditated. It was conduct contemptuous of the court and the administration of justice.

envers le juge président l'enquête préliminaire était délibéré et prémédité. Cette conduite outrageait le tribunal et l'administration de la justice.

24 The preliminary inquiry judge, who was in the best position to determine the steps necessary to maintain order in the courtroom and preserve the dignity of the judicial system, decided to use the *instante* procedure. The situation as described made it imperative to act immediately. The judge obviously concluded that the procedural steps normally required by natural justice would not be of any benefit in the situation he faced. That his decision was correct is supported by the fact that the appellant continued his disruptive behaviour during and after the finding of contempt, until he was removed.

Le juge chargé de l'enquête préliminaire, qui était le mieux placé pour décider des mesures nécessaires pour maintenir l'ordre dans la salle d'audience et protéger la dignité du système judiciaire, a choisi de statuer séance tenante. Compte tenu de la situation décrite, il était impératif d'agir sans délai. Le juge a manifestement conclu que les formalités procédurales habituellement requises par la justice naturelle ne seraient d'aucune utilité dans la situation qui se présentait à lui. Le bien-fondé de sa décision est étayé par le fait que l'appelant a continué son comportement perturbateur pendant que le juge le déclarait coupable d'outrage au tribunal ainsi que par la suite, jusqu'à ce qu'on l'emmène hors de la salle d'audience.

25 In my opinion the requirement of deterrence, public opprobrium and rehabilitation are factors to be considered in the penalty for contempt and the failure of the presiding judge to act as he did would have diminished all three.

À mon avis, le besoin de dissuasion, l'opprobre public et la réadaptation sont autant de facteurs qui doivent être pris en considération dans la sanction de l'outrage au tribunal, et si le juge président l'enquête préliminaire n'avait pas agi comme il l'a fait, il aurait diminué l'importance de ces trois facteurs.

26 I agree with the caution expressed by Lord Denning in *Balogh* that the power of summary punishment is a great but necessary one that is to be used with scrupulous care. I am confident that the judiciary in Canada appreciate that requirement and in those instances where it is ignored there are remedies to correct it.

Je suis d'accord avec la mise en garde formulée par lord Denning dans *Balogh* que le pouvoir de punir sommairement est un pouvoir énorme mais nécessaire, qui doit être exercé avec un soin scrupuleux. Je suis persuadé que les juges canadiens en sont conscients, et, dans les cas où il n'est pas tenu compte de cette mise en garde, il y a moyen de remédier à la situation.

27 For the foregoing reasons, I would dismiss the appeal and uphold the conviction for contempt of court.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de confirmer la déclaration de culpabilité pour outrage au tribunal.

Appeal allowed and conviction for contempt quashed, MAJOR J. dissenting.

Pourvoi accueilli et déclaration de culpabilité pour outrage au tribunal annulée, LE JUGE MAJOR est dissident.

Solicitors for the appellant: Hnatyshyn Singer, Saskatoon.

Procureurs de l'appelant: Hnatyshyn Singer, Saskatoon.

Solicitor for the respondent: W. Brent Cotter, Regina.

Procureur de l'intimée: W. Brent Cotter, Regina.



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, 1995 Vol. 4

2^e cahier, 1995 Vol. 4

Cited as [1995] 4 S.C.R. 201-409

Renvoi [1995] 4 R.C.S. 201-409

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1996.

CONTENTS

Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development) .. 344

Indians — Surrender — Reserve — Nature of duty owed by Crown prior to surrender — Whether Crown under a fiduciary duty — Indian Act, R.S.C. 1927, c. 98.

Indians — Surrender — Validity — Indian chiefs not personally certifying surrender on oath — Whether surrender invalid for failure to comply with s. 51 of Indian Act — Whether s. 51 mandatory or directory — Indian Act, R.S.C. 1927, c. 98, s. 51.

Indians — Surrender — Reserve — Indian band surrendering reserve to Crown "to sell or lease" — Indian band claiming that Crown breached its fiduciary duty — Whether Crown should have leased land of former reserve rather than sell it — Whether Crown sold land under value — Whether Crown

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

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

SOMMAIRE

Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien) 344

Indiens — Cession — Réserve — Nature de l'obligation de la Couronne avant la cession — La Couronne a-t-elle une obligation de fiduciaire? — Loi des Indiens, S.R.C. 1927, ch. 98.

Indiens — Cession — Validité — Les chefs indiens n'ont pas attesté personnellement, sous serment, la cession — La cession était-elle invalide en raison de l'inobservation de l'art. 51 de la Loi des Indiens? — L'article 51 a-t-il un caractère impératif ou directif? — Loi des Indiens, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 51.

Indiens — Cession — Réserve — La bande indienne a cédé à la Couronne la réserve aux fins «de vendre ou de louer» — La bande indienne prétend que la Couronne a manqué à son obligation de fiduciaire — La Couronne aurait-elle dû louer les

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

should have restored reserve to Band after surrender in view of Band's impoverished situation.

Indians — Surrenders — Mineral rights — Reserve — Indian band surrendering mineral rights on reserve to Crown in 1940 and surrendering reserve in 1945 — Whether mineral rights included in 1945 surrender — Indian Act, R.S.C. 1927, c. 98, ss. 2(e), (j), 51.

Indians — Crown — Fiduciary duty — Mineral rights — Indian band surrendering mineral rights on reserve to Crown "to lease" in 1940 and surrendering reserve "to sell or lease" in 1945 — Department of Indian Affairs transferring land of former reserve to Department of Veteran Affairs in 1948 — Department of Indian Affairs aware in 1949 that mineral rights had been erroneously transferred to Department of Veteran Affairs and of potential value of these rights — Whether Crown breached its fiduciary duty by transferring mineral rights in 1948 — Whether Crown breached its fiduciary duty by failing to correct its error in 1949 when it learned of erroneous transfer — Indian Act, R.S.C. 1927, c. 98, s. 64.

Limitation of actions — Breach of fiduciary duty — Running of time postponed — Indian band surrendering mineral rights on reserve to Crown in 1940 and surrendering reserve in 1945 — Department of Indian Affairs transferring land of former reserve to Department of Veteran Affairs in 1948 — Mineral rights inadvertently acquired by Department of Veteran Affairs in transfer — Land and mineral rights subsequently sold to veterans between 1948 and 1956 — Band learning of mineral rights' transfer in 1977 and commencing action in 1978 claiming that Crown breached its fiduciary duty — Whether action barred by limitation periods — Limitation Act, R.S.B.C. 1979, c. 236, ss. 3(4), 6(3), 8.

R. v. Brydon..... 253

Criminal law — Charge to jury — Recharge — Meaning of reasonable doubt — Accused convicted of sexual assault — Whether portions of trial judge's recharge to jury on meaning and application of reasonable doubt amounted to reversible error.

R. v. Khela..... 201

Criminal law — Evidence — Crown's obligation to make disclosure to defence — Crown ordered on appeal to disclose information as to the evidence to be given by police informer, to give his name and whereabouts and to provide opportunity to examine him — Disclosure to be made before second trial — Examination aborted owing to doubts as to identity of hooded witness — Other information not disclosed — Stay granted at opening of new trial because of lack of disclosure and undue delay — Stay quashed on appeal and new trial ordered — Disclosure principles to be applied.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

terres de l'ancienne réserve plutôt que les vendre? — La Couronne a-t-elle vendu les terres à un prix inférieur à leur valeur? — La Couronne aurait-elle dû remettre la réserve à la bande après la cession, vu l'état d'appauvrissement dans lequel se trouvait la bande?

Indiens — Cessions — Droits miniers — Réserve — La bande indienne a cédé à la Couronne les droits miniers afférents à la réserve en 1940, et elle a cédé la réserve en 1945 — Les droits miniers étaient-ils inclus dans la cession de 1945? — Loi des Indiens, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 2h), l), 51.

Indiens — Couronne — Obligation de fiduciaire — Droits miniers — La bande indienne a, en 1940, cédé à la Couronne les droits miniers afférents à la réserve aux fins «de leur location», et, en 1945, elle a cédé la réserve aux fins «de vendre ou de louer» les terres visées — Le ministère des Affaires indiennes a transféré, en 1948, les terres de l'ancienne réserve au ministère des Affaires des anciens combattants — Le ministère des Affaires indiennes savait, en 1949, que les droits miniers avaient été transférés par erreur au ministère des Affaires des anciens combattants, et il était également au courant de la valeur potentielle de ces droits — La Couronne a-t-elle manqué à son obligation de fiduciaire en transférant les droits miniers en 1948? — La Couronne a-t-elle manqué à son obligation de fiduciaire en omettant de corriger son erreur en 1949, lorsqu'elle a pris connaissance du transfert fait par erreur? — Loi des Indiens, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 64.

Prescription — Manquement à l'obligation de fiduciaire — Report du moment où le délai de prescription commence à courir — La bande indienne a, en 1940, cédé à la Couronne les droits miniers afférents à la réserve, et, en 1945, elle a cédé la réserve — Le ministère des Affaires indiennes a transféré, en 1948, les terres de l'ancienne réserve au ministère des Affaires des anciens combattants — Le ministère des Affaires des anciens combattants a acquis par inadvertance les droits miniers lors du transfert — Les terres et les droits miniers ont par la suite été vendus à des anciens combattants entre 1948 et 1956 — La bande a appris en 1977 l'existence du transfert des droits miniers et, en 1978, elle a intenté une action, reprochant à la Couronne d'avoir manqué à son obligation de fiduciaire — L'action est-elle prescrite? — Limitation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 236, art. 3(4), 6(3), 8.

R. c. Brydon..... 253

Droit criminel — Exposé au jury — Exposé supplémentaire — Sens de doute raisonnable — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Certains passages de l'exposé supplémentaire du juge au jury sur le sens et l'application du doute raisonnable comportaient-ils une erreur donnant lieu à révision?

R. c. Khela..... 201

Droit criminel — Preuve — Obligation du ministère public de communiquer la preuve à la défense — En appel, le ministère public a reçu l'ordre de communiquer des renseignements sur la preuve devant être présentée par un indicateur, de fournir le

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

R. v. Shropshire 227

Criminal law — Sentencing — Period of parole ineligibility — Accused pleading guilty to second degree murder — Trial judge sentencing accused to life imprisonment without parole eligibility for 12 years — Court of Appeal reducing period of parole ineligibility to statutory 10-year minimum — Whether trial judge's order should be restored — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 744.

Criminal law — Powers of court of appeal — Appeals against sentence — Accused pleading guilty to second degree murder — Trial judge sentencing accused to life imprisonment without parole eligibility for 12 years — Court of Appeal reducing period of parole ineligibility to statutory 10-year minimum — Whether Court of Appeal erred in standard of appellate review it applied — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 687(1).

Ruffo v. Conseil de la magistrature..... 267

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Independent and impartial tribunal — Institutional impartiality — Conseil de la magistrature — Comité d'enquête — Chief Judge of Court of Québec also chairman of Conseil de la magistrature — Whether Chief Judge's authority to file complaint against judge of Court of Québec with Conseil de la magistrature violates principles of judicial impartiality and independence guaranteed by s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether Chief Judge has influence on members of Conseil de la magistrature and Comité d'enquête that might compromise their impartiality — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, ss. 96, 263, 265.

Civil rights — Impartial hearing by independent tribunal — Institutional impartiality — Conseil de la magistrature — Comité d'enquête — Chief Judge of Court of Québec also chairman of Conseil de la magistrature — Whether Chief Judge's authority to file complaint against judge of Court of Québec with Conseil de la magistrature violates principles of judicial impartiality and independence guaranteed by s. 23 of Charter of Human Rights and Freedoms — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, ss. 96, 263, 265.

Administrative law — Bias — Reasonable apprehension of bias — Conseil de la magistrature — Comité d'enquête — Chief Judge of Court of Québec also chairman of Conseil de la magistrature — Chief Judge filing complaint against judge of Court of Québec with Conseil de la magistrature — Vindictive tone in wording of complaint — Proceedings against judge referred to in complaint conducted with diligence — Whether specific circumstances of case might give rise to reasonable apprehension of bias.

Courts — Judges — Judicial ethics — Whether Chief Judge of Court of Québec has authority to file complaint against judge of that court with Conseil de la magistrature — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, ss. 96, 263, 265.

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

nom et les coordonnées de cet indicateur et de donner à la défense l'occasion de l'interroger — Communication devant avoir lieu avant le deuxième procès — Échec de l'interrogatoire à cause de doutes relatifs à l'identité du témoin encagoulé — Autres renseignements non communiqués — Arrêt des procédures accordé au début du nouveau procès à cause de l'omission de communiquer et du délai déraisonnable — Arrêt des procédures annulé et nouveau procès ordonné en appel — Principes applicables en matière de communication de la preuve.

R. c. Shropshire 227

Droit criminel — Détermination de la peine — Délai préalable à la libération conditionnelle — Accusé plaidant coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré — Juge du procès condamnant l'accusé à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 12 ans — Cour d'appel réduisant le délai préalable à la libération conditionnelle au minimum de 10 ans prescrit par la loi — Y a-t-il lieu de rétablir l'ordonnance du juge du procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 744.

Droit criminel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Appels contre une peine — Accusé plaidant coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré — Juge du procès condamnant l'accusé à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 12 ans — Cour d'appel réduisant le délai préalable à la libération conditionnelle au minimum de 10 ans prescrit par la loi — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur relativement à la norme de contrôle qu'elle a appliquée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 687(1).

Ruffo c. Conseil de la magistrature..... 267

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Tribunal indépendant et impartial — Impartialité institutionnelle — Conseil de la magistrature — Comité d'enquête — Juge en chef de la Cour du Québec également président du Conseil de la magistrature — Le pouvoir du juge en chef de déposer une plainte contre un juge de la Cour du Québec devant le Conseil de la magistrature est-il contraire aux principes d'impartialité et d'indépendance judiciaire garantis par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Le juge en chef exerce-t-il sur les membres du Conseil de la magistrature et du comité d'enquête un ascendant susceptible de compromettre leur impartialité? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 96, 263, 265.

Libertés publiques — Audition impartiale par un tribunal indépendant — Impartialité institutionnelle — Conseil de la magistrature — Comité d'enquête — Juge en chef de la Cour du Québec également président du Conseil de la magistrature — Le pouvoir du juge en chef de déposer une plainte contre un juge de la Cour du Québec devant le Conseil de la magistrature est-il contraire aux principes d'impartialité et d'indépendance

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Courts — Judges — Judicial ethics — Duty to act in a reserved manner — Vagueness in constitutional sense — Judicial Code of Ethics, (1982) 114 G.O. II, 1253, s. 8.

SOMMAIRE (Fin)

judiciaire garantis par l'art. 23 de la Charte des droits et libertés de la personne? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 96, 263, 265.

Droit administratif — Partialité — Crainte raisonnable de partialité — Conseil de la magistrature — Comité d'enquête — Juge en chef de la Cour du Québec également président du Conseil de la magistrature — Dépôt par le juge en chef d'une plainte contre un juge de la Cour du Québec devant le Conseil de la magistrature — Libellé de la plainte rédigé sur un ton vindicatif — Procédure contre le juge visé par la plainte menée avec diligence — Les circonstances particulières de l'affaire sont-elles susceptibles de soulever une crainte raisonnable de partialité?

Tribunaux — Juges — Déontologie judiciaire — Le juge en chef de la Cour du Québec a-t-il le pouvoir de déposer une plainte contre un juge de cette cour devant le Conseil de la magistrature? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 96, 263, 265.

Tribunaux — Juges — Déontologie judiciaire — Devoir de réserve — Imprécision au sens constitutionnel — Code de déontologie de la magistrature, (1982) 114 G.O. II, 1648, art. 8.

**Santokh Singh Khela and Kashmir Singh
Dhillon Appellants**

v.

Her Majesty The Queen Respondent

INDEXED AS: R. v. KHELA

File No.: 24265.

1995: May 24; 1995: November 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
QUEBEC

Criminal law — Evidence — Crown's obligation to make disclosure to defence — Crown ordered on appeal to disclose information as to the evidence to be given by police informer, to give his name and whereabouts and to provide opportunity to examine him — Disclosure to be made before second trial — Examination aborted owing to doubts as to identity of hooded witness — Other information not disclosed — Stay granted at opening of new trial because of lack of disclosure and undue delay — Stay quashed on appeal and new trial ordered — Disclosure principles to be applied.

Appellants at trial tried unsuccessfully to subpoena Billy Joe, a police informer (but not a police officer), who was key to the defence theory but the trial judge ruled that his name was privileged. The Court of Appeal ordered that a new trial be held and that the Crown disclose the evidence of the informer before the trial, give his full name and whereabouts and provide an opportunity to examine him before the new trial. Appellants' counsel sought to interview Billy Joe before the second trial and were informed by the Crown that the questioning would be limited to specific matters described in the Court of Appeal's decision, that the interview could not be taped and that a court reporter could not be present. Appellants aborted the interview because they doubted the identity of the hooded man protected by private bodyguards who was presented at the interview. The Crown did not provide the defence with the name, address or any identifying features of Billy Joe and made no disclosure of Billy Joe's proposed testimony

**Santokh Singh Khela et Kashmir Singh
Dhillon Appellants**

c.

Sa Majesté la Reine Intimée

RÉPERTORIÉ: R. c. KHELA

N° du greffe: 24265.

1995: 24 mai; 1995: 16 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit criminel — Preuve — Obligation du ministère public de communiquer la preuve à la défense — En appel, le ministère public a reçu l'ordre de communiquer des renseignements sur la preuve devant être présentée par un indicateur, de fournir le nom et les coordonnées de cet indicateur et de donner à la défense l'occasion de l'interroger — Communication devant avoir lieu avant le deuxième procès — Échec de l'interrogatoire à cause de doutes relatifs à l'identité du témoin encagoulé — Autres renseignements non communiqués — Arrêt des procédures accordé au début du nouveau procès à cause de l'omission de communiquer et du délai déraisonnable — Arrêt des procédures annulé et nouveau procès ordonné en appel — Principes applicables en matière de communication de la preuve.

Au procès, les appelants ont tenté sans succès d'assigner à témoigner un indicateur de police, «Billy Joe», témoin important pour la théorie de la défense; le juge du procès a statué que le nom de l'indicateur était un renseignement privilégié. La Cour d'appel a ordonné un nouveau procès et ordonné au ministère public de communiquer, avant le procès, la preuve rapportée par l'indicateur ainsi que son nom au complet et ses coordonnées, et de permettre aux appelants de le rencontrer. Avant la tenue du deuxième procès, les avocats des appelants ont demandé à interroger Billy Joe; le ministère public les a informés que leurs questions se limiteraient aux points spécifiés dans l'arrêt de la Cour d'appel et que l'interrogatoire ne pourrait être ni enregistré ni consigné par un sténographe judiciaire. Les appelants ont mis fin à l'entrevue parce qu'ils doutaient de l'identité de l'homme encagoulé venu à l'entrevue protégé par des gardes du corps. Le ministère public n'a communiqué à la défense ni le nom ni l'adresse ni aucun autre

but the Crown did provide a copy of Billy Joe's criminal record which had been censored in order to disguise his identity. At the opening of the second trial, and before the jury was chosen, the appellants successfully applied for a judicial stay of proceedings, pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, on the grounds that the Crown had failed to disclose essential and relevant evidence and that the Crown had violated the appellants' rights to be tried within a reasonable time. The Crown appealed and the stay was quashed and a new trial ordered on the original charges. The trial judge at that new trial was to rule on the extent and timing of disclosure in relation to Billy Joe's evidence. This appeal arose as of right on a question of law alone as the Court of Appeal decision had reversed an acquittal (the stay). At issue is the proper application of the principles set out in *R. v. Stinchcombe* involving disclosure of the identity of the Crown informant.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Sopinka, La Forest, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: The appeal based on non-compliance with the Court of Appeal (No. 1) disclosure order should be allowed. The ground based on unreasonable delay, however, failed for the reasons given by Baudouin J.A. in the second appeal.

The issue of privilege, since it was decided by the Court of Appeal (No. 1), was not open to the Court of Appeal (No. 2) and was not open to the Crown in this appeal. Where new evidence which may warrant a change in the terms of the Crown's obligation to disclose comes into the possession of the Crown, the appropriate procedure is an application to the trial judge to vary. The trial judge has a discretion to vary an order for disclosure on the basis of evidence which establishes that the factual foundation upon which the order was based has changed. Such an application should be made at the earliest opportunity. Difficulties in compliance with disclosure orders should be resolved by application to vary disclosure obligations rather than by non-compliance followed by an attempt at *ex post facto* justification on the basis of alleged new circumstances.

renseignement sur l'identité de Billy Joe, ni non plus la teneur du témoignage que ce dernier se proposait de donner; cependant, il a remis une copie du casier judiciaire de Billy Joe sur laquelle étaient biffés des renseignements afin de dissimuler son identité. Au début du deuxième procès et avant la sélection du jury, les appelants ont demandé et obtenu, en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, un arrêt des procédures fondé sur le défaut du ministère public de communiquer à la défense des éléments de preuve essentiels et pertinents et l'atteinte au droit des appelants d'être jugés dans un délai raisonnable. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, annulé l'arrêt des procédures et ordonné un nouveau procès sur les accusations initiales. Au nouveau procès, le juge devait se prononcer sur l'étendue et le moment de la communication de la preuve qu'était censé présenter Billy Joe. Le pourvoi est interjeté de plein droit sur une question de droit seulement puisque la Cour d'appel a infirmé un acquittement (l'arrêt des procédures) et porte sur l'application des principes formulés dans *R. c. Stinchcombe* relativement à la divulgation de l'identité d'un indicateur du ministère public.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissident): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Sopinka, La Forest, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Le pourvoi fondé sur l'inobservation de l'ordonnance de communication (n° 1) rendue par la Cour d'appel est accueilli. Le moyen fondé sur le délai déraisonnable est rejeté pour les motifs formulés par le juge Baudouin dans le deuxième appel.

La question du privilège, tranchée par la Cour d'appel (n° 1), n'était pas soumise à la Cour d'appel (n° 2) et ne pouvait pas être soulevée par le ministère public dans le présent pourvoi. Lorsque le ministère public entre en possession de nouveaux éléments de preuve susceptibles de justifier la modification des conditions de l'obligation qui lui incombe en matière de communication de la preuve, c'est une demande de modification qu'il convient de présenter au juge du procès. Ce dernier a le pouvoir discrétionnaire de modifier une ordonnance de communication de la preuve sur la foi d'éléments de preuve établissant qu'il s'est produit un changement dans les faits sur lesquels était fondée l'ordonnance. Une telle demande devrait être présentée à la première occasion. Les difficultés de se conformer à une ordonnance de communication devraient être résolues par une demande de modification des obligations de communication, plutôt que par leur inobservation et une tentative de justification après coup fondée sur l'existence de faits nouveaux.

No appeal was taken from the judgment of the Court of Appeal (No. 1) and no proceedings were brought before the trial judge to vary it. Accordingly, it was binding in accordance with its terms and could not be collaterally attacked. No application was made in this Court to adduce fresh evidence respecting the possible jeopardy to Billy Joe's safety and no application was made to second trial judge to vary the terms of disclosure based on this evidence.

The judgment in Court of Appeal (No. 1) was sufficiently precise to describe the extent and timing of the disclosure obligation of the Crown in relation to Billy Joe. Although only Billy Joe's evidence was explicitly required to be disclosed "before trial", it was implicit from other portions of the judgment that the timing as to disclosure of the other two requirements was also to be "before trial". Identity and whereabouts are material to the ability of the defence to make full answer and defence and therefore had to be disclosed prior to trial. Although the Crown had some discretion as to exactly when disclosure would be made prior to trial, such disclosure had to be within sufficient time to enable the appellants to make full answer and defence.

The Crown's discretion with respect to the timing of disclosure existed before judicial review of the exercise of that discretion. It did not continue after its exercise was reviewed by the Court of Appeal (No. 1) and a ruling was made. Otherwise, this would permit the Crown to disregard a judicial determination that disclosure has to be made and that information is not subject to informer privilege.

The Crown totally failed to make full disclosure prior to trial in relation to Billy Joe as required by Court of Appeal (No. 1)'s decision. The Crown did not provide (1) will-say or statements of the informer prior to trial, (2) Billy Joe's full, real name, and his whereabouts, or (3) suitable conditions to interview him. The circumstances of the interview, however, were dictated by the informant Billy Joe and not by the Crown. Where there is intervening non-disclosure by the informant, the lack of cooperation could not be attributed vicariously to the Crown. The conditions under which the Crown made the informant available (hooded and with two bodyguards and with no chance to record the interview),

La décision (n° 1) de la Cour d'appel n'a fait l'objet d'aucun pourvoi et aucune demande n'a été présentée au juge du procès pour qu'il la modifie. Elle était donc exécutoire, suivant les conditions y figurant, et ne pouvait être contestée indirectement. On n'a pas présenté à notre Cour de demande de dépôt de nouveaux éléments de preuve tendant à indiquer que la sécurité de Billy Joe était menacée, et on n'a pas demandé au juge du deuxième procès de modifier les conditions de la communication de la preuve en fonction de ces nouveaux éléments.

La décision (n° 1) de la Cour d'appel était suffisamment précise pour déterminer l'étendue et le moment de l'obligation du ministère public en matière de communication de la preuve relative à Billy Joe. Même si la décision dit explicitement que seule la preuve qu'allait rapporter Billy Joe devait être communiquée «avant le procès», il ressort implicitement des autres parties des motifs que les deux autres conditions devaient aussi être exécutées «avant le procès». L'identité du témoin et ses coordonnées sont des éléments importants pour permettre une défense pleine et entière, et devaient donc être communiqués avant le procès. Même si le ministère public avait une certaine latitude pour décider du moment précis de la communication de la preuve avant le procès, cette communication devait laisser suffisamment de temps pour permettre aux appelants de présenter une défense pleine et entière.

Le pouvoir discrétionnaire du ministère public de déterminer le moment où il communiquera la preuve à la défense existait avant le contrôle judiciaire de l'exercice de ce pouvoir. Il a cessé d'exister après que la Cour d'appel (n° 1) eut examiné l'exercice qui en avait été fait et eut rendu sa décision. Si ce n'était pas le cas, le ministère public pourrait faire fi de la décision d'un tribunal lui intimant de communiquer des éléments de preuve et concluant que les renseignements ne sont pas visés par le privilège relatif aux indicateurs.

Le ministère public a omis de communiquer avant le procès tous les renseignements concernant Billy Joe requis par la décision (n° 1) de la Cour d'appel. Le ministère public n'a pas fourni (1) avant le procès, un aperçu du témoignage ou des déclarations de l'indicateur; (2) le véritable nom au complet de Billy Joe et ses coordonnées, et (3) des conditions convenables pour l'interroger. Cependant, les conditions de la rencontre étaient dictées par l'indicateur Billy Joe, et non par le ministère public. Dans les cas où il y a non-communication du fait de l'indicateur, on ne peut imputer indirectement au ministère public ce manque de coopération. Les conditions auxquelles le ministère public a permis à la

however, were so constrained as to amount to less than full disclosure. Defence counsel could not be faulted for not conducting an interview of the person presented when his identity was legitimately in doubt.

Failure to comply with the obligation to disclose by the Crown could impair the right of the accused to make full answer and defence in breach of s. 7 of the *Charter*. The terms of disclosure accord with the decision in *Stinchcombe* except that in ordering that the informant be made available the judgment is an extension of obligation resting on the Crown. The obligation of the Crown does not extend to producing its witnesses for oral discovery. Crown witnesses, even informants, are not the property of the Crown whom the Crown can control and produce for examination by the defence. Nevertheless, subject to variation by appropriate proceedings, the Court of Appeal (No. 1)'s judgment was binding on the Crown. The matter could not be remitted to the trial judge to determine *de novo* the terms, content, and conditions of disclosure relating to Billy Joe.

It would not be appropriate to stay the proceedings without affording the Crown an opportunity to either comply with the terms of the judgment of the Court of Appeal (No. 1) or move to vary it on the basis of information that has come into its possession since the date of the judgment.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The disclosure "order" could not be implied from the terms of the judgment. The relevant portions of the judgment merely characterized the error made at trial in order to provide guidance to the trial judge for the new trial ordered. Absent a specific order by the court, such guidelines have never been regarded as binding on either the trial judge or the parties.

The Court of Appeal (No. 1) remitted the whole issue to the trial judge to be dealt with at the new trial in a manner consistent with its decision. Given the appellants' contention, and perhaps the Crown's perception, that the Court of Appeal (No. 1) had made an "order" that the Crown had to obey, steps were taken by the Crown to comply with the demands of the defence inasmuch as the circumstances required to ensure the protec-

défense de rencontrer l'indicateur (l'indicateur était encagoulé et accompagné de deux gardes du corps, et il était impossible d'enregistrer l'interrogatoire) étaient tellement restrictives qu'elles ont donné lieu à une communication incomplète de la preuve. On ne peut reprocher aux avocats de la défense de ne pas avoir interrogé la personne présentée dont l'identité pouvait légitimement être mise en doute.

L'omission du ministère public de s'acquitter de son obligation de communiquer la preuve pouvait porter atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et violer l'art. 7 de la *Charte*. Les conditions de la communication de la preuve sont compatibles avec l'arrêt *Stinchcombe*, sauf que l'ordre de produire l'indicateur a pour effet d'élargir l'obligation qui incombe au ministère public. L'obligation du ministère public ne va pas jusqu'à être contraint de produire ses témoins pour un interrogatoire préalable oral. Les témoins à charge, même les indicateurs, ne sont pas des biens que le ministère public possède, contrôle et peut produire pour qu'ils soient interrogés par la défense. Néanmoins, sous réserve de modification par la procédure appropriée, la décision (n° 1) de la Cour d'appel liait le ministère public. L'affaire ne pouvait être renvoyée au juge du procès pour qu'il fixe à nouveau les conditions et le contenu de la communication de la preuve concernant Billy Joe.

On ne devrait pas prononcer l'arrêt des procédures sans donner au ministère public la possibilité soit de se conformer aux conditions fixées dans la décision (n° 1) de la Cour d'appel, soit de demander la modification de ces conditions sur la foi de renseignements venus à sa connaissance depuis la date de la décision.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): On ne peut inférer du libellé du jugement une «ordonnance» de communication de la preuve. Les passages du jugement ne font que caractériser l'erreur commise au procès afin de donner des indications au juge lorsqu'un nouveau procès est ordonné. En l'absence d'ordonnance spécifique du tribunal d'appel, de telles lignes directrices n'ont jamais été considérées comme liant le juge de première instance ou les parties.

La Cour d'appel (n° 1) a renvoyé l'ensemble de la question au juge de première instance pour qu'elle soit examinée dans le cadre du nouveau procès, conformément aux conditions prévues par sa décision. Vu la prétention des appelants, et peut-être l'impression qu'avait le ministère public, que la Cour d'appel avait rendu une «ordonnance» à laquelle le ministère public n'avait d'autre choix que d'obtempérer, celui-ci a pris, afin de

tion and security of the informer. As the Court of Appeal (No. 2) held, however, the judgment of the Court of Appeal (No. 1) was not binding on either the trial judge or the parties as regards the content of disclosure and, as a consequence, it will be for the trial judge to reconsider this issue. Consequently, this issue was to be reconsidered by the trial judge in light of all relevant circumstances.

The matter of disclosure could have been dealt with in two ways at the second trial: either the Crown could have made an application to the trial judge to set conditions for further disclosure of information concerning the informer had such disclosure been found necessary, or the defence, if not satisfied by the extent of the disclosure, could have applied to the trial judge to order the Crown to disclose even further information regarding the same. In both cases, the need to protect the identity of the police informer and other circumstances related to the disclosure order would have been dealt with.

Had the judgment of the Court of Appeal (No. 1) been construed as an "order" to produce the police informer, it would have gone much beyond *Stinchcombe*. The Crown can only be ordered to produce what it has and it does not "have" people; the majority was agreed with in this respect.

The majority was also agreed with that no unreasonable delay occurred in the circumstances of this case.

A stay of proceedings should not have been granted but the Court of Appeal (No. 2)'s order of a new trial should be upheld and the question of the extent of disclosure should be directed to the trial judge.

Cases Cited

By Sopinka and Iacobucci JJ.

Referred to: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326.

se conformer dans les circonstances aux demandes de la défense, des mesures lui permettant d'assurer la protection et la sécurité de l'indicateur. La décision (n° 2) de la Cour d'appel indiquait que la décision (n° 1) de la Cour d'appel ne liait ni le juge de première instance ni les parties quant au contenu de la communication et, en conséquence, le juge de première instance devrait réexaminer cette question à la lumière de toutes les circonstances pertinentes.

La question de la communication de la preuve aurait pu être réglée de deux manières au second procès: le ministère public aurait pu demander au juge du procès de fixer les conditions de la communication de tout autre renseignement concernant l'indicateur, si une telle communication avait été jugée nécessaire; ou la défense aurait pu, si elle n'était pas satisfaite de l'étendue de la communication, demander au juge du procès d'enjoindre au ministère public de communiquer davantage de renseignements sur cet indicateur. Dans les deux cas, la nécessité de protéger l'identité de l'indicateur et toute autre circonstance liée à l'ordonnance de communication auraient été examinées.

Si la décision (n° 1) de la Cour d'appel avait été interprétée comme une «ordonnance» intimant de produire l'indicateur, elle serait allée beaucoup plus loin que ce que prévoit l'arrêt *Stinchcombe*. On peut uniquement ordonner au ministère public de produire ce qu'il «possède», et il ne «possède» pas des personnes; à cet égard, l'opinion de la majorité est partagée.

L'opinion de la majorité est également acceptée en ce qui concerne la conclusion qu'il n'y a pas eu de délai déraisonnable dans les circonstances de l'espèce.

L'arrêt des procédures n'aurait pas dû être accordé mais l'ordonnance de la Cour d'appel (n° 2) relativement à la tenue d'un nouveau procès devrait être confirmée et la question de l'étendue de la communication de la preuve devrait être renvoyée au juge du procès.

Jurisprudence

Citée par les juges Sopinka et Iacobucci

Arrêts mentionnés: *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 11(b), 24(1).

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 691(2)(a) [rep. & sub. S.C. 1991, c. 43, s. 9], 695(1).

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1994] 63 Q.A.C. 273, 92 C.C.C. (3d) 81, quashing a judgment and dismissing a request to stay proceedings on allowing an appeal from a judgment of Steinberg J., [1992] Q.J. No. 409, held following a judgment of the Court of Appeal (1991), 41 Q.A.C. 101, 68 C.C.C. (3d) 81, 9 C.R. (4th) 380, ordering a new trial on allowing an appeal from a judgment of Barrette-Joncas J. Appeal allowed, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

David W. Gibbons, Q.C., for the appellant Santokh Singh Khela.

Clayton C. Ruby, for the appellant Kashmir Singh Dhillon.

Pierre Sauvé, for the respondent.

The judgment of La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

¹ SOPINKA AND IACOBUCCI JJ. — This appeal concerns the application of the principles relating to Crown disclosure as set forth by this Court in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, in the peculiar circumstances of this case involving disclosure of the identity of a Crown informant.

I. Facts

² The appellants, Khela and Dhillon, were charged in relation to a conspiracy in late May 1986 to commit murder of persons aboard an aircraft in the United States by placing a bomb on the plane. They were arrested and placed in custody on May 30, 1986, and have been in continuous custody since then. They pleaded not guilty and waived their right to a preliminary inquiry.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 11b), 24(1).

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 691(2)a) [abr. et rempl. L.C. 1991, ch. 43, art. 9], 695(1).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1994] 63 Q.A.C. 273, 92 C.C.C. (3d) 81, qui a annulé un jugement et rejeté une demande d'arrêt des procédures en accueillant un appel contre une décision du juge Steinberg, [1992] Q.J. No. 409, entendu à la suite d'un arrêt de la Cour d'appel (1991), 41 Q.A.C. 101, 68 C.C.C. (3d) 81, 9 C.R. (4th) 380, qui avait ordonné la tenue d'un nouveau procès en accueillant un appel contre une décision du juge Barrette-Joncas. Pourvoi accueilli, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

David W. Gibbons, c.r., pour l'appellant Santokh Singh Khela.

Clayton C. Ruby, pour l'appellant Kashmir Singh Dhillon.

Pierre Sauvé, pour l'intimée.

Version française du jugement des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LES JUGES SOPINKA ET IACOBUCCI — Le présent pourvoi porte sur l'application aux circonstances particulières de l'espèce, qui concerne la divulgation de l'identité d'un indicateur du ministère public, des principes relatifs à la communication de la preuve par le ministère public formulés par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

I. Les faits

Vers la fin de mai 1986, les appelants, Khela et Dhillon, ont été accusés d'avoir comploté en vue de commettre le meurtre de personnes se trouvant à bord d'un aéronef aux États-Unis, en plaçant une bombe dans l'appareil. Ils ont été arrêtés le 30 mai 1986 et ils sont en détention depuis. Ils ont plaidé non coupables et ont renoncé à leur droit à une enquête préliminaire.

At their first trial, on December 23, 1986, the appellants were found guilty of all three counts of conspiracy by a jury but a conviction was only registered with respect to the first count. The appellants were sentenced to life imprisonment. During the trial, the appellants had twice tried unsuccessfully to subpoena a police informer, "Billy Joe" (who was not a police officer), to have his testimony heard. The trial judge refused, however, holding that the name of the informer was privileged. Billy Joe was a crucial contact person during the investigation of the appellants by the undercover police officers. The defence was that discussions had taken place between the appellant, Khela, and Billy Joe, and \$8000 had been paid to Billy Joe to buy a stolen car, as part of a conspiracy between Billy Joe and Khela to import stolen vehicles into the United States. A total amount of \$20,000 would be paid, and \$8000 of this amount had already been paid to Billy Joe. The Crown's theory was that the money had been paid to have an airplane blown up.

The appellants' appeal (notice of appeal filed January 20, 1987) was allowed by the Court of Appeal (No. 1) ((1991), 68 C.C.C. (3d) 81) on September 9, 1991, and a new trial was ordered. Proulx J.A., writing for the court, held that the identity of the police informer was not privileged, should have been disclosed, and ordered a new trial. Proulx J.A. concluded as follows, at p. 93:

For these reasons, I am of the opinion that the trial judge erred in not ordering at the request of the appellants that the Crown disclose, (1) the evidence of the informer before the trial; (2) the full name and whereabouts of Billy Joe, and (3) that the Crown makes Billy Joe available to the appellants. [Emphasis added.]

Before the second trial, in February 1992, appellants' counsel sought to interview Billy Joe. They were informed by the Crown that he would be made available, but that questioning would be lim-

Au cours de leur premier procès, le 23 décembre 1986, les appelants ont été déclarés coupables, par un jury, de trois chefs d'accusation de complot, mais la déclaration de culpabilité n'a été inscrite qu'à l'égard du premier chef. Les appelants ont été condamnés à l'emprisonnement à perpétuité. Au cours du procès, les appelants avaient tenté à deux reprises, mais sans succès, d'assigner à témoigner un indicateur de la police, «Billy Joe» (qui n'était pas un agent de police). Cependant, le juge de première instance a refusé, concluant que le nom de l'indicateur était un renseignement privilégié. Billy Joe avait été un contact essentiel au cours de l'enquête visant les appelants qu'avaient menée les agents d'infiltration. En défense, on a prétendu qu'il y avait eu des discussions entre l'appellant Khela et Billy Joe, et qu'une somme de 8 000 \$ avait été payée à ce dernier pour qu'il achète une automobile volée, dans le cadre d'un complot entre lui et Khela en vue de l'importation, aux États-Unis, de véhicules volés. Une somme totale de 20 000 \$ devait être versée, dont 8 000 \$ avaient déjà été payés à Billy Joe. La thèse du ministère public était que l'argent avait été versé pour qu'on fasse sauter un aéronef.

Le 9 septembre 1991, la Cour d'appel (appel n° 1) ((1991), 68 C.C.C. (3d) 81) a accueilli l'appel interjeté par les appelants (avis d'appel déposé le 20 janvier 1987), et elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge Proulx, s'exprimant au nom de la Cour d'appel, a conclu que l'identité de l'indicateur de la police n'était pas un renseignement privilégié et qu'elle aurait dû être divulguée, et il a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge Proulx a conclu par ce qui suit, à la p. 93:

[TRADUCTION] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que le juge du procès a fait erreur en refusant d'accéder à la demande des appelants et d'ordonner au ministère public, (1) de communiquer, avant le procès, la preuve rapportée par l'indicateur; (2) de communiquer le nom au complet de Billy Joe et ses coordonnées, et (3) de permettre aux appelants de rencontrer Billy Joe. [Nous soulignons.]

En février 1992, avant la tenue du deuxième procès, les avocats des appelants ont demandé à interroger Billy Joe. Le ministère public les a informés qu'ils pourraient le faire, mais que leurs

ited to the specific matters described in the Court of Appeal's decision (regarding payment of \$8000, and meetings with the "explosives expert" and Khela), and that the interview could neither be taped nor could a court reporter be present. At the interview on February 27, 1992, at the Crown offices of the Montreal court house, they met a recalcitrant "Billy Joe" wearing a hood over his head and flanked by two large men (apparently bodyguards) who were identified only as not being police officers by the Crown who was present at the interview. "Billy Joe" refused to respond to questions in English, only speaking French, although at the first trial, evidence had established that Billy Joe was fluent in English. Defence counsel doubted Billy Joe's identity and the interview was aborted without any questions having been asked. The Crown also provided a copy of Billy Joe's criminal record with deletions of dates and places to disguise his identity. The Crown did not provide the defence with the name, address, or any other identifying features of Billy Joe, nor did the Crown provide disclosure of Billy Joe's proposed testimony.

questions devraient se limiter aux points spécifiés dans l'arrêt de la Cour d'appel (le paiement de 8 000 \$ et les rencontres entre l'«expert en explosifs» et Khela), et que l'interrogatoire ne pourrait pas être enregistré sur bande audio ni consigné par un sténographe judiciaire. Au cours de l'interrogatoire en question, qui s'est déroulé le 27 février 1992, aux bureaux du ministère public au palais de justice de Montréal, les avocats des appelants ont rencontré un «Billy Joe» récalcitrant, encagoulé et flanqué de deux armoires à glace (apparemment des gardes du corps), individus au sujet desquels le représentant du ministère public présent s'est contenté de dire qu'il ne s'agissait pas de policiers. «Billy Joe» a refusé de répondre en anglais aux questions et il a parlé uniquement en français, même si, au cours du premier procès, on avait établi que Billy Joe parlait couramment l'anglais. Les avocats de la défense ont mis en doute l'identité de Billy Joe et la rencontre a pris fin sans qu'aucune question ne lui ait été posée. Le ministère public a également remis une copie du casier judiciaire de Billy Joe, copie sur laquelle on avait biffé les dates et les lieux y mentionnés, afin de dissimuler l'identité de Billy Joe. Le ministère public n'a pas communiqué à la défense le nom, l'adresse ou quelque autre renseignement relatif à l'identité de Billy Joe, non plus que le témoignage que ce dernier se proposait de donner.

⁶ At the opening of the second trial on March 10, 1992 ([1992] Q.J. No. 409) and before the jury was chosen, the appellants made two applications for a judicial stay of proceedings pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* on the grounds that:

- (1) The Crown failed to disclose to the defence essential and relevant evidence as required by the judgment of the Court of Appeal; and
- (2) The Crown violated the rights of the accused to be tried within a reasonable time

The evidence in support of these applications included two affidavits sworn by Dhillon's counsel, which included as exhibits a series of letters written by Crown and defence counsel regarding

Dès le début du deuxième procès, le 10 mars 1992 ([1992] Q.J. No. 409), mais avant la sélection du jury, les appelants ont, en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, présenté deux demandes d'arrêt des procédures, fondées sur les moyens suivants:

[TRADUCTION]

- (1) Le ministère public ne s'est pas conformé à la décision de la Cour d'appel et avait omis de communiquer à la défense des éléments de preuve essentiels et pertinents;
- (2) Le ministère public a porté atteinte au droit des appelants d'être jugés dans un délai raisonnable.

Parmi les éléments de preuve présentés au soutien de ces demandes, il y avait deux déclarations sous serment de l'avocat de Dhillon, auxquelles étaient jointes, à titre de pièces, une série de lettres échan-

the history of the matter, and the nature and extent of disclosure made with respect to Billy Joe. The Crown submitted that it was not obliged to make disclosure of the name and whereabouts of Billy Joe or make him available because the judgment of the Court of Appeal did not contain a specific order.

Steinberg J. of the Superior Court held that the appellants' ss. 7 and 11(b) *Charter* rights had been infringed. He accordingly entered a stay of proceedings pursuant to s. 24(1) of the *Charter*, and ordered the release of the appellants. The Quebec Court of Appeal ((1994), 92 C.C.C. (3d) 81) allowed the Crown's subsequent appeal, quashed the stay of proceedings, and ordered a new trial on the original charges, at which new trial the trial judge would have to rule on the extent and timing of disclosure in relation to Billy Joe's evidence. This appeal thus reaches this Court as an appeal as of right, falling under s. 691(2)(a) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, as an appeal on a question of law alone from a court of appeal decision reversing an acquittal (a stay being tantamount to an acquittal): *R. v. Kalanj*, [1989] 1 S.C.R. 1594.

II. Analysis

The order for a stay was supported on two grounds: unreasonable delay and Crown non-disclosure. With respect to the first ground we agree with Baudouin J.A. in the Court of Appeal that this ground fails.

The second ground relates to non-compliance with the decision of Proulx J.A. who wrote on behalf of the court. That decision preceded this Court's judgment in *Stinchcombe*, *supra*, but, subject to the reservation which we express later in these reasons with respect to the third requirement,

gées par le substitut du procureur général et les avocats de la défense concernant l'évolution du dossier ainsi que la nature et l'étendue de la communication de la preuve touchant Billy Joe. Le ministère public était d'avis qu'il n'était pas obligé de communiquer les nom et coordonnées de Billy Joe ou de permettre à la défense de le rencontrer, étant donné que la décision de la Cour d'appel ne comportait pas d'ordonnance lui intimant expressément de le faire.

Le juge Steinberg de la Cour supérieure a conclu qu'il y avait eu violation des droits garantis aux appelants par l'art. 7 et l'al. 11b) de la *Charte*. Il a, en conséquence, ordonné l'arrêt des procédures en vertu du par. 24(1) de la *Charte* ainsi que la libération des appelants. La Cour d'appel du Québec ((1994), 92 C.C.C. (3d) 81) a par la suite accueilli l'appel interjeté par le ministère public, annulé l'arrêt des procédures et ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement aux accusations initiales, procès au cours duquel le juge de première instance aurait à se prononcer sur l'étendue et le moment de la communication de la preuve qu'était censé présenter Billy Joe. En vertu de l'al. 691(2)a) du *Code Criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, la Cour est saisie de plein droit du présent pourvoi, qui porte sur une question de droit seulement et vise la décision d'une cour d'appel ayant infirmé un acquittement (l'arrêt des procédures équivalant à un acquittement): *R. c. Kalanj*, [1989] 1 R.C.S. 1594.

II. Analyse

L'ordonnance intimant l'arrêt des procédures était fondée sur deux motifs: l'existence d'un délai déraisonnable et la non-communication de la preuve par le ministère public. Pour ce qui est du premier motif, nous souscrivons à l'opinion du juge Baudouin de la Cour d'appel que ce motif doit être rejeté.

Le deuxième motif se rapporte à l'inobservation de la décision du juge Proulx, qui s'est exprimé au nom de la Cour d'appel. Même si cette décision est antérieure à l'arrêt *Stinchcombe*, précité, de notre Cour, elle est néanmoins conforme aux principes exprimés dans cet arrêt, compte tenu de la réserve

7

8

9

the decision accords with principles expressed in *Stinchcombe*. No appeal was taken or sought to be taken from that judgment of the Court of Appeal nor were any proceedings brought before the trial judge to vary it. Accordingly, it was binding in accordance with its terms and cannot now be collaterally attacked.

que nous exprimons plus loin, dans les présents motifs, relativement à la troisième condition prévue par la décision. De plus, cette décision n'a fait l'objet d'aucun pourvoi ou demande de pourvoi, et aucune demande n'a été présentée au juge du procès pour qu'il la modifie. En conséquence, elle était exécutoire, suivant les conditions y figurant, et elle ne peut pas, maintenant, être contestée indirectement.

10

In the Court of Appeal (No. 2) and in this Court, the Crown sought to reopen the issue of privilege relating to the identity of Billy Joe. Baudouin J.A. in his judgment apparently regarded all issues relating to disclosure, including the application of the judgment of Proulx J.A., as being open. The issue of privilege having been decided by the Court of Appeal (No. 1) was not open to the Court of Appeal (No. 2) and is not open to the Crown in this appeal. The Crown alluded to evidence that has come into its possession tending to show that the safety of Billy Joe is in jeopardy. It is not clear as to when this information came into the Crown's possession. The Crown referred to this information but no application was made in this Court to adduce fresh evidence and no application was made to Steinberg J. to vary the terms of disclosure based on this evidence. This is insufficient to warrant reopening the issue of privilege in this Court. Where new evidence which may warrant a change in the terms of the Crown's obligation to disclose comes into the possession of the Crown, the appropriate procedure is an application to the trial judge to vary. The trial judge has a discretion to vary an order for disclosure on the basis of evidence which establishes that the factual foundation upon which the order was based has changed. Such an application should be made at the earliest opportunity. Difficulties in compliance with disclosure orders should be resolved by application to vary disclosure obligations rather than by non-compliance followed by an attempt at *ex post facto*

Tant devant la Cour d'appel (appel n° 2) que devant notre Cour, le ministère public a cherché à faire réexaminer la question du privilège relatif à l'identité de Billy Joe. Dans ses motifs, le juge Baudouin a apparemment considéré que toutes les questions relatives à la communication de la preuve, y compris l'exécution de la décision du juge Proulx, restaient à trancher. Comme la question du privilège a été décidée par la Cour d'appel (appel n° 1), cette dernière (appel n° 2) ne pouvait la réexaminer, pas plus d'ailleurs que ne le peut notre Cour dans le cadre du présent pourvoi. Le ministère public a laissé entendre qu'il était en possession d'éléments de preuve tendant à indiquer que la sécurité de Billy Joe était menacée. On ne sait pas exactement quand cette preuve aurait été portée à la connaissance du ministère public. Ce dernier a fait état de cette information, mais aucune demande n'a été présentée à notre Cour en vue du dépôt de nouveaux éléments de preuve, non plus qu'on a demandé au juge Steinberg de modifier les conditions de la communication de la preuve en fonction de ces nouveaux éléments. Cela ne suffit pas pour justifier le réexamen de la question du privilège devant notre Cour. Lorsque le ministère public entre en possession de nouveaux éléments de preuve susceptibles de justifier la modification des conditions de l'obligation qui lui incombe en matière de communication de la preuve, c'est une demande de modification qu'il convient de présenter au juge du procès. En effet, ce dernier a le pouvoir discrétionnaire de modifier une ordonnance de communication de la preuve sur la foi d'éléments de preuve établissant qu'il s'est produit un changement dans les faits sur lesquels était fondée l'ordonnance en question. Une telle demande doit être présentée à la première occasion. En cas de difficulté de se conformer à

justification on the basis of alleged new circumstances.

The Court of Appeal (No. 2) also held that the record before Steinberg J. on the application prior to the second trial was clearly insufficient to determine whether the Crown had respected its disclosure obligations. Baudouin J.A. appears to have based this primarily on the confusion between Crown and defence counsel and held that the debate had never been resolved based on a full knowledge of the facts.

Resolution of this preliminary question as to the sufficiency of the record before Steinberg J. involves two questions:

- (a) whether Proulx J.A.'s judgment in the Court of Appeal was sufficiently precise to describe the extent and timing of the disclosure obligation of the Crown in relation to Billy Joe; and
- (b) whether the facts as to the extent of actual Crown disclosure in relation to Billy Joe were established at the pre-trial applications before Steinberg J.

Turning to the first question, Proulx J.A.'s judgment in the Court of Appeal (No. 1) held, at p. 92, that Billy Joe was "at the core of the theory of the defence". He was witness to material facts and an *agent provocateur*. Thus, he fell within recognized exceptions to privilege, mandating disclosure of his identity and of his communications. Proulx J.A., at p. 92, identified five issues central to the defence for which Billy Joe's potential evidence

une ordonnance en matière de communication de la preuve, le problème devrait être réglé en présentant une demande de modification des obligations de communication, plutôt qu'en omettant de se conformer à ces obligations et en tentant, après coup, de justifier ce manquement en affirmant que de nouveaux faits seraient survenus.

La Cour d'appel (appel n° 2) a aussi statué que le dossier dont disposait le juge Steinberg relativement à la demande présentée avant le deuxième procès était manifestement insuffisant pour permettre de déterminer si le ministère public avait respecté ses obligations en matière de communication de la preuve. Le juge Baudouin, qui paraît avoir fondé cette conclusion principalement sur la confusion qui a existé entre le ministère public et les avocats de la défense, a conclu que la question n'avait jamais été tranchée en toute connaissance de cause.

Pour résoudre la question préliminaire de savoir si le dossier dont disposait le juge Steinberg était suffisant, il faut répondre aux deux questions suivantes:

- a) La décision du juge Proulx de la Cour d'appel décrivait-elle de façon suffisamment précise et l'étendue de l'obligation de communication de la preuve qui incombait au ministère public relativement à Billy Joe et le moment où il devait s'acquitter de cette obligation?
- b) Les faits relatifs à l'étendue de la communication de la preuve qu'a concrètement faite le ministère public relativement à Billy Joe ont-ils été établis dans le cadre des demandes présentées avant le procès devant le juge Steinberg?

En ce qui concerne la première question, le juge Proulx de la Cour d'appel (n° 1) a conclu, à la p. 92, que Billy Joe était [TRADUCTION] «un élément fondamental de la thèse de la défense». Il était témoin relativement à des faits substantiels en plus d'être un agent provocateur. En conséquence, il était visé par les exceptions reconnues au privilège, exceptions qui commandaient la divulgation de son identité et de ses déclarations. Le juge Proulx a

11

12

13

was relevant: "(1) the nature of the agreement; (2) the lack of agreement; (3) the lack of intent; (4) the issue of entrapment . . . , and (5) . . . credibility". Proulx J.A. concluded very clearly at p. 93 that there were three elements to the Crown disclosure relating to the informant, Billy Joe:

For these reasons, I am of the opinion that the trial judge erred in not ordering at the request of the appellants that the Crown disclose, (1) the evidence of the informer before the trial; (2) the full name and whereabouts of Billy Joe, and (3) that the Crown makes Billy Joe available to the appellants. [Emphasis added.]

As Steinberg J. noted on the application at the second trial:

. . . the opinion of Proulx, J., speaking on behalf of a unanimous Court of Appeal, is clear and unequivocal on this issue. The Crown had the obligation to provide the Defense, prior to the commencement of the trial, with the name and whereabouts of "Billy Joe", so that he could be summoned as a witness and to make him available. [Emphasis added.]

Accordingly, the extent of disclosure was made clear by Proulx J.A.'s reasons. The timing as to this disclosure is also made sufficiently clear. It is true that the first requirement of disclosure in Proulx's judgment refers to Billy Joe's evidence being disclosed "before trial", but the timing as to disclosure of the other two requirements is not stated. Yet, that the other two elements had to be done "before trial" is implicit from the other portions of Proulx J.A.'s reasons. Identity and whereabouts being material to the ability of the defence to make full answer and defence, they had to be disclosed prior to trial. Indeed, the Crown's attempt to make Billy Joe available at the aborted interview supports this view of the timing of disclosure in Proulx J.A.'s decision. This did, obviously, leave the Crown with some discretion as to the exact point disclosure was made prior to trial,

précisé, à la p. 92, cinq questions fondamentales pour la défense et à l'égard desquelles le témoignage éventuel de Billy Joe était pertinent: [TRADUCTION] «(1) la nature de l'entente; (2) l'absence d'entente; (3) l'absence d'intention; (4) la question de la provocation policière [. . .] et (5) [. . .] la crédibilité». Le juge Proulx a très clairement conclu, à la p. 93, que l'obligation du ministère public en matière de communication de la preuve concernant Billy Joe comportait trois éléments:

[TRADUCTION] Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que le juge du procès a fait erreur en refusant d'accéder à la demande des appelants et d'ordonner au ministère public, (1) de communiquer, avant le procès, la preuve rapportée par l'indicateur; (2) de communiquer le nom au complet de Billy Joe et ses coordonnées, et (3) de permettre aux appelants de rencontrer Billy Joe. [Nous soulignons.]

Comme l'a souligné le juge Steinberg relativement à la demande présentée au cours du deuxième procès:

[TRADUCTION] . . . l'opinion du juge Proulx, qui exprimait alors la décision unanime de la Cour d'appel, est claire et sans équivoque sur cette question. Le ministère public avait l'obligation, d'une part, de communiquer à la défense, avant le début du procès, les noms et coordonnées de «Billy Joe» pour que celui-ci puisse être assigné à témoigner, et, d'autre part, de permettre à la défense de le rencontrer. [Nous soulignons.]

En conséquence, les motifs du juge Proulx définissent clairement l'étendue de la communication de la preuve. Le moment de cette communication est également indiqué de manière suffisamment claire. Même s'il est vrai que, pour ce qui est de la première condition fixée pour la communication de la preuve, en l'occurrence la preuve qu'allait rapporter Billy Joe, le juge Proulx précise, dans sa décision, que cet élément doit être communiqué «avant le procès», le moment de l'exécution des autres conditions n'est pas indiqué. Cependant, il ressort implicitement des autres parties des motifs du juge Proulx que les deux autres conditions devaient être exécutées «avant le procès». L'identité du témoin et ses coordonnées étant des éléments importants pour permettre une défense pleine et entière, ces renseignements devaient être communiqués avant le procès. De fait, la tentative du ministère public

but such disclosure had to be within sufficient time to enable the appellants to make full answer and defence.

The Crown's discretion with respect to the timing of disclosure, however, exists before judicial review of the exercise of that discretion. Crown discretion did not continue after its exercise was reviewed by the Court of Appeal (No. 1) and a ruling was made. Otherwise, this would permit the Crown to disregard a judicial determination that disclosure has to be made and that information is not subject to informer privilege. Accordingly, the Court of Appeal (No. 2), with respect, erred in finding that the Crown's discretion as to timing and extent of disclosure continued to exist.

With respect to the second aspect of the alleged inadequacy of the factual record before Steinberg J., in our opinion it was sufficient to determine whether the Crown had met its disclosure obligations. That factual record consisted of counsel submissions on the extent of actual disclosure, and an affidavit by one of the defence counsel, Louis Pasquin (counsel for Dhillon), containing exhibits of disclosure correspondence between Crown and defence counsel. The Crown itself admitted in this Court that much of the evidence before Steinberg J. was adduced by consent, without reference to the strict rules of evidence. During the Crown's argument on the application, Steinberg J. noted the

de permettre à la défense de rencontrer Billy Joe au cours de l'interrogatoire avorté appuyé cette interprétation concernant le moment de l'exécution de cette condition prévue par la décision du juge Proulx. De toute évidence, même si le ministère public disposait d'une certaine latitude pour décider du moment précis de la communication de la preuve avant le procès, cette communication devait laisser suffisamment de temps pour permettre aux appelants de présenter une défense pleine et entière.

Cependant, le pouvoir discrétionnaire qu'a le ministère public de déterminer à quel moment il communiquera la preuve à la défense existe avant le contrôle judiciaire de la façon dont ce pouvoir a été exercé. Ce pouvoir discrétionnaire du ministère public a cessé d'exister après que la Cour d'appel (appel n° 1) eut examiné l'exercice qui en avait été fait et eut rendu sa décision. Si ce n'était pas le cas, le ministère public pourrait faire fi de la décision d'un tribunal lui intimant de communiquer des éléments de preuve et concluant que les renseignements en question ne sont pas visés par le privilège relatif aux indicateurs. En conséquence, avec égards, la Cour d'appel (appel n° 2) a fait erreur en concluant que le ministère public continuait de jouir d'un pouvoir discrétionnaire quant au moment et à l'étendue de la communication de la preuve.

En ce qui concerne le deuxième aspect, savoir l'insuffisance du dossier factuel dont disposait le juge Steinberg, le dossier était à notre avis suffisant pour permettre de déterminer si le ministère public s'était acquitté de ses obligations en matière de communication de la preuve. Ce dossier renfermait les observations des avocats sur l'étendue de la communication qui avait eu lieu concrètement ainsi qu'un affidavit émanant d'un des avocats de la défense, Louis Pasquin (l'avocat de Dhillon), et auquel étaient jointes, à titre de pièces, des lettres échangées par le ministère public et les avocats de la défense relativement à la communication de la preuve. Le ministère public a lui-même reconnu devant notre Cour qu'une grande partie de la preuve dont disposait le juge Steinberg avait été produite par consentement mutuel des parties,

14

15

reliability of the evidence as follows and implied that credibility was not in issue:

... I have three attorneys, three reputable attorneys who have informed me of what happened at this meeting. They substantially agree on what happened, there's no point in asking them what didn't happen. [Emphasis added.]

16 The record for each of the elements of Proulx J.A.'s disclosure order was as follows:

- (a) It was uncontested that since the first Quebec Court of Appeal judgment, the Crown had not disclosed any additional information about the evidence of Billy Joe.
- (b) It was undisputed that the Crown had never divulged this information nor was it willing to do so.
- (c) It was uncontested that the only access that appellant's counsel had to Billy Joe was the opportunity to ask circumscribed questions without the benefit of a court reporter or recording device while Billy Joe was masked and surrounded by two non-police bodyguards.

In our view, the record established adequate facts to determine whether there had been disclosure in accordance with the judgment of the Court of Appeal (No. 1).

17 Based on the above-noted record, it is quite clear that the Crown totally failed to make full disclosure prior to trial in relation to Billy Joe as required by the three elements of Proulx J.A.'s decision. For the first element, the Crown provided no will-say or statements of the informer prior to trial. For the second element, the Crown did not provide Billy Joe's full, real name, and his whereabouts. The final element of Proulx J.A.'s order is

indépendamment des règles strictes en matière de preuve. Durant la plaidoirie du ministère public dans le cadre de l'examen de la demande, le juge Steinberg a fait la remarque suivante sur la fiabilité de la preuve et a laissé entendre que la crédibilité n'était pas en litige:

[TRADUCTION] ... j'ai devant moi trois avocats, trois avocats de bonne réputation qui ont relaté ce qui s'est passé au cours de cette rencontre. Ils sont essentiellement d'accord sur ce qui s'est passé, il ne sert à rien de leur demander ce qui ne s'est pas passé. [Nous soulignons.]

Voici quel était l'état du dossier pour chacun des éléments de l'ordonnance de communication de la preuve rendue par le juge Proulx:

- a) il n'était pas contesté que, depuis la première décision de la Cour d'appel, le ministère public n'avait communiqué aucun renseignement additionnel concernant le témoignage de Billy Joe;
- b) il n'était pas contesté que le ministère public n'avait jamais communiqué les renseignements visés et qu'il n'était pas disposé à le faire;
- c) il n'était pas contesté que la seule fois où les avocats des appelants ont rencontré Billy Joe, c'est au cours de l'occasion qui leur a été donnée de lui poser des questions bien précises, sans pouvoir faire consigner la conversation par un sténographe judiciaire ou l'enregistrer sur bande audio; pendant la rencontre, Billy Joe portait une cagoule et était entouré de deux gardes du corps qui n'étaient pas des policiers.

À notre avis, le dossier faisait état de faits suffisants pour permettre de déterminer s'il y avait eu communication de la preuve conformément aux conditions prévues par la décision de la Cour d'appel (appel n° 1).

Il ressort très clairement du dossier dont nous venons de parler que le ministère public a omis de communiquer, avant le procès, tous les renseignements concernant Billy Joe requis par les trois éléments de la décision du juge Proulx. Pour ce qui est du premier élément, le ministère public n'a fourni, avant le procès, aucun aperçu du témoignage de l'indicateur et aucune déclaration de celui-ci. Quant au deuxième élément, le ministère

the most problematic. This is because the circumstances of the interview may not have been so much dictated by the Crown, but rather by the informant, Billy Joe, himself. For this aspect of the disclosure, where there is intervening non-disclosure by the informant, it is difficult to attribute the lack of cooperation vicariously to the Crown. The conditions for the interview were apparently dictated by the informant himself. It is true that the conditions under which the Crown made the informant available to the defence were so constrained as to amount to less than full disclosure, i.e., hooded and with two bodyguards, and with no chance to record the interview. Defence counsel, owing to the hood, could not confirm that the individual presented as "Billy Joe" was truly the informer. Defence counsel cannot be faulted for not having conducted an interview of the hooded "Billy Joe" when they had legitimate concerns as to his true identity.

Failure to comply with the obligation to disclose by the Crown could impair the right of the accused to make full answer and defence in breach of s. 7 of the *Charter*. Steinberg J. directed a stay but relied, at least in part, on the ground of unreasonable delay which we find was in error. On the other hand, we find that the Crown is in breach of its obligation to disclose as determined by Proulx J.A. The terms of disclosure accord with the decision in *Stinchcombe*, *supra*, except that, in ordering that the informant be made available, the judgment is an extension of the obligation resting on the Crown. Crown witnesses, even informants, are not the property of the Crown whom the Crown can control and produce for examination by the defence. The obligation of the Crown does not extend to producing its witnesses for oral discovery. Nevertheless, subject to variation by appropriate proceedings, the judgment of Proulx J.A. was

public n'a pas fourni le véritable nom au complet de Billy Joe ni ses coordonnées. Le dernier élément de l'ordonnance du juge Proulx est celui qui soulève le plus de difficultés. Il en est ainsi parce que les conditions régissant le déroulement de l'interrogatoire ont peut-être été dictées non pas tant par le ministère public que par l'indicateur, c'est-à-dire par Billy Joe lui-même. Pour ce qui est de cet aspect de la communication de la preuve, dans les cas où il y a non-communication du fait de l'indicateur, il est difficile d'imputer indirectement au ministère public ce manque de coopération. Les conditions régissant le déroulement de l'interrogatoire avaient apparemment été dictées par l'indicateur lui-même. Il est vrai que les conditions auxquelles le ministère public a permis à la défense de rencontrer l'indicateur étaient tellement restrictives qu'elles ont donné lieu à une communication incomplète de la preuve puisque l'indicateur était encagoulé et accompagné de deux gardes du corps, et qu'il était impossible d'enregistrer l'interrogatoire. Les avocats de la défense n'ont pu, à cause de la cagoule, s'assurer que l'individu présenté comme étant «Billy Joe» était véritablement l'indicateur. On peut reprocher aux avocats de la défense de ne pas avoir interrogé le «Billy Joe» encagoulé lorsqu'ils ont eu des doutes légitimes quant à sa véritable identité.

L'omission du ministère public de s'acquitter de l'obligation qui lui incombe en matière de communication de la preuve peut violer l'art. 7 de la *Charte* et porter atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Le juge Steinberg a ordonné l'arrêt des procédures, mais il a fondé sa décision, du moins en partie, sur l'existence d'un délai déraisonnable, ce qui, ainsi que nous avons conclu, constituait une erreur. Par ailleurs, nous concluons que le ministère public ne s'est pas acquitté de l'obligation que lui avait fixée le juge Proulx en matière de communication de la preuve. Les conditions de la communication de la preuve sont compatibles avec l'arrêt *Stinchcombe*, précité, sauf que l'ordre de produire l'indicateur a pour effet d'élargir l'obligation qui incombe au ministère public. Les témoins à charge, même les indicateurs, ne sont pas des biens qui appartiennent au ministère public et que celui-ci contrôle et peut

binding on the Crown, and the Court of Appeal (No. 2) erred in remitting the matter to the trial judge to determine *de novo* the terms, content and conditions of disclosure relating to Billy Joe.

19 In our view, in the circumstances referred to above, it would not be appropriate to stay the proceedings without affording the Crown an opportunity either to comply with the terms of the judgment of the Court of Appeal (No. 1) or to move to vary it on the basis of information that has come into the Crown's possession since the date of the judgment.

III. Disposition

20 In the result, we would allow the appeal and set aside the judgment of the Court of Appeal and substitute therefor an order setting aside the stay and requiring the trial to proceed on the following basis. Pursuant to the broad powers conferred on this Court by virtue of s. 695(1) of the *Code*, we issue the following directions:

Subject to variation by the trial judge on the basis of new evidence relating to the jeopardy of Billy Joe, the Crown must comply with the terms of the judgment of the Court of Appeal (No. 1). There is some difficulty, however, as we noted earlier in these reasons, with the third requirement in that disclosure order that Billy Joe be made available to defence counsel, since the informant appears reluctant to cooperate,

produire pour qu'ils soient interrogés par la défense. L'obligation qui incombe au ministère public ne va pas jusqu'à contraindre celui-ci à produire ses témoins pour qu'ils se soumettent à un interrogatoire préalable oral. Néanmoins, sous réserve de la possibilité d'en demander la modification par la procédure appropriée, la décision du juge Proulx liait le ministère public. La Cour d'appel (appel n° 2) a donc commis une erreur en ordonnant le renvoi de l'affaire au juge de première instance pour qu'il fixe à nouveau les conditions et le contenu de la communication de la preuve concernant Billy Joe.

À notre avis, eu égard aux circonstances susmentionnées, il ne serait pas opportun d'ordonner l'arrêt des procédures sans donner au ministère public la possibilité soit de se conformer aux conditions fixées dans la décision de la Cour d'appel (appel n° 1), soit de présenter une demande de modification de ces conditions sur la foi de renseignements venus à sa connaissance depuis la date de la décision.

III. Dispositif

En définitive, nous sommes d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la décision de la Cour d'appel et de lui substituer une ordonnance annulant l'arrêt des procédures et exigeant la tenue du procès en conformité avec les directives exposées ci-après. Conformément aux vastes pouvoirs conférés à notre Cour par le par. 695(1) du *Code*, nous formulons les directives suivantes:

Sous réserve des modifications qui pourraient être apportées aux conditions de la décision de la Cour d'appel (appel n° 1) par le juge de première instance sur la foi de nouveaux éléments de preuve concernant les risques courus par Billy Joe, le ministère public est tenu de se conformer à ces conditions. Cependant, comme nous l'avons mentionné plus tôt dans les présents motifs, la troisième condition prévue par l'ordonnance de communication de la preuve, savoir l'ordre de permettre aux avocats de la défense de rencontrer Billy Joe, soulève certaines difficultés, car l'indicateur paraît réticent à coopérer et le ministère public n'a aucune

and is beyond the Crown's control. Accordingly, the Crown has a choice:

- (1) if the Crown wishes to avoid the problems already encountered in trying to comply with the third requirement, the Crown can meet its disclosure obligations by fully complying with the other two requirements, namely, disclosing the evidence of the informer before trial, and disclosing the full name and whereabouts of Billy Joe before trial;
- (2) alternately, the Crown can choose to comply with the third requirement by producing Billy Joe and ensuring that he will cooperate and answer all proper questions.

The trial judge shall fix a reasonable time for compliance with the disclosure requirements referred to in the judgment of the Court of Appeal. At the end of that period, unless an application for variation has been brought, the trial judge shall determine whether the Crown has complied with its disclosure obligations. If there has been non-compliance, a stay is the appropriate remedy. The timing for the disposition of any motion to vary that may be brought by the Crown within the period fixed by the trial judge will be for the trial judge to determine.

The following are the reasons delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — The issue raised by this appeal is whether the trial judge erred in ordering a stay of proceedings for reasons of unreasonable delay and non-disclosure of evidence and, consequently, whether the Court of Appeal was right in overturning that decision and ordering a new trial. More particularly, it must be determined whether the Crown properly fulfilled

autorité sur lui. En conséquence, deux solutions s'offrent au ministère public:

- (1) d'une part s'il désire éviter les problèmes qu'il a déjà rencontrés lorsqu'il a tenté de se conformer à la troisième condition, le ministère public peut s'acquitter des obligations qui lui incombent en matière de communication de la preuve en se conformant intégralement aux deux autres conditions, c'est-à-dire en communiquant, avant le procès, la preuve rapportée par l'indicateur, et en divulguant, également avant le procès, le nom au complet de Billy Joe et ses coordonnées;
- (2) d'autre part, le ministère public peut choisir de se conformer à la troisième condition en produisant Billy Joe et en garantissant qu'il coopérera et répondra à toutes les questions pertinentes.

Le juge de première instance fixera le délai raisonnable à l'intérieur duquel devront être respectées les conditions fixées dans la décision de la Cour d'appel relativement à la communication de la preuve. À l'expiration de ce délai, à moins qu'une demande de modification n'ait été déposée, le juge de première instance décidera si le ministère public s'est acquitté des obligations lui incombant en matière de communication de la preuve. S'il ne l'a pas fait, l'arrêt des procédures est la réparation qui convient. Il appartiendra au juge du procès de décider du moment où il sera statué sur toute demande de modification que pourrait présenter le ministère public à l'intérieur du délai fixé par le juge.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — Il s'agit, ici, de déterminer si le juge de première instance a commis une erreur en ordonnant l'arrêt des procédures pour des motifs fondés sur l'existence d'un délai déraisonnable et sur la non-communication de la preuve et, dans l'affirmative, si la Cour d'appel a eu raison d'infirmer cette décision et d'ordonner un nouveau procès. De façon plus par-

its disclosure obligations with respect to a police informer.

23 Although I agree with my colleagues that a stay of proceedings should not have been ordered in the case at hand, I base my conclusion on different premises. Further, contrary to my colleagues, I would uphold the judgment of the Court of Appeal. Before examining the issue before us, a brief chronology of events is in order.

I. Facts and Proceedings

24 On May 30, 1986, the appellants were arrested and charged with various counts of counselling and conspiracy to commit the murder of persons aboard an aircraft. The charges were based on several conversations between the appellants and a police informer known as "Billy Joe". While the crux of the case against the appellants lies in these conversations, their exact meaning is in dispute. The Crown argues that they are evidence of the alleged conspiracy to bomb an aircraft, while the appellants suggest that they relate to the stealing of an automobile.

25 After waiving their right to a preliminary inquiry, the appellants appeared before a judge and jury on November 24, 1986. They were tried on the conspiracy charges only, as the charges related to counselling were quashed. Both appellants were subsequently found guilty on all conspiracy charges. With the consent of counsel, the trial judge, Barrette-Joncas J., applied the rule against multiple convictions and registered a conviction only with respect to the first count. On January 28, 1987, both appellants were sentenced to life imprisonment.

26 The appellants appealed their verdicts. The main focus of the appeal concerned two disclosure applications that had been brought by the defence

ticulière, il faut déterminer si le ministère public s'est acquitté de son obligation de communication de la preuve relativement à l'indicateur de police.

Bien que je sois d'accord avec mes collègues que l'arrêt des procédures n'aurait pas dû être ordonné en l'espèce, ma conclusion se fonde sur des prémisses différentes. De plus, contrairement à mes collègues, je confirmerais l'arrêt de la Cour d'appel. Avant d'examiner la question dont nous sommes saisis, il convient de faire une brève chronologie des événements.

I. Les faits et les procédures

Le 30 mai 1986, les appelants ont été arrêtés et accusés sous divers chefs, soit d'avoir conseillé le meurtre de personnes se trouvant à bord d'un aéronef et d'avoir comploté en vue de commettre le meurtre en question. Les accusations reposaient sur plusieurs conversations entre les appelants et un indicateur surnommé «Billy Joe». Bien que ces conversations soient au cœur des accusations, leur signification exacte est contestée. Le ministère public prétend qu'elles tendent à prouver l'infraction reprochée, soit le complot en vue de faire exploser un aéronef, tandis que les appelants soutiennent qu'elles concernent le vol d'une automobile.

Les appelants ont renoncé à leur droit à une enquête préliminaire et ont comparu devant un juge et un jury le 24 novembre 1986. Le procès n'a porté que sur les accusations de complot, vu l'annulation des autres chefs d'accusation d'avoir conseillé la commission d'une infraction. Les appelants ont par la suite tous deux été reconnus coupables des accusations de complot. Du consentement des avocats, le juge du procès, madame le juge Barrette-Joncas, a appliqué la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples et inscrit une déclaration de culpabilité quant au premier chef d'accusation seulement. Le 28 janvier 1987, les deux appelants ont été condamnés à une peine d'emprisonnement à perpétuité.

Les appelants ont interjeté appel du verdict. L'appel visait principalement deux demandes de communication de preuve qui avaient été présen-

at the outset of the trial, and again before the trial came to an end. More particularly, the appellants had sought an order requiring the Crown to produce the informer in order that "Billy Joe", as well as the contents of his potential testimony, be made available to the defence. A similar request, prior to the trial, had been made directly to the Crown which had turned it down. In the end, both disclosure applications were dismissed by Barrette-Joncas J. on the grounds that the informer was protected by the police informer privilege.

On appeal ((1991), 68 C.C.C. (3d) 81), Proulx J.A., writing for a unanimous court on this point, found Barrette-Joncas J.'s ruling to be in error and ordered a new trial. In the course of his opinion, Proulx J.A. stated (at pp. 92-93):

With respect, I am of the opinion that the testimony of the informer was relevant to (1) the nature of the agreement; (2) the lack of agreement; (3) the lack of intent; (4) the issue of entrapment (under the existing law at the time), and (5) in relation to credibility.

In summary, the testimony of the informer could have provided evidence on some crucial facts, mainly, (1) the consideration of the payment of \$8,000; (2) the purpose of the meetings before the meeting with Miele; (3) the nature of the conversation between Khela and himself before the meeting with Miele; (4) the discussion held at the restaurant with Miele; (5) the purpose of his contact with the appellants after Miele's departure from Montreal, and (6) the subject of the conversations held between the informer and the appellants after meeting Miele on May 22nd.

For these reasons, I am of the opinion that the trial judge erred in not ordering at the request of the appellants that the Crown disclose, (1) the evidence of the informer before the trial; (2) the full name and whereabouts of Billy Joe, and (3) that the Crown makes Billy Joe available to the appellants.

tées par la défense, d'abord au début du procès, puis de nouveau avant la fin de celui-ci. Plus particulièrement, les appelants sollicitaient une ordonnance enjoignant au ministère public de produire l'indicateur de police pour que la défense puisse interroger «Billy Joe» et prendre connaissance de la teneur de son éventuel témoignage. Une demande similaire avait été présentée directement au ministère public avant le procès, mais en vain. À la fin, madame le juge Barrette-Joncas a rejeté les deux demandes de communication de preuve au motif que l'indicateur était protégé par le privilège relatif aux indicateurs de police.

En appel, le juge Proulx, ((1991), 41 Q.A.C. 101, 68 C.C.C. (3d) 81), exprimant l'opinion unanime de la Cour sur ce point, a conclu que madame le juge Barrette-Joncas avait commis une erreur et a ordonné la tenue d'un nouveau procès. Dans ses motifs, le juge Proulx a énoncé ce qui suit (aux pp. 111 et 112):

[TRADUCTION] Avec déférence, je suis d'avis que le témoignage de l'indicateur de police était pertinent à l'égard des points suivants: (1) la nature de l'entente; (2) l'absence d'entente; (3) l'absence d'intention; (4) la provocation policière (suivant le droit existant à l'époque pertinente) et (5) la crédibilité.

En somme, le témoignage de l'indicateur de police aurait pu fournir des éléments de preuve relativement à certains faits cruciaux (1) la contrepartie du paiement de 8 000 \$; (2) l'objet des rencontres ayant précédé celle avec Miele; (3) la nature de la conversation entre l'indicateur de police lui-même et Khela avant la rencontre avec Miele; (4) la discussion avec Miele au restaurant; (5) l'objet des contacts qu'il a eus avec les appelants après que Miele eut quitté Montréal; et (6) le sujet des conversations entre l'indicateur de police et les appelants après la rencontre avec Miele, le 22 mai.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que le juge du procès a fait erreur en refusant d'accéder à la demande des appelants et d'ordonner au ministère public (1) de communiquer, avant le procès, la preuve rapportée par l'indicateur; (2) de communiquer le nom complet et les coordonnées de Billy Joe et (3) de permettre aux appelants de rencontrer Billy Joe.

Herein lies the source of the confusion which subsequently arose in the proceedings that followed.

C'est là que se trouve la source de la confusion qui s'en est suivie dans les procédures subséquentes.

28 The appellants' new trial took place before Steinberg J. on March 10, 1992. On that date, the appellants brought two applications for a judicial stay of proceedings pursuant to s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. They argued that their s. 7 *Charter* rights had been infringed by the Crown's alleged failure to make full disclosure in accordance with the judgment of the Court of Appeal and that their s. 7 and 11(b) rights had been infringed by virtue of unreasonable delay.

Le nouveau procès des appelants s'est déroulé devant le juge Steinberg, le 10 mars 1992. Les appelants ont alors déposé deux demandes d'arrêt des procédures fondées sur le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ils alléguaient, d'une part, que le ministère avait violé les droits que leur garantit l'art. 7 de la *Charte* en ne leur communiquant pas intégralement la preuve en sa possession conformément à la décision de la Cour d'appel et, d'autre part, qu'en raison du délai déraisonnable à les juger on avait porté atteinte aux droits qui leur sont reconnus aux art. 7 et 11b).

29 On March 16, 1992, Steinberg J. allowed the *Charter* applications and entered a stay of proceedings. The Crown appealed. On June 27, 1994, the appeal was allowed ((1994), 92 C.C.C. (3d) 81), and a new trial was ordered. It is from this decision that the appellants appeal to this Court as of right.

Le 16 mars 1992, le juge Steinberg a accueilli les demandes fondées sur la *Charte* et ordonné l'arrêt des procédures. Le ministère public a interjeté appel. Le 27 juin 1994, la Cour d'appel a accueilli l'appel ((1994) 63 Q.A.C. 273; 92 C.C.C. (3d) 81) et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Les appelants se pourvoient maintenant de plein droit à l'encontre de cette décision.

II. Analysis

II. Analyse

30 At the outset, it must be determined whether the judgment of the Court of Appeal in the first appeal in fact ordered the Crown to disclose (1) the evidence of the informer before the trial, (2) his full name and whereabouts, and (3) make him available to the defence. In this regard, the Court of Appeal's order simply reads as follows:

Il faut tout d'abord déterminer si, dans le cadre du premier appel, la Cour d'appel a de fait ordonné au ministère public (1) de communiquer, avant le procès, la preuve rapportée par l'indicateur de police; (2) de communiquer le nom complet et les coordonnées de l'indicateur de police, et (3) de permettre à la défense de le rencontrer. Sur ce point, l'ordonnance de la Cour d'appel se limite à ce qui suit:

THE COURT, on an appeal against conviction for having conspired to commit the murder of persons aboard an aircraft, following a trial before judge and jury in the Superior Court (District of Montreal, December 23, 1986, the Honourable Madam Justice Claire Barrette-Joncas);

[TRADUCTION] **LA COUR**, saisie d'un pourvoi contre une déclaration de culpabilité relativement à une accusation de complot en vue de commettre le meurtre de personnes à bord d'un aéronef, prononcée à l'issue d'un procès devant juge et jury en Cour supérieure (district de Montréal, 23 décembre 1986, l'honorable Claire Barrette-Joncas);

After study of the record, hearing of the parties by counsel, and deliberation;

après étude du dossier, audition des parties, qui étaient représentées par avocat, et délibéré;

For the reasons given in the written opinion of Mr. Justice Claude Vallerand, filed herewith, with which Madam Justice Christine Tourigny concurs, and for the

pour les motifs exposés dans l'opinion écrite de M. le juge Claude Vallerand, dont copie est déposée avec les présentes et à laquelle souscrit madame le juge Christine

reasons given by Mr. Justice Michel Proulx in his written opinion, also filed herewith;

DOTH GRANT the appeal;

DOTH ORDER a new trial. [Emphasis added.]

The question thus becomes whether a disclosure “order” can be implied from the terms of the judgment. In my view it cannot. What Proulx J.A.’s opinion, in its relevant portions reproduced earlier, did was to characterize the error that, in his view, the trial judge had made. Outlining such an error, as is regularly done by appellate courts in similar circumstances, is aimed at providing guidance to trial judges where new trials are ordered. Absent a specific order by the court, such guidelines have never been regarded as binding on either the trial judge or the parties. That no such order was even contemplated in this case is illustrated by the general comments made by Proulx J.A. in the course of his opinion. He alluded, in particular, to the possibility of the trial judge’s ordering that the informer be called as a witness without his identity being disclosed (at pp. 93-94):

As a matter of fact, in some cases, trial judges have allowed witnesses to testify under assumed names in order that they not be obliged to divulge their true identity . . . , subject, of course, to the proper dispositions being taken for the security of the witness. Had the trial judge ruled in favour of the appellants to order the production of the informer as a witness, that order could have allowed the witness to testify under his assumed name.

Simply put, in the first appeal, the Court of Appeal remitted the whole issue to the trial judge to be dealt with at the new trial in a manner consistent with the court’s decision, i.e., that disclosure be made to the defence but subject to the discretion of the trial judge as to the way in which this should be done. Given the appellants’ contention, and per-

Tourigny, et pour les motifs exposés par M. le juge Michel Proulx dans son opinion écrite, dont copie est également déposée avec les présentes:

ACCUEILLE le pourvoi;

ORDONNE un nouveau procès. [Je souligne.]

La question devient donc de savoir s’il est possible d’inférer une «ordonnance» de communication de la preuve du libellé du jugement de la Cour d’appel. À mon avis, ce n’est pas possible. Dans les passages pertinents de l’opinion du juge Proulx reproduits plus tôt, celui-ci s’est attaché à caractériser l’erreur qui, selon lui, avait été commise par le juge de première instance. Cette façon de faire, à laquelle les cours d’appel ont régulièrement recours dans de tels cas et qui consiste à décrire l’erreur qui a été commise, vise à fournir des directives au juge de première instance lorsqu’un nouveau procès est ordonné. En l’absence d’une ordonnance spécifique du tribunal d’appel, de telles lignes directrices n’ont jamais été considérées comme ayant pour effet de lier le juge de première instance ou les parties. Il ressort des commentaires généraux formulés par le juge Proulx dans son opinion qu’une telle ordonnance n’a même jamais été envisagée en l’espèce. En effet, le juge Proulx a spécifiquement fait allusion à la possibilité que le juge de première instance ordonne l’assignation de l’indicateur de police sans toutefois révéler son identité (à la p. 112):

[TRADUCTION] De fait, dans certains cas, il arrive que le juge de première instance autorise un témoin à déposer sous un nom d’emprunt pour lui éviter d’être contraint de divulguer sa véritable identité [. . .] et sous réserve, bien entendu, que des mesures soient prises pour assurer la sécurité de ce témoin. Si le juge de première instance avait accueilli la requête des appelants et ordonné la production de l’indicateur de police comme témoin, il aurait pu, dans cette ordonnance, autoriser le témoin à déposer sous un nom d’emprunt.

Bref, au terme du premier appel, la Cour d’appel a renvoyé l’ensemble de la question au juge de première instance pour qu’elle soit examinée dans le cadre du nouveau procès, conformément à la décision de la Cour, soit qu’il devait y avoir communication de la preuve à la défense, mais suivant les modalités qui seraient fixées par le juge de pre-

31

32

haps the Crown's perception, that the Court of Appeal had made an "order" that the Crown had no choice but to obey, steps were taken by the Crown to comply with the demands of the defence to the greatest extent it considered possible under the circumstances which required it to ensure the protection and security of the informer, a matter Proulx J.A. had himself considered.

mière instance dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. Vu la prétention des appelants — et peut-être l'impression qu'avait le ministère public — voulant que la Cour d'appel avait rendu une «ordonnance» à laquelle le ministère public n'avait d'autre choix que d'obtempérer, ce dernier a pris, afin de se conformer le plus possible aux demandes de la défense, des mesures qui, d'après les circonstances, lui permettaient d'assurer la protection et la sécurité de l'indicateur de police, aspect sur lequel le juge Proulx s'était attardé.

33 Before the second trial, the Crown thus backed away from its initial position taken during the first trial, i.e., that it had no disclosure obligation regarding the informer on the basis that this constituted privileged information, and accordingly provided the defence with all the information it had, other than the name and whereabouts of the informer. Moreover, although it had no direct control over "Billy Joe", the Crown stated that it was willing to do its best to see that the informer was present at the time of the new trial.

Avant la tenue du deuxième procès, le ministère public est donc revenu sur la position qu'il avait initialement adoptée durant le premier procès selon laquelle il n'avait, en ce qui concerne l'indicateur de police, aucune obligation de communication de la preuve, puisqu'il s'agissait de renseignements privilégiés et il a fourni à la défense tous les renseignements dont il disposait, à l'exception des nom et coordonnées de l'indicateur. Par ailleurs, même s'il n'exerçait aucun contrôle direct sur «Billy Joe», le ministère public a affirmé qu'il était disposé à faire de son mieux pour que l'indicateur soit présent lors du nouveau procès.

34 It must be stressed here that in the course of the first trial, considerable evidence concerning the informer had already been brought to the attention of the defence. This included details of the informer's twelve-year history in that capacity, details of the informer's past criminal record, as well as details of the deal that was made with him in exchange for the information. The Crown had also made available to the defence the police officer who had been the informer's contact throughout the investigation, and provided the defence with transcripts and audiotaped copies of the wiretapped conversations. Finally, it should be recalled that, at this stage, the informer had made no statement in relation to the alleged conspiracy charges other than the following at p. 87: "Of course, it's blowing up airplanes, and the reason I am ready to testify is because I think it's crazy to conspire to blow up airplanes and to kill hundreds of innocent peo-

Il importe de souligner que, durant le premier procès, la défense avait déjà été mise au courant de nombreux éléments de preuve relatifs à l'indicateur de police, notamment des détails sur ses agissements en cette qualité depuis douze ans, des détails sur son casier judiciaire ainsi que des précisions sur les arrangements conclus en échange d'informations. Le ministère public a également donné à la défense l'occasion d'interroger le policier qui avait été le contact de l'indicateur de police pendant toute la durée de l'enquête, en plus de remettre à la défense la transcription des conversations interceptées et des copies des enregistrements audio de ces conversations. Finalement, il convient de se rappeler que l'indicateur de police n'avait fait, à ce stade, que la déclaration suivante relativement aux accusations de complot à la p. 87: [TRADUCTION] «Bien sûr qu'il s'agissait de faire sauter des avions et, la raison pour laquelle je suis disposé à témoigner, c'est que je pense que c'est fou de comploter pour faire sauter des avions et de

ple.” This statement was made available to the defence.

On February 17, 1992, the Crown actually produced the informer, be it in such a way as to hide his identity. This was done in the context of a meeting at which counsel for both appellants, as well as counsel for the Crown, were present. The informer wore a hood in order to protect his identity, and he was accompanied by two bodyguards. By request of the informer, a court reporter was not to be present at the meeting, nor was the meeting to be tape-recorded. Counsel for the defence were told that the informer would answer questions directly related to the specific issues identified in Proulx J.A.’s opinion.

Although it was clear that, for reasons of security, neither the Crown nor the informer wanted the identity and whereabouts of the informer to be disclosed, the first and only question asked by defence counsel at the meeting was the informer’s name. The informer refused to answer this question other than by giving his code name. Defence counsel then chose to put an end to the meeting without asking any further question, stating that they did not believe the hooded man was in fact the true informer, and persisted in their view that there had been insufficient disclosure, i.e., that the Crown had breached Proulx J.A.’s “order”. This was the main basis of the appellants’ application for a stay of proceedings at the second trial, an application which was granted by Steinberg J.

On appeal to the Court of Appeal from that stay, Baudouin J.A., writing for the court, discussed the meeting held between the Crown and the defence during which “Billy Joe” was produced (which I recounted earlier) in the following terms (at pp. 87-88):

[TRANSLATION] If I correctly understand their argument, the respondents are complaining, in essence, that

tuer des centaines de personnes innocentes.» Cette déclaration avait été communiquée à la défense.

Le 17 février 1992, le ministère public a effectivement produit l’indicateur de police, mais de manière à dissimuler son identité. Le tout s’est déroulé à l’occasion d’une rencontre à laquelle assistaient les avocats des deux appelants et le substitut du procureur général. L’indicateur de police, qui portait une cagoule afin de protéger son identité, était accompagné de deux gardes du corps et il avait demandé qu’il n’y ait ni sténographe judiciaire ni enregistrement audio. Les avocats de la défense avaient été informés que l’indicateur de police répondrait aux questions se rapportant directement aux points spécifiquement mentionnés dans l’opinion du juge Proulx.

Même s’il était évident que, pour des raisons de sécurité, ni le ministère public ni l’indicateur de police ne désiraient que l’identité et les coordonnées de ce dernier soient dévoilées, les avocats de la défense n’ont posé qu’une seule et unique question au cours de la rencontre: le nom de l’indicateur. Ce dernier a refusé de répondre à cette question, se contentant de donner son nom de code. Les avocats de la défense ont alors décidé de mettre un terme à la rencontre sans poser d’autres questions, affirmant qu’ils ne croyaient pas que l’homme à la cagoule était vraiment l’indicateur de police, et ils ont continué d’affirmer que la communication de la preuve n’avait pas été suffisante, i.e., que le ministère public avait refusé de se conformer à l’«ordonnance» du juge Proulx. Cela a constitué le principal fondement de la demande d’arrêt des procédures déposée par les appelants lors du deuxième procès qui a été accueillie par le juge Steinberg.

Aux termes de l’appel interjeté à l’encontre de l’ordonnance d’arrêt des procédures, le juge Baudouin, s’exprimant au nom de la cour a dit ce qui suit à propos de la rencontre, que j’ai décrite plus tôt, entre le ministère public et la défense et au cours de laquelle «Billy Joe» a été produit (à la p. 279):

Si j’interprète bien leur argumentation, les intimés se plaignent, au fond, que la Couronne ne leur ait pas

35

36

37

the Crown did not disclose to them the contents of what, when testifying at the trial, Billy Joe would say about the alleged conspiracy. Here, and with the greatest respect, we are, however, in total darkness, darkness which, it seems to me, would have been and should have been cleared up if the interview of February 17, 1992, had taken place normally and he had been questioned.

The Crown advances, secondly, its discretion and the rule as to the appropriate timing of the disclosure as laid down in *R. v. Stinchcombe* (1991), 68 C.C.C. (3d) 1, [1991] 3 S.C.R. 326, 9 C.R. (4th) 277 (S.C.C.). It argues that on February 17, 1992, disclosure of the name and whereabouts of Billy Joe was not proper for two main reasons. The first is that there was a real danger for the life of this individual who has already been the subject of a first attempted murder. The second is that he, represented by counsel, had indicated that he would ask, at trial, to testify under a pseudonym, which moreover Proulx J.A. permitted him to do in his judgment. The Crown's position is, therefore, that in these particular circumstances, it was for the trial judge, before the trial had actually begun, to make the necessary decisions in this regard. I agree with this position. [Emphasis added.]

38 In my view, Baudouin J.A. was absolutely right. The judgment of Proulx J.A. was not binding on either the trial judge or the parties as regards the content of disclosure and, as a consequence, it will be for the trial judge to reconsider this issue in light of all relevant circumstances.

39 I would add that there are two ways by which the matter of disclosure could have been dealt with at the second trial: either the Crown could have made an application to the trial judge to set conditions for further disclosure of information concerning the informer, had such disclosure been found necessary, or the defence, if not satisfied by the extent of the disclosure, could have applied to the trial judge to order the Crown to disclose even further information regarding the same.

divulgué le contenu de ce que, témoignant lors du procès, Billy Joe déclarerait à propos du prétendu complot. Ici, et je le dis avec le plus grand respect, nous sommes cependant dans le vague le plus absolu, vague qui, me semble-t-il, aurait pu et dû être dissipé si l'entrevue du 17 février 1992 s'était normalement déroulée et que l'on avait procédé à l'interrogatoire.

La Couronne invoque [...] son pouvoir discrétionnaire et la règle de l'opportunité du temps de la divulgation établie dans l'arrêt *Stinchcombe c. R.*, [1991] 3 R.C.S. 326; 130 N.R. 277; 120 A.R. 161; 8 W.A.C. 161; 68 C.C.C. (3d) 1. Elle argumente qu'au jour du 17 février 1992, la divulgation du nom et des coordonnées de Billy Joe n'était pas opportune pour deux raisons majeures. La première était le danger réel pour la vie de cet individu qui avait déjà fait l'objet d'une première tentative de meurtre. La seconde est que celui-ci, représenté par procureur, avait indiqué qu'il demanderait, au procès, de témoigner sous un nom d'emprunt, comme d'ailleurs le permettait le juge Proulx dans son jugement. La position de la Couronne est donc que, dans ces circonstances particulières, c'était au juge du procès, avant que celui-ci ne commence véritablement, de prendre les décisions qui s'imposaient à cet égard. Je suis d'accord avec cette position. [Je souligne.]

À mon avis, le juge Baudouin a eu tout à fait raison. La décision du juge Proulx ne liait ni le juge de première instance ni les parties quant au contenu de la communication et, en conséquence, il appartiendra au juge du procès de réexaminer cette question à la lumière de toutes les circonstances pertinentes.

J'ajouterais que la question de la communication de la preuve aurait pu être réglée de deux façons lors du second procès: d'une part, le ministère public aurait pu présenter au juge du procès une requête demandant de fixer les conditions visant à régir la communication de tout autre renseignement concernant l'indicateur de police, si telle communication avait été jugée nécessaire, d'autre part, la défense aurait pu, si elle n'était pas satisfaite de l'étendue de la communication, demander au juge du procès d'enjoindre au ministère public de communiquer plus de renseignements sur cet indicateur.

In both cases, the matter would have been fully argued and, in particular, the need to protect the identity of the police informer, as well as any other circumstances which may have had a bearing on the requested disclosure order, would have been dealt with. The fact that the defence chose, rather, to move for a stay of proceedings does not give it greater rights than it could have claimed had it followed the proper route.

Moreover, assuming, for the sake of argument, that the Court of Appeal's judgment in the first trial could be construed as an "order" to produce the police informer, it is clear that such an order would have gone much beyond *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, i.e., much beyond the type of disclosure that can be ordered by a trial judge, let alone a Court of Appeal. The Crown can only be ordered to produce what it has, and it does not "have" people. I agree with my colleagues in this respect that "[t]he obligation of the Crown does not extend to producing its witnesses for oral discovery" (at para. 18). The appellants' argument on this point must accordingly fail.

The other issue in dispute in the present appeal concerns the alleged unreasonable delay which the trial judge considered in ordering the stay of proceedings. I agree with my colleagues that no such unreasonable delay occurred in the circumstances of this case.

For these reasons, I agree with my colleagues that a stay of proceedings should not have been granted in the instant case. I would, however, uphold the Court of Appeal's order of a new trial and direct the question of the extent of disclosure to the trial judge. Accordingly, I would dismiss the appeal.

40
Dans les deux cas, la question aurait été pleinement débattue et toutes les circonstances susceptibles d'avoir une incidence sur l'ordonnance de communication demandée auraient été examinées, en particulier la nécessité de taire l'identité de l'indicateur de police. Le fait que la défense ait plutôt choisi de demander l'arrêt des procédures ne lui confère pas plus de droits qu'elle aurait pu en revendiquer si elle avait suivi la démarche appropriée.

41
Qui plus est, à supposer, pour les fins de la discussion, que la décision rendue par la Cour d'appel aux termes du premier appel puisse être interprétée comme une «ordonnance» intimant de produire l'indicateur, il est évident qu'une telle ordonnance serait allée beaucoup plus loin que ne le prévoit l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, c.-à-d. bien au-delà du genre de communication de la preuve qui peut être ordonnée par le juge du procès et encore moins par une cour d'appel. On peut uniquement ordonner au ministère public de produire ce qu'il «possède»; or, il ne «possède» pas des personnes. À cet égard, je suis d'accord avec mes collègues que «[l']obligation qui incombe au ministère public ne va pas jusqu'à contraindre celui-ci à produire ses témoins pour qu'ils se soumettent à un interrogatoire préalable oral» (au par. 18). L'argument des appelants sur ce point est donc rejeté.

42
L'autre question en litige dans le présent pourvoi porte sur l'allégation de délai déraisonnable dont le juge du procès a tenu compte lorsqu'il a ordonné l'arrêt des procédures. Je suis d'accord avec mes collègues qu'il n'y a pas eu de délai déraisonnable dans les circonstances de cette affaire.

43
Pour ces motifs, je suis d'accord avec mes collègues que l'arrêt des procédures n'aurait pas dû être ordonné en l'espèce. Cependant, je confirmerais l'ordonnance de la Cour d'appel relativement à la tenue d'un nouveau procès et je référerai au juge du procès la question de l'étendue de la communication de la preuve. En conséquence, je rejetterais le pourvoi.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Pourvoi accueilli, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Solicitors for the appellant Santokh Singh Khela: Harrop, Phillips, Powell & Gibbons, Vancouver.

Procureurs de l'appellant Santokh Singh Khela: Harrop, Phillips, Powell & Gibbons, Vancouver.

Solicitors for the appellant Kashmir Singh Dhillon: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureurs de l'appellant Kashmir Singh Dhillon: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Quebec, Montreal.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Québec, Montréal.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Michael Thomas Shropshire *Respondent*

INDEXED AS: R. v. SHROPSHIRE

File No.: 24227.

Hearing and judgment: June 15, 1995.

Reasons delivered: November 16, 1995.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Sentencing — Period of parole ineligibility — Accused pleading guilty to second degree murder — Trial judge sentencing accused to life imprisonment without parole eligibility for 12 years — Court of Appeal reducing period of parole ineligibility to statutory 10-year minimum — Whether trial judge's order should be restored — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 744.

Criminal law — Powers of court of appeal — Appeals against sentence — Accused pleading guilty to second degree murder — Trial judge sentencing accused to life imprisonment without parole eligibility for 12 years — Court of Appeal reducing period of parole ineligibility to statutory 10-year minimum — Whether Court of Appeal erred in standard of appellate review it applied — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 687(1).

The accused pleaded guilty to second degree murder. The offence was committed at his home during a marijuana transaction. Without any warning, the accused shot the deceased three times in the chest as they were about to enter the garage to complete the deal. Two days later, the accused gave himself up to the police. He professed remorse for his actions but was unwilling or unable to explain them. No motive for the killing was ever ascertained. The accused has a prior criminal record including two convictions in Youth Court for robbery, a

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

Michael Thomas Shropshire *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. SHROPSHIRE

N° du greffe: 24227.

Audition et jugement: 15 juin 1995.

Motifs déposés: 16 novembre 1995.

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

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

Droit criminel — Détermination de la peine — Délai préalable à la libération conditionnelle — Accusé plaidant coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré — Juge du procès condamnant l'accusé à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 12 ans — Cour d'appel réduisant le délai préalable à la libération conditionnelle au minimum de 10 ans prescrit par la loi — Y a-t-il lieu de rétablir l'ordonnance du juge du procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 744.

Droit criminel — Pouvoirs d'une cour d'appel — Appels contre une peine — Accusé plaidant coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré — Juge du procès condamnant l'accusé à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 12 ans — Cour d'appel réduisant le délai préalable à la libération conditionnelle au minimum de 10 ans prescrit par la loi — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur relativement à la norme de contrôle qu'elle a appliquée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 687(1).

L'accusé a plaidé coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré. Le crime a été commis à son domicile, au moment où il s'apprêtait à conclure un marché concernant de la marijuana. Sans donner aucun avertissement, l'accusé a fait feu à trois reprises sur la victime, l'atteignant à la poitrine, au moment où ils allaient entrer dans le garage pour conclure le marché. Deux jours plus tard, l'accusé s'est rendu à la police. Il a affirmé qu'il avait des remords pour ses actes, mais il n'a ni voulu ni pu les expliquer. Le mobile de l'homi-

conviction for impaired driving, and two narcotic offences as an adult. Section 742(b) of the *Criminal Code* specifies a sentence of life imprisonment with a period of parole ineligibility of between 10 and 25 years for a person convicted of second degree murder. By virtue of their discretionary power under s. 744, trial judges may extend the period of parole ineligibility beyond the 10-year minimum. The accused was sentenced to life imprisonment without eligibility for parole for 12 years. The Court of Appeal, in a majority decision, allowed his appeal against sentence, and reduced the period of parole ineligibility to 10 years.

Held: The appeal should be allowed and the trial judge's order restored.

The factors to be considered in fixing an extended period of parole ineligibility under s. 744 are (1) the character of the offender, (2) the nature of the offence, and (3) the circumstances surrounding the commission of the offence, all bearing in mind the discretionary power conferred on the trial judge. While an assessment of future dangerousness and denunciation are of relevance in justifying a s. 744 order, deterrence is also a relevant criterion. The conclusion, by the majority of the Court of Appeal, that a period of parole ineligibility in excess of 10 years will not be justified unless there are "unusual circumstances" is too high a standard and makes it overly difficult for trial judges to exercise their discretionary power. A more appropriate standard is that as a general rule, the period of parole ineligibility should be for 10 years, but this can be ousted by a determination of the trial judge that, according to the criteria enumerated in s. 744, the offender should wait a longer period before having his suitability to be released into the general public assessed. To this end, an extension of the period of parole ineligibility would not be "unusual", although in the median number of cases, a period of 10 years might still be awarded. This standard is supported by a review of the legislative history, academic commentary and judicial interpretation of s. 744 and the sentencing scheme for second degree murder. Permitting trial judges to extend the period of parole ineligibil-

cide n'a jamais été établi. L'accusé avait un casier judiciaire faisant état notamment de deux déclarations de culpabilité de vol qualifié prononcées devant le tribunal pour adolescents, d'une déclaration de culpabilité de conduite avec facultés affaiblies et de deux autres déclarations de culpabilité relatives à des infractions en matière de stupéfiants, prononcées devant un tribunal pour adultes. L'alinéa 742b) du *Code criminel* prescrit l'emprisonnement à perpétuité assorti d'un délai préalable à la libération conditionnelle d'au moins 10 ans et d'au plus 25 ans dans le cas d'une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Le juge du procès a, en vertu de l'art. 744, le pouvoir discrétionnaire de proroger, au-delà du minimum de 10 ans prescrit par la loi, le délai préalable à la libération conditionnelle. L'accusé a été condamné à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 12 ans. La Cour d'appel, à la majorité, a accueilli l'appel que l'accusé avait interjeté contre la peine qui lui avait été infligée, et a réduit à 10 ans le délai préalable à sa libération conditionnelle.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et l'ordonnance du juge du procès est rétablie.

Les facteurs dont il faut tenir compte pour proroger le délai préalable à la libération conditionnelle, en vertu de l'art. 744, sont (1) le caractère du contrevenant, (2) la nature de l'infraction, et (3) les circonstances de l'infraction. Ce sont tous des facteurs qu'on doit considérer en ayant à l'esprit le pouvoir discrétionnaire conféré au juge du procès. Bien que la détermination de la dangerosité future et la réprobation soient pertinentes pour justifier une ordonnance fondée sur l'art. 744, la dissuasion est aussi un critère pertinent. La conclusion de la Cour d'appel à la majorité qu'un délai préalable à la libération conditionnelle de plus de 10 ans ne sera justifié qu'en présence de «circonstances exceptionnelles» est une norme trop sévère qui complique indûment l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. Une norme plus appropriée consiste à dire qu'en règle générale le délai préalable à la libération conditionnelle est de 10 ans, mais que le juge du procès peut y déroger en décidant que, suivant les critères énumérés à l'art. 744, un délai plus long devrait s'écouler avant que l'on examine l'opportunité de mettre le contrevenant en liberté. Dans cette optique, la prorogation du délai préalable à la libération conditionnelle ne serait pas «exceptionnelle», même s'il se pourrait que, dans la plupart des cas, le délai continue d'être fixé à 10 ans. Cette norme s'appuie sur un examen de l'historique et de l'interprétation judiciaire de l'art. 744, ainsi que de la doctrine s'y rapportant, et sur le régime de détermination de la peine applicable au meurtre au deuxième degré. Ce n'est pas

ity does not usurp or impinge upon the function of the parole board.

The trial judge made no error in this case. He adverted to the fact that the accused had pleaded guilty and was only 23 years old, and referred to the following factors as specifically justifying the 12-year period of parole ineligibility he was imposing: (a) the circumstances of the killing were strange in that they provided no real answer to why it took place, and the accused was unwilling or unable to explain his actions; (b) the murder was committed during the course of committing another offence, namely a drug transaction; and (c) the accused has a record for both narcotic offences and violence. Factors (b) and (c) clearly fall within the categories established by s. 744. While factor (a) presents some difficulty, the silence referred to is readily assimilable within the "circumstances surrounding the offence" criterion. In the absence of any explanation for a random and seemingly senseless killing, the trial judge was correct in sentencing the accused as he did in light of the accused's refusal to offer an explanation. The right to silence, which is fully operative in the investigative and prosecutorial stages of the criminal process, wanes in importance in the post-conviction phase when sentencing is at issue. It should be emphasized, however, that the accused pleaded guilty; the question of drawing a negative inference from the accused's silence when he or she has pleaded not guilty and wishes to appeal the conviction should be left for future consideration.

The Court of Appeal erred in suggesting that an appellate court should reduce the period of parole ineligibility imposed by the trial judge unless the trial judge has given specific reasons which, in the opinion of the appeal court, justify the increased period. This very broad standard of review is inappropriate. Orders made under s. 744 are part of the "sentence" and are thus to be appealed pursuant to s. 687(1), which provides for consideration of the "fitness" of the sentence. An appellate court should not be given free reign to modify a sentencing order simply because it feels that a different order ought to have been made. A variation in the sentence should only be made if the court of appeal is convinced it is not fit, that is, if it has found the sentence to be

usurper la fonction de la commission des libérations conditionnelles, ou empiéter sur celle-ci, que de permettre au juge du procès de proroger le délai préalable à la libération conditionnelle.

Le juge du procès n'a commis aucune erreur en l'espèce. Il a mentionné le fait que l'accusé avait plaidé coupable et qu'il n'était âgé que de 23 ans, et il a affirmé que les facteurs suivants justifiaient de fixer à 12 ans le délai préalable à la libération conditionnelle: a) les circonstances de l'homicide étaient étranges, car elles n'expliquaient pas véritablement pourquoi il avait été commis, et l'accusé n'a ni voulu ni pu expliquer ses actes, b) le meurtre a été commis pendant la perpétration d'une autre infraction, soit un marché concernant de la drogue, et c) l'accusé avait un casier judiciaire faisant état d'infractions en matière de stupéfiants et de crimes violents. Les facteurs b) et c) relèvent clairement des catégories établies à l'art. 744. Quoique le facteur a) présente certaines difficultés, le silence dont il est fait état est facilement assimilable au critère des «circonstances» de l'infraction. En l'absence de toute explication d'un homicide commis au hasard et apparemment insensé, le juge du procès a eu raison de fixer la peine de l'accusé en fonction de son refus d'expliquer son acte. Le droit au silence, qui est entièrement applicable aux étapes de l'enquête et des poursuites en matière criminelle, perd de son importance à l'étape qui suit la déclaration de culpabilité, quand il s'agit de déterminer la peine. Toutefois, il y a lieu d'insister sur le fait que l'accusé a plaidé coupable, et de remettre à plus tard l'examen de la question de savoir si une conclusion défavorable peut être tirée du silence de l'accusé qui a plaidé non coupable et qui souhaite en appeler de sa déclaration de culpabilité.

La Cour d'appel a commis une erreur en affirmant qu'une cour d'appel devrait réduire le délai préalable à la libération conditionnelle fixé par le juge du procès, sauf si ce dernier a donné des motifs précis qui, de l'avis de la cour d'appel, justifient la prorogation du délai. Cette norme de contrôle très large est inadéquate. Les ordonnances fondées sur l'art. 744 font partie de la «sentence» et doivent donc être portées en appel conformément au par. 687(1), qui prévoit l'examen de la «justesse» de la sentence. Une cour d'appel ne devrait pas avoir toute latitude pour modifier une ordonnance relative à la détermination de la peine simplement parce qu'elle estime qu'une ordonnance différente aurait dû être rendue. Il n'y a lieu de modifier la peine que si la cour d'appel est convaincue qu'elle n'est pas indiquée, c'est-à-dire si elle conclut que la peine est nettement déraisonnable. En l'espèce, l'ordonnance relative à la

clearly unreasonable. In this case the sentencing order did not fall outside the acceptable range of orders.

Cases Cited

Disapproved: *R. v. Hogben* (1994), 40 B.C.A.C. 257; **approved:** *R. v. Doyle* (1991), 108 N.S.R. (2d) 1, leave to appeal refused, [1992] 2 S.C.R. vi; *R. v. Pepin* (1990), 98 N.S.R. (2d) 238; *R. v. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119; **not followed:** *R. v. Brown* (1993), 83 C.C.C. (3d) 394; *R. v. Walford* (1984), 12 C.C.C. (3d) 257; **referred to:** *R. v. Wenarchuk* (1982), 67 C.C.C. (2d) 169; *R. v. Mitchell* (1987), 39 C.C.C. (3d) 141; *R. v. Young* (1993), 78 C.C.C. (3d) 538; *R. v. Able* (1993), 65 O.A.C. 37; *R. v. Ly* (1992), 72 C.C.C. (3d) 57; *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711; *R. v. Swiedlinski*, [1994] 3 S.C.R. 481; *R. v. Gourgon* (1981), 58 C.C.C. (2d) 193; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293; *R. v. Émond*, J.E. 90-557; *R. v. Chaisson*, [1995] 2 S.C.R. 1118; *R. v. Smith*, [1990] 1 S.C.R. 991; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656.

Statutes and Regulations Cited

Corrections and Conditional Release Act, S.C. 1992, c. 20, ss. 101, 102.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 673, 687(1), 742(b), 743, 744 [rep. & sub. 1992, c. 11, s. 16], 744.1 [ad. *idem*], 745.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 90 C.C.C. (3d) 234, 45 B.C.A.C. 252, 72 W.A.C. 252, allowing the accused's appeal against sentence and reducing the period of parole ineligibility to 10 years. Appeal allowed.

William F. Ehrcke, for the appellant.

Anthony H. Zipp, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

¹ IACOBUCCI J. — This appeal was allowed on June 15, 1995, with reasons to follow. These are those reasons.

détermination de la peine ne tombait pas en dehors des «limites acceptables».

Jurisprudence

Arrêt critiqué: *R. c. Hogben* (1994), 40 B.C.A.C. 257; **arrêts approuvés:** *R. c. Doyle* (1991), 108 N.S.R. (2d) 1, autorisation de pourvoi refusée, [1992] 2 R.C.S. vi; *R. c. Pepin* (1990), 98 N.S.R. (2d) 238; *R. c. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119; **arrêts non suivis:** *R. c. Brown* (1993), 83 C.C.C. (3d) 394; *R. c. Walford* (1984), 12 C.C.C. (3d) 257; **arrêts mentionnés:** *R. c. Wenarchuk* (1982), 67 C.C.C. (2d) 169; *R. c. Mitchell* (1987), 39 C.C.C. (3d) 141; *R. c. Young* (1993), 78 C.C.C. (3d) 538; *R. c. Able* (1993), 65 O.A.C. 37; *R. c. Ly* (1992), 72 C.C.C. (3d) 57; *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711; *R. c. Swiedlinski*, [1994] 3 R.C.S. 481; *R. c. Gourgon* (1981), 58 C.C.C. (2d) 193; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293; *R. c. Émond*, J.E. 90-557; *R. c. Chaisson*, [1995] 2 R.C.S. 1118; *R. c. Smith*, [1990] 1 R.C.S. 991; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 673, 687(1), 742b), 743, 744 [abr. & rempl. 1992, ch. 11, art. 16], 744.1 [aj. *idem*], 745.
Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition, L.C. 1992, ch. 20, art. 101, 102.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 90 C.C.C. (3d) 234, 45 B.C.A.C. 252, 72 W.A.C. 252, qui a accueilli l'appel que l'accusé avait interjeté contre la peine qui lui avait été infligée, et qui a réduit à 10 ans le délai préalable à sa libération conditionnelle. Pourvoi accueilli.

William F. Ehrcke, pour l'appelante.

Anthony H. Zipp, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE IACOBUCCI — Notre Cour a accueilli le présent pourvoi le 15 juin 1995, affirmant qu'elle ferait connaître ses motifs ultérieurement. Voici donc ces motifs.

At issue in this appeal are the factors and principles that should guide a trial judge in determining whether to extend the period of parole ineligibility on a second degree murder conviction beyond the statutory minimum of 10 years. This appeal also touches on the appropriate standard of appellate review to be exercised when considering a trial judge's decision to postpone the period of parole eligibility. Both of these issues engage the broad theme of when the discretion of a sentencing judge ought to be altered.

I. Background

The respondent, Michael Thomas Shropshire, pleaded guilty to the second degree murder of Timothy Buffam. The offence was committed at the respondent's home in Abbotsford, British Columbia, on May 26, 1992, during a marijuana transaction between the respondent, the deceased, and Lorne Lang, a third person accompanying the deceased. Lang is otherwise known as "Animal". The respondent was acquainted with Buffam and Lang as the trio had had prior narcotics dealings. Without any warning, the respondent shot Buffam three times in the chest as they were about to enter the garage to complete the marijuana deal. The respondent then chased Lang in his vehicle shouting "Hacksaw told me to do it!". Hacksaw is the nickname of another associate.

Two days later, the respondent gave himself up to the police. After a preliminary hearing, the respondent pleaded guilty to second degree murder. He professed remorse for his actions but was unwilling or unable to explain them. No motive for the killing was ever ascertained. The respondent has a prior criminal record including two convictions in Youth Court for robbery, a conviction for

Le pourvoi porte sur les facteurs et les principes qui devraient guider le juge du procès qui examine s'il y a lieu de porter, au-delà du minimum de 10 ans prescrit par la loi, le délai préalable à la libération conditionnelle dans le cas d'une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. Il concerne en outre la norme qui doit s'appliquer au contrôle en appel de la décision du juge du procès de proroger ce délai. Ces deux questions soulèvent la question générale de savoir dans quels cas on devrait intervenir dans l'exercice par le juge du procès de son pouvoir discrétionnaire en matière de détermination de la peine.

I. Contexte

L'intimé, Michael Thomas Shropshire, a plaidé coupable à l'accusation de meurtre au deuxième degré de Timothy Buffam. Le crime a été commis au domicile de l'intimé à Abbotsford, en Colombie-Britannique, le 26 mai 1992, au moment où celui-ci, la victime et Lorne Lang, une troisième personne qui accompagnait la victime, s'apprêtaient à conclure un marché concernant de la marijuana. Lang est également connu sous le nom de «Animal». L'intimé connaissait Buffam et Lang car tous trois avaient déjà conclu des marchés en matière de stupéfiants. Sans donner aucun avertissement, l'intimé a fait feu à trois reprises sur Buffam, l'atteignant à la poitrine, au moment où ils allaient entrer dans le garage pour conclure le marché concernant la marijuana. L'intimé a alors poursuivi Lang en voiture en criant: [TRADUCTION] «C'est Hacksaw qui m'a dit de faire ça!» Hacksaw était le sobriquet d'un autre associé.

Deux jours plus tard, l'intimé s'est rendu à la police. Après l'enquête préliminaire, l'intimé a plaidé coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré. Il a affirmé qu'il avait des remords pour ses actes, mais il n'a ni voulu ni pu les expliquer. Le mobile de l'homicide n'a jamais été établi. L'intimé avait un casier judiciaire faisant état notamment de deux déclarations de culpabilité de vol qualifié prononcées devant le tribunal pour adolescents, d'une déclaration de culpabilité de conduite avec facultés affaiblies et de deux

2

3

4

impaired driving, and two narcotic offences as an adult.

5 On June 17, 1993, McKinnon J. of the Supreme Court of British Columbia sentenced the respondent to life imprisonment without eligibility for parole for 12 years. This period of non-eligibility for parole is two years more than the minimum (and most common) period of parole ineligibility for second degree murder, namely 10 years. Trial judges are permitted, by virtue of the discretionary power accorded to them by s. 744 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, to extend the period of parole ineligibility beyond the statutory minimum. The respondent challenged the discretionary s. 744 decision of the trial judge.

6 On May 4, 1994, a majority of the Court of Appeal for British Columbia allowed the respondent's appeal against sentence, and reduced the period of parole ineligibility to 10 years: (1994) 90 C.C.C. (3d) 234, 45 B.C.A.C. 252, 72 W.A.C. 252. Goldie J.A. dissented and would have dismissed the appeal.

II. Relevant Statutory Provisions

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

744. Subject to section 744.1, at the time of the sentencing under paragraph 742(b) of an offender who is convicted of second degree murder, the judge who presided at the trial of the offender or, if that judge is unable to do so, any judge of the same court may, having regard to the character of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission, and to the recommendation, if any, made pursuant to section 743, by order, substitute for ten years a number of years of imprisonment (being more than ten but not more than twenty-five) without eligibility for parole, as the judge deems fit in the circumstances.

7 Section 744.1 applies to offenders under the age of 18. Section 742(b) specifies a sentence of life imprisonment with a period of parole ineligibility of at least 10 years and not more than 25 years for a person convicted of second degree murder. Sec-

autres déclarations de culpabilité relatives à des infractions en matière de stupéfiants, prononcées devant un tribunal pour adultes.

Le 17 juin 1993, le juge McKinnon de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a condamné l'intimé à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 12 ans, ce qui représentait deux ans de plus que le délai minimal (et le plus courant) qui s'applique dans le cas d'un meurtre au deuxième degré, à savoir 10 ans. Le juge du procès a, en vertu de l'art. 744 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, le pouvoir discrétionnaire de proroger, au-delà du minimum prescrit par la loi, le délai préalable à la libération conditionnelle. L'intimé a contesté la décision prise par le juge du procès dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire.

Le 4 mai 1994, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité, a accueilli l'appel que l'intimé avait interjeté contre la peine qui lui avait été infligée, et a réduit à 10 ans le délai préalable à sa libération conditionnelle: (1994), 90 C.C.C. (3d) 234, 45 B.C.A.C. 252, 72 W.A.C. 252. Le juge Goldie, dissident, aurait rejeté l'appel.

II. Dispositions législatives pertinentes

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

744. Sous réserve de l'article 744.1, au moment de prononcer la peine conformément à l'alinéa 742b), le juge qui préside au procès du contrevenant déclaré coupable de meurtre au deuxième degré, ou en cas d'empêchement, tout juge du même tribunal peut, compte tenu du caractère du contrevenant, de la nature de l'infraction et des circonstances de cette dernière ainsi que de toute recommandation formulée en vertu de l'article 743, porter, par ordonnance, le délai préalable à sa libération conditionnelle au nombre d'années, compris entre dix et vingt-cinq, qu'il estime indiqué dans les circonstances.

L'article 744.1 s'applique aux contrevenants de moins de 18 ans. L'alinéa 742b) prescrit l'emprisonnement à perpétuité assorti d'un délai préalable à la libération conditionnelle d'au moins 10 ans et d'au plus 25 ans dans le cas d'une déclaration de culpabilité de meurtre au deuxième degré. L'article

tion 743 relates to a recommendation by a jury as to minimum parole ineligibility.

III. Judgments Below

A. *Supreme Court of British Columbia*

McKinnon J. stated that it was the duty of a trial judge “to consider the appropriate sentence having regard to the character of the offender, the nature of the offence, and the circumstances surrounding its commission”. He then concluded.

The accused pleaded guilty to second degree murder and I have imposed the mandatory sentence of life imprisonment. It remains to determine the period he must serve before eligibility for parole.

I have the joint submission of Crown and defence that it should be the minimum prescribed, namely ten years. Notwithstanding that submission it is the duty of the trial judge to consider the appropriate sentence having regard to the character of the offender, the nature of the offence, and the circumstances surrounding its commission.

This offence was committed during a marijuana transaction between three people who had prior similar dealings and who were certainly known to one another. The accused was selling a quantity of marijuana to one Lang. The deceased, Buffam, was along as both driver and co-purchaser but appears to have been a minor player insofar as this transaction was concerned. It was set up between Shropshire and Lang.

There is some indication that Shropshire anticipated trouble with Lang as he owed him \$1,400, but the evidence is equivocal as Lang claims they were warmly greeted by Shropshire when they arrived. In any event, according to Lang, nothing transpired while there to cause Mr. Shropshire to fire three bullets into Buffam. Mr. Shropshire professes remorse for his actions but seems unwilling to explain just why he killed Mr. Buffam.

Lang says that for reasons completely foreign to him, Shropshire fired three shots into Buffam as they were all about to enter the garage to complete the marijuana deal. Shropshire then chased Lang with his vehicle, and

743 concerne la recommandation d'un jury quant au délai minimal préalable à la libération conditionnelle.

III. Juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique*

Le juge McKinnon a dit qu'il incombait au juge du procès de [TRADUCTION] «décider de la peine convenable en tenant compte du caractère du contrevenant, de la nature de l'infraction et des circonstances de celle-ci». Puis, il conclut en ces termes:

[TRADUCTION] L'accusé a plaidé coupable à l'accusation de meurtre au deuxième degré et je lui ai infligé la peine obligatoire d'emprisonnement à perpétuité. Il reste à fixer le nombre d'années qu'il devra purger avant de pouvoir bénéficier de la libération conditionnelle.

Le ministère public et la défense font valoir conjointement qu'il convient de retenir le minimum prescrit, soit dix ans. En dépit de ces observations des avocats, il incombe au juge du procès de décider de la peine convenable en tenant compte du caractère du contrevenant, de la nature de l'infraction et des circonstances de celle-ci.

Cette infraction a été commise au moment où un marché concernant de la marijuana était conclu entre trois personnes qui avaient déjà conclu des marchés similaires et qui se connaissaient sûrement. L'accusé était en train de vendre de la marijuana à un nommé Lang. Buffam, la victime, les accompagnait à titre de conducteur et de coacheteur, mais paraît avoir joué un rôle de second plan relativement à ce marché organisé par Shropshire et Lang.

Certains éléments semblent indiquer que Shropshire s'attendait à avoir des ennuis avec Lang parce qu'il lui devait 1 400 \$, mais la preuve est équivoque car Lang prétend que Shropshire les a accueillis chaleureusement quand ils sont arrivés. De toute façon, d'après Lang, il ne s'est rien passé à ce moment-là qui ait pu amener Shropshire à faire feu à trois reprises sur Buffam. Monsieur Shropshire affirme avoir des remords pour ses actes, mais il ne semble pas disposé à expliquer pourquoi il a tué M. Buffam.

Lang dit que, pour des raisons qui lui échappent complètement, Shropshire a fait feu à trois reprises sur Buffam au moment où ils allaient tous les trois entrer dans le garage pour conclure le marché concernant la mari-

depending upon whose version you accept it was either to get him to come back to the house and phone the police or to kill him as well. Independent witnesses noted the car chase but only Lang could say that Shropshire attempted to shoot him in this chase. Various shouts by Shropshire to Lang about "Hacksaw told me to do it" were made. Hacksaw is apparently the nickname of another associate. It is all very strange, made even stranger by Mr. Shropshire's unwillingness or inability to explain his actions.

Mr. Shropshire is only twenty-three years old but has a criminal record for both narcotic offences and offences of violence. He has the support of both his parents and his wife with whom he has two children. He appears to have been involved in the criminal element for most of his young years, and while I would not want to unduly affect what must be a life that is still very much capable of reformation, given the factors which I must consider, balanced against the facts, I believe the period of ineligibility must be for twelve years. I so impose such period.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1994), 90 C.C.C. (3d) 234

⁹ The majority of the court allowed the appeal against sentence and reduced the period of parole ineligibility to 10 years.

(i) *per Lambert J.A.* (Cumming J.A. concurring)

¹⁰ Lambert J.A. found it hard to conceive that "the sentencing principles of general deterrence and specific deterrence should have any application in setting a period of ineligibility of parole of longer than 10 years" (p. 237). He stated that if someone was not deterred by the thought of a life sentence coupled with ineligibility for parole for a period of 10 years, then it was hard to conceive that extending the period of ineligibility for parole would have any deterrent effect on that person.

¹¹ Lambert J.A. found that the effect of an order imposing a period of parole ineligibility longer than 10 years was to prevent the parole board from

juana. Shropshire a alors poursuivi Lang en voiture soit, selon la version des faits que l'on accepte, pour le faire revenir à la maison et appeler la police, soit pour le tuer lui aussi. Des témoins étrangers à cette affaire ont remarqué la poursuite en voiture, mais seul Lang a été en mesure de dire que Shropshire avait tenté de l'abattre à ce moment-là. Shropshire a crié à Lang à plusieurs reprises: «C'est Hacksaw qui m'a dit de faire ça». Hacksaw est apparemment le sobriquet d'un autre associé. Tout cela est très étrange, surtout que M. Shropshire n'a ni voulu ni pu expliquer ses actes.

Monsieur Shropshire n'a que vingt-trois ans, mais il a un casier judiciaire faisant état d'infractions en matière de stupéfiants et de crimes violents. Il a l'appui de ses parents et de sa femme avec qui il a eu deux enfants. Il semble avoir côtoyé des criminels durant la majeure partie de sa jeunesse et, bien que je ne veuille pas influencer indûment sur une vie qui doit être encore tout à fait susceptible de devenir rangée, étant donné les facteurs dont je dois tenir compte, après avoir soupesé les faits, je crois qu'il convient de fixer à douze ans le délai préalable à sa libération conditionnelle. C'est le délai que je fixe.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1994), 90 C.C.C. (3d) 234

La cour, à la majorité, a accueilli l'appel interjeté contre la peine et a réduit à 10 ans le délai préalable à la libération conditionnelle.

(i) *le juge Lambert* (avec l'appui du juge Cumming)

Le juge Lambert a conclu qu'il était difficile de concevoir que [TRADUCTION] «les principes de dissuasion générale et de dissuasion particulière qui régissent la détermination de la peine devraient s'appliquer pour fixer à plus de 10 ans le délai préalable à la libération conditionnelle» (p. 237). Il a affirmé que, si une personne n'était pas dissuadée par la pensée d'un emprisonnement à perpétuité assorti de l'impossibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 10 ans, il était alors difficilement concevable que la prorogation de ce délai préalable aurait quelque effet dissuasif sur elle.

Le juge Lambert a conclu qu'une ordonnance portant à plus de 10 ans le délai préalable à la libération conditionnelle avait pour effet d'empêcher

exercising “the very function it is designed to perform” (p. 238). To this end, so as not to usurp the function of the parole board, such an order could only be issued in unusual circumstances. More specifically, the extended period of the parole ineligibility order could only be based upon two justifications. First, if “the judge forms the impression that the convicted person is dangerous if left at large and will continue to be dangerous after the passage of 10 years and that the evidence at trial is such that the judge considers that he has a clearer view of the danger of the person in question than the parole board will have in 10 years time, when the relevance of the question of danger becomes significant at all” (p. 238). Second, when denunciation is of the essence: “a conclusion that a sentence of life imprisonment coupled with parole ineligibility for a period of 10 years is an insufficient denunciation by society, having regard to the gravity of the offence” (p. 238).

Lambert J.A. then concluded that neither of these reasons justified McKinnon J.’s decision to extend the period of parole ineligibility in this case. With respect to dangerousness, Lambert J.A. observed that McKinnon J. had failed to give sufficient reasons for forming his opinion. Regarding denunciation, Lambert J.A. held (at pp. 238-39):

... in imposing such a denunciatory sentence ... the cost of keeping him in for extra years is in excess of \$50,000 a year ... and ... in imposing extra years of parole ineligibility it must be concluded that the extra denunciation is worth more than \$50,000 a year to society.

I cannot fit the reason given by the sentencing judge, namely, that there was no explanation given by the accused when he pleaded guilty about why he committed this murder, within the two categories which I have

la commission des libérations conditionnelles d’exercer [TRADUCTION] «la fonction même pour laquelle elle a été constituée» (p. 238). C’est pourquoi, afin de ne pas usurper la fonction de la commission des libérations conditionnelles, une telle ordonnance ne pourrait être rendue que dans des circonstances exceptionnelles. Plus précisément, seules deux raisons pourraient justifier une ordonnance prorogeant le délai préalable à la libération conditionnelle. Premièrement, lorsque [TRADUCTION] «le juge a l’impression que la personne déclarée coupable sera dangereuse si elle est remise en liberté et qu’elle le sera encore dans 10 ans, et que la preuve produite au procès l’amène à considérer qu’il a une meilleure perception du danger que la personne en question représente que ne l’aura la commission des libérations conditionnelles dans 10 ans, quand la question du danger deviendra importante de toute façon» (p. 238). Deuxièmement, lorsque la réprobation s’impose: [TRADUCTION] «une conclusion que l’emprisonnement à perpétuité assorti de l’impossibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 10 ans est une forme de réprobation sociale insuffisante, eu égard à la gravité de l’infraction» (p. 238).

Le juge Lambert a conclu ensuite qu’aucune de ces raisons ne justifiait, en l’espèce, la décision du juge McKinnon de proroger le délai préalable à la libération conditionnelle. Quant à la dangerosité, le juge Lambert a fait observer que le juge McKinnon n’avait pas suffisamment motivé son opinion. Au sujet de la réprobation, le juge Lambert conclut, aux pp. 238 et 239:

[TRADUCTION] ... en imposant une telle peine exemplaire [...] son incarcération pour quelques années de plus coûte au-delà de 50 000 \$ par an [...] et [...] en prorogeant le délai préalable à la libération conditionnelle, il faut conclure que cette mesure de réprobation supplémentaire vaut plus que 50 000 \$ par an pour la société.

Je suis incapable de classer, dans l’une ou l’autre des deux catégories que j’ai mentionnées, la raison donnée par le juge qui a prononcé la peine, à savoir que l’accusé, quand il a plaidé coupable, n’a pas expliqué pour-

mentioned. I do not think that reason comes either in the first category of dangerousness, or within the second category of denunciation.

... I think it is a relevant circumstance that both Crown counsel and defence counsel, in their submissions to the sentencing judge, submitted that a period of parole ineligibility of 10 years as required by the *Code* was the appropriate period.

I consider in this case that a period of parole ineligibility of 10 years meets the goals of Parliament in enacting these provisions. I do not think there was any unusual circumstance in this case . . . which would justify an increase.

(ii) *per* Goldie J.A. (dissenting)

13

Goldie J.A. held that the *Criminal Code* requires a trial judge to consider the circumstances surrounding the commission of the crime. Goldie J.A. stated that the effect of the respondent's refusal to disclose the circumstances surrounding the incident "blocks at the threshold a meaningful consideration of the reasons for his anti-social behaviour, that is to say, for an act the foreseeable consequence of which was death — the very epitome of anti-social behaviour" (p. 241). He concluded therefore that the respondent's silence was of relevance in justifying the imposition of a longer period of parole ineligibility (at p. 241):

In my view, in the absence of any explanation, a virtually random, certainly irrational on the face of it, and senseless taking of a life should put this behaviour at the upper end, not the lower end of the offence of second degree murder. Furthermore, in the absence of an explanation it was entirely open to the sentencing judge to treat the earlier convictions of robbery and armed robbery, although committed six years before, as offences of violence. I take from that, he treated this offence as continuing evidence of a propensity. Indeed, there was nothing that would have allowed him to treat the killing here as the aberration of the moment.

In my view, the deliberate refusal to offer an explanation for the occurrence of such a serious offence is a cir-

quoi il avait commis ce meurtre. Je ne pense pas que cette raison entre dans la première catégorie, celle de la dangerosité, ou dans la seconde catégorie, celle de la réprobation.

... je crois qu'il est pertinent de mentionner que les deux avocats du ministère public et de la défense ont fait valoir, dans les observations qu'ils ont présentées au juge appelé à prononcer la peine, que le délai de 10 ans qui, selon le *Code*, doit s'écouler avant de pouvoir bénéficier de la libération conditionnelle, était celui qui convenait.

J'estime qu'en l'espèce le délai de 10 ans préalable à la libération conditionnelle permet de réaliser les objectifs visés par le législateur en adoptant ces dispositions. Je ne crois pas qu'il y ait eu ici quelque circonstance exceptionnelle [. . .] qui justifiait un accroissement de ce délai.

(ii) *le* juge Goldie (dissident)

Le juge Goldie a conclu que le *Code criminel* oblige le juge du procès à tenir compte des circonstances entourant la perpétration du crime. Il a dit que le refus par l'intimé de divulguer les circonstances de l'incident [TRADUCTION] «empêche au départ tout examen utile des motifs de son comportement antisocial, c'est-à-dire d'un acte dont la conséquence prévisible était la mort — l'archétype même du comportement antisocial» (p. 241). Il a donc conclu que le silence de l'intimé était pertinent pour justifier la prorogation du délai préalable à la libération conditionnelle (à la p. 241):

[TRADUCTION] À mon avis, en l'absence de toute explication, un homicide commis pratiquement au hasard, certainement insensé et irrationnel à première vue, devrait constituer l'une des formes les plus graves et non l'une des moins graves du meurtre au deuxième degré. En outre, en l'absence d'explication, il était tout à fait loisible au juge appelé à prononcer la peine de tenir pour des crimes violents les infractions de vol qualifié et de vol à main armée dont l'accusé avait déjà été déclaré coupable, bien qu'elles aient été commises six ans plus tôt. J'en déduis qu'il a estimé que cette infraction confirmait une propension. En effet, rien ne lui aurait permis de conclure qu'il s'agissait ici d'un homicide commis dans un moment d'aberration.

À mon sens, le refus délibéré de donner une explication d'un crime aussi grave est une circonstance qui, en

cumstance in itself which should be treated as sufficiently unusual as to justify an increased period of ineligibility. Silence after the plea of guilty is not the same thing as silence before conviction.

Goldie J.A. added that the reason for protecting the right to remain silent disappeared with the plea of guilty. The respondent could not expect to be rewarded for remaining silent in the sentencing circumstances. Goldie J.A. then concluded that the trial judge did not err with respect to the enhanced period of parole ineligibility (at p. 242):

He [the trial judge] took cognizance of the factors he was bound to consider in the unusual circumstance that the [respondent] chose to create. He did not impose a period that suggested he was substituting first degree murder for what occurred. He took into account the character, lifestyle, and age of the accused so far as he could do so in the absence of any cooperation from the [respondent]. He considered the mitigating circumstances so far as he was informed of them. In my view, the added two year period was fit and I would have dismissed the appeal.

IV. Issues on Appeal

I would state the issues in the following manner:

1. What are the appropriate factors for a sentencing judge to consider in determining whether a period of parole ineligibility of longer than 10 years should be awarded for an individual convicted of second degree murder?
2. Given the discretionary nature of an extended period of parole ineligibility order under s. 744 of the *Criminal Code*, what is the appropriate standard of appellate review of such an order?

V. Analysis

A. *What are the appropriate factors for a sentencing judge to consider in determining whether a period of parole ineligibility of longer than*

soi, doit être considérée comme assez exceptionnelle pour justifier la prorogation du délai préalable à la libération conditionnelle. Le silence après le plaidoyer de culpabilité n'équivaut pas au silence avant la déclaration de culpabilité.

Le juge Goldie a ajouté que le plaidoyer de culpabilité avait supprimé la raison de protéger le droit de garder le silence. L'intimé ne pouvait s'attendre à être récompensé d'avoir gardé le silence au moment du prononcé de la peine. Le juge Goldie conclut ensuite que le juge du procès n'a pas commis d'erreur en prorogeant le délai préalable à la libération conditionnelle (à la p. 242):

[TRADUCTION] Il [le juge du procès] a pris connaissance des facteurs dont il devait tenir compte dans les circonstances exceptionnelles que [l'intimé] avait choisi de créer. Il n'a pas fixé un délai qui donnait à penser qu'il substituait le meurtre au premier degré à l'infraction effectivement commise. Il a tenu compte du caractère, du style de vie et de l'âge de l'accusé dans la mesure où il pouvait le faire en l'absence de coopération de la part de ce dernier. Il a pris en considération les circonstances atténuantes dans la mesure où il en a été informé. À mon avis, le délai additionnel de deux ans était indiqué et j'aurais rejeté l'appel.

IV. Les questions en litige

Je formulerais les questions en litige de la façon suivante:

1. Quels sont les facteurs dont le juge appelé à prononcer la peine doit tenir compte pour déterminer s'il convient de porter à plus de 10 ans le délai préalable à la libération conditionnelle dans le cas d'une personne déclarée coupable de meurtre au deuxième degré?
2. Étant donné la nature discrétionnaire de l'ordonnance prorogeant le délai préalable à la libération conditionnelle conformément à l'art. 744 du *Code criminel*, quelle norme doit s'appliquer au contrôle en appel d'une telle ordonnance?

V. Analyse

A. *Quels sont les facteurs dont le juge appelé à prononcer la peine doit tenir compte pour déterminer s'il convient de porter à plus de*

14

15

10 years should be awarded for an individual convicted of second degree murder?

10 ans le délai préalable à la libération conditionnelle dans le cas d'une personne déclarée coupable de meurtre au deuxième degré?

16 The majority of the British Columbia Court of Appeal held that there are only two factors to consider in justifying an enhanced period of parole ineligibility: (1) an assessment of future dangerousness, and (2) denunciation. With respect, I disagree. Although these factors are of relevance in justifying an extension of the period of parole ineligibility, they are by no means determinative or exclusive.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé, à la majorité, que seulement deux facteurs doivent être considérés pour justifier la prorogation du délai préalable à la libération conditionnelle: (1) la détermination de la dangerosité future, et (2) la réprobation. En toute déférence, je ne suis pas du même avis. Bien que ces facteurs soient pertinents pour justifier une prorogation du délai préalable à la libération conditionnelle, ils ne sont nullement décisifs ou exclusifs.

17 Section 744 of the *Criminal Code* authorizes a trial judge to impose a period of parole ineligibility greater than the minimum 10-year period. This provision, which governs this appeal, reads as follows:

L'article 744 du *Code criminel* autorise le juge du procès à porter, au-delà du minimum de 10 ans, le délai préalable à la libération conditionnelle. Cette disposition, qui régit le présent pourvoi, est ainsi conçue:

744. Subject to section 744.1, at the time of the sentencing under paragraph 742(b) of an offender who is convicted of second degree murder, the judge who presided at the trial of the offender . . . may, having regard to the character of the offender, the nature of the offence and the circumstances surrounding its commission . . . substitute for ten years a number of years of imprisonment (being more than ten but not more than twenty-five) without eligibility for parole, as the judge deems fit in the circumstances. [Emphasis added.]

744. Sous réserve de l'article 744.1, au moment de prononcer la peine conformément à l'alinéa 742b), le juge qui préside au procès du contrevenant déclaré coupable de meurtre au deuxième degré [. . .] peut, compte tenu du caractère du contrevenant, de la nature de l'infraction et des circonstances de cette dernière [. . .] porter, par ordonnance, le délai préalable à sa libération conditionnelle au nombre d'années, compris entre dix et vingt-cinq, qu'il estime indiqué dans les circonstances. [Je souligne.]

18 The determination under s. 744 is thus a very fact-sensitive process. The factors to be considered in fixing an extended period of parole ineligibility are:

La décision rendue en application de l'art. 744 dépend donc largement des faits. Les facteurs dont il faut tenir compte pour proroger le délai préalable à la libération conditionnelle sont les suivants:

- (1) the character of the offender;
- (2) the nature of the offence; and
- (3) the circumstances surrounding the commission of the offence;

- (1) le caractère du contrevenant;
- (2) la nature de l'infraction; et
- (3) les circonstances de l'infraction.

all bearing in mind the discretionary power conferred on the trial judge.

Ce sont tous des facteurs qu'on doit considérer en ayant à l'esprit le pouvoir discrétionnaire conféré au juge du procès.

19 No reference is made to denunciation or assessments of future dangerousness in the statutory language. By elevating "denunciation" and "assessment of future dangerousness" as the only criteria

Le texte de loi ne mentionne pas la réprobation ni la détermination de la dangerosité future. En faisant de la «réprobation» et de la «détermination de la dangerosité future» les seuls critères applicables

by which extended periods of parole ineligibility can be determined, the majority of the British Columbia Court of Appeal has, in effect, judicially amended the clear statutory language. This is not to say, however, that these two criteria should not be part of the analysis. For example, "denunciation" can fall within the statutory criterion of the "nature of the offence". Similarly, "future dangerousness" can fall within the rubric of the "character of the offender".

On the issue of denunciation, Lambert J.A. stated that it would not provide a valid basis for ordering a longer period of parole ineligibility unless it is "concluded that the extra denunciation is worth more than \$50,000 a year to society" (p. 239). I cannot accept that position. It is entirely inappropriate to require a trial judge to engage in such a cost/benefit budgetary analysis. As submitted by the appellant before this Court:

The question of how society allocates public resources is for Parliament to determine. By enacting s. 744, Parliament has determined that some of society's resources will be allocated to imprisoning convicted murderers beyond the ten year point. If Parliament determines that the fiscal cost of that incarceration is too high, then they can amend s. 744. It is not the task of individual judges carrying out the sentencing process to engage in that kind of budgetary analysis.

Furthermore, this sort of fiscal analysis would yield undesirable results from a policy perspective.

"Deterrence" is also a relevant criterion in justifying a s. 744 order. Parole eligibility informs the content of the "punishment" meted out to an offender: for example, there is a very significant difference between being behind bars and functioning within society while on conditional release. Consequently, I believe that lengthened periods of parole ineligibility could reasonably be expected to deter some persons from reoffending. Such is also the position of a variety of provincial appellate courts, from which the British Columbia Court of Appeal presently diverges: *R. v. Wenarchuk* (1982), 67 C.C.C. (2d) 169 (Sask. C.A.); *R. v. Mitchell* (1987), 39 C.C.C. (3d) 141 (N.S.C.A.);

pour proroger le délai préalable à la libération conditionnelle, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, à la majorité, a en fait modifié le texte clair de la loi. Cela ne veut pas dire, cependant, que ces deux critères ne devraient pas entrer en ligne de compte. Par exemple, la «réprobation» peut être visée par le critère légal de la «nature de l'infraction». De même, la «dangerosité future» peut être visée par le facteur du «caractère du contrevenant».

Quant à la question de la réprobation, le juge Lambert a dit qu'elle ne constituerait pas une raison valable de proroger le délai préalable à la libération conditionnelle, sauf si on [TRADUCTION] «conclu[t] que cette mesure de réprobation supplémentaire vaut plus que 50 000 \$ par an pour la société» (p. 239). Je ne saurais souscrire à cette thèse. Il est tout à fait inopportun d'obliger le juge du procès à entreprendre une telle analyse des coûts et des avantages. Comme l'a affirmé l'appellante devant notre Cour:

[TRADUCTION] C'est au législateur qu'il appartient de décider de l'affectation des deniers publics. En adoptant l'art. 744, le législateur a décidé d'affecter une partie des deniers publics à l'incarcération des meurtriers au-delà du délai de dix ans. Si le législateur décide que cette incarcération coûte trop cher, il peut alors modifier l'art. 744. Il n'appartient pas aux juges qui prononcent les peines de faire ce type d'analyse budgétaire.

De plus, ce genre d'analyse financière produirait en principe des résultats peu souhaitables.

La «dissuasion» est aussi un critère pertinent pour justifier une ordonnance fondée sur l'art. 744. Le fait d'être admissible ou non à la libération conditionnelle est un élément constitutif du «châtiment» infligé au contrevenant: par exemple, il y a une différence très grande entre être derrière les barreaux et vivre dans la société en bénéficiant d'une libération conditionnelle. En conséquence, je crois que l'on pourrait raisonnablement s'attendre à ce que la prorogation du délai préalable à la libération conditionnelle dissuade certaines personnes de récidiver. Tel est aussi le point de vue qu'ont adopté diverses cours d'appel provinciales, et que la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ne

20

21

R. v. Young (1993), 78 C.C.C. (3d) 538 (N.S.C.A.); *R. v. Able* (1993), 65 O.A.C. 37 (C.A.); *R. v. Ly* (1992), 72 C.C.C. (3d) 57 (Man. C.A.), *per* Twaddle J.A. (Scott C.J.M. concurring), at p. 61: "Parliament's purpose in adding a minimum period of parole ineligibility to a life sentence was, in my view, twofold. It was to deter and denounce the crime".

partage pas en l'espèce: *R. c. Wenarchuk* (1982), 67 C.C.C. (2d) 169 (C.A. Sask.); *R. c. Mitchell* (1987), 39 C.C.C. (3d) 141 (C.A.N.-É.); *R. c. Young* (1993), 78 C.C.C. (3d) 538 (C.A.N.-É.); *R. c. Able* (1993), 65 O.A.C. 37 (C.A.); *R. c. Ly* (1992), 72 C.C.C. (3d) 57 (C.A. Man.), le juge Twaddle (avec l'appui du juge en chef Scott), à la p. 61: [TRADUCTION] «En fixant un délai minimal préalable à la libération conditionnelle dans le cas de l'emprisonnement à perpétuité, le législateur visait, à mon sens, un double objectif: dissuader et réprouver le crime».

22

More importantly, the British Columbia Court of Appeal's position is also irreconcilable with the view taken by this Court of the interplay between parole eligibility and deterrence. For example, in *R. v. Arkell*, [1990] 2 S.C.R. 695, at p. 704 it was stated:

... the distinction between first and second degree murder... is a maximum extra fifteen years that must be served before one is eligible for parole... Parliament's decision to treat more seriously murders that have been committed while the offender is exploiting a position of power through illegal domination of the victim [i.e. first degree murder] accords with the principle that there must be a proportionality between a sentence and the moral blameworthiness of the offender and other considerations such as deterrence and societal condemnation of the acts of the offender. [Emphasis added.]

Ce qui est plus important, c'est que la position de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique est également inconciliable avec le point de vue de notre Cour sur l'interaction de l'admissibilité à la libération conditionnelle et de la dissuasion. Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Arkell*, [1990] 2 R.C.S. 695, à la p. 704, on peut lire ce qui suit:

... la distinction entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré [...] est qu'un maximum de quinze années supplémentaires d'incarcération doivent être purgées avant que quelqu'un soit admissible à la libération conditionnelle. [...] La décision du Parlement de traiter plus sévèrement les meurtres commis pendant que leur auteur exploitait une situation de puissance par la domination illégale de la victime [c.-à-d. le meurtre au premier degré] est conforme au principe qu'il doit y avoir proportionnalité entre une peine et la culpabilité morale du délinquant, ainsi qu'à d'autres considérations comme la dissuasion et la réprobation sociale des actes du délinquant. [Je souligne.]

23

The only difference in terms of punishment between first and second degree murder is the duration of parole ineligibility. This clearly indicates that parole ineligibility is part of the "punishment" and thereby forms an important element of sentencing policy. As such, it must be concerned with deterrence, whether general or specific. The jurisprudence of this Court is clear that deterrence is a well-established objective of sentencing policy. In *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, La Forest J. held at p. 329:

La seule différence au niveau du châtement entre le meurtre au premier degré et le meurtre au deuxième degré réside dans la durée de l'inadmissibilité à la libération conditionnelle. Cela indique clairement que l'inadmissibilité à la libération conditionnelle fait partie du «châtiment» et est donc un élément important de la politique en matière de détermination de la peine. En tant que telle, elle doit avoir un rapport avec la dissuasion générale ou particulière. Il ressort clairement de la jurisprudence de notre Cour que la dissuasion est un objectif bien établi de la politique en matière de détermination de la peine. Dans l'arrêt *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, le juge La Forest conclut, à la p. 329:

In a rational system of sentencing, the respective importance of prevention, deterrence, retribution and rehabilitation will vary according to the nature of the crime and the circumstances of the offender. No one would suggest that any of these functional considerations should be excluded from the legitimate purview of legislative or judicial decisions regarding sentencing.

Section 744 must be concerned with all of the factors cited in *Lyons*. In *R. v. Luxton*, [1990] 2 S.C.R. 711, the importance of structuring sentences to take into account the individual accused and the particular crime was emphasized. This is also a factor that any order made pursuant to s. 744 ought to take into consideration.

The exercise of a trial judge's discretion under s. 744 should not be more strictly circumscribed than the sentencing itself. The section does not embody any limiting statutory language; rather it is quite the contrary. In its terms, it is very similar to s. 745, which permits an application to be made to reduce the parole ineligibility period after 15 years of incarceration. Section 745 has recently been given judicial scrutiny by this Court in *R. v. Swietlinski*, [1994] 3 S.C.R. 481. That case involved an assessment of the relevant considerations for a jury hearing a s. 745 application; Lamer C.J. concluded at p. 500:

It is true that deterrence is one of the functions of the penalty and that it is therefore legitimate for the jury to take this factor into account when hearing an application under s. 745.

There is no reason why the functions of s. 744 should be given a more restrictive interpretation than those of s. 745.

In any event, independent of the effect that parole ineligibility may empirically have on recidivism, Lambert J.A.'s reasoning, in both this case as well as in *R. v. Hogben* (1994), 40 B.C.A.C. 257, completely precludes the concept of "deterrence" from informing the decision of whether or not to extend the period of parole ineligibility. This in my view constitutes an unduly restrictive interpretation of s. 744 and erroneously contravenes the

Dans un système rationnel de détermination des peines, l'importance respective de la prévention, de la dissuasion, du châtime et de la réinsertion sociale variera selon la nature du crime et la situation du délinquant. Personne n'a prétendu que l'une quelconque de ces considérations pratiques ne devrait pas entrer en ligne de compte dans les décisions législatives ou judiciaires concernant les peines à imposer.

L'analyse visée à l'art. 744 doit porter sur tous les facteurs cités dans l'arrêt *Lyons*. Dans l'arrêt *R. c. Luxton*, [1990] 2 R.C.S. 711, on a souligné l'importance de déterminer la peine en fonction de l'accusé et du crime particulier qu'il a commis. C'est là également un facteur dont toute ordonnance fondée sur l'art. 744 devrait tenir compte.

L'exercice par le juge du procès du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 744 ne devrait pas être plus limité que le processus de détermination de la peine lui-même. Cette disposition n'est en rien limitative, au contraire. En raison de son libellé, elle ressemble beaucoup à l'art. 745 qui permet à la personne qui a purgé 15 ans de sa peine d'emprisonnement de demander la réduction du délai préalable à sa libération conditionnelle. L'article 745 a récemment été étudié par notre Cour dans *R. c. Swietlinski*, [1994] 3 R.C.S. 481. Cette affaire portait sur les considérations qui sont pertinentes pour le jury qui entend une demande fondée sur l'art. 745; le juge en chef Lamer conclut, à la p. 500:

Il est vrai que la dissuasion est l'une des fonctions de la peine et qu'en conséquence, il est légitime que le jury tienne compte de ce facteur lorsqu'il entend une requête selon l'art. 745.

Il n'y a aucune raison de donner une interprétation plus restrictive aux fonctions de l'art. 744 qu'à celles de l'art. 745.

De toute façon, peu importe l'effet que l'inadmissibilité à la libération conditionnelle peut avoir empiriquement sur le récidivisme, selon le raisonnement suivi par le juge Lambert dans la présente affaire et dans l'arrêt *R. c. Hogben* (1994), 40 B.C.A.C. 257, le concept de la «dissuasion» ne peut absolument pas sous-tendre la décision de proroger ou non le délai préalable à la libération conditionnelle. Cela est, à mon sens, une interpré-

jurisprudence of this court as well as other appellate courts.

tation trop restrictive de l'art. 744, et va à l'encontre de la jurisprudence de notre Cour et d'autres cours d'appel.

26 I also find it necessary to deal with Lambert J.A.'s conclusion that a period of parole ineligibility in excess of 10 years will not be justified unless there are "unusual circumstances". This conclusion resonates in the earlier decisions of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Brown* (1993), 83 C.C.C. (3d) 394, and *R. v. Gourgon* (1981), 58 C.C.C. (2d) 193. In my opinion, this is too high a standard and makes it overly difficult for trial judges to exercise the discretionary power to set extended periods of parole ineligibility. The language of s. 744 does not require "unusual circumstances". As a result, to so require by judicial pronouncement runs contrary to Parliamentary intent.

Je juge également nécessaire d'examiner la conclusion du juge Lambert qu'un délai préalable à la libération conditionnelle de plus de 10 ans ne sera justifié qu'en présence de «circonstances exceptionnelles». Cette conclusion s'inspire des arrêts antérieurs de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *R. c. Brown* (1993), 83 C.C.C. (3d) 394, et *R. c. Gourgon* (1981), 58 C.C.C. (2d) 193. À mon avis, c'est une norme trop sévère qui complique indûment l'exercice, par les juges du procès, de leur pouvoir discrétionnaire de proroger le délai préalable à la libération conditionnelle. Le libellé de l'art. 744 n'exige pas des «circonstances exceptionnelles». En conséquence, l'exiger par décision judiciaire est contraire à l'intention du législateur.

27 In my opinion, a more appropriate standard, which would better reflect the intentions of Parliament, can be stated in this manner: as a general rule, the period of parole ineligibility shall be for 10 years, but this can be ousted by a determination of the trial judge that, according to the criteria enumerated in s. 744, the offender should wait a longer period before having his suitability to be released into the general public assessed. To this end, an extension of the period of parole ineligibility would not be "unusual", although it may well be that, in the median number of cases, a period of 10 years might still be awarded.

À mon avis, une norme plus appropriée, qui refléterait davantage l'intention du législateur, peut être formulée ainsi: en règle générale, le délai préalable à la libération conditionnelle est de 10 ans, mais le juge du procès peut y déroger en décidant que, suivant les critères énumérés à l'art. 744, qu'un délai plus long devrait s'écouler avant que l'on examine l'opportunité de mettre le contrevenant en liberté. Dans cette optique, la prorogation du délai préalable à la libération conditionnelle ne serait pas «exceptionnelle», quoiqu'il se puisse bien que, dans la plupart des cas, le délai continue d'être fixé à 10 ans.

28 I am supported in this conclusion by a review of the legislative history, academic commentary, and judicial interpretation of s. 744, and the sentencing scheme for second degree murder.

Ma conclusion s'appuie sur un examen de l'historique et de l'interprétation judiciaire de l'art. 744, ainsi que de la doctrine s'y rapportant, et sur le régime de détermination de la peine applicable au meurtre au deuxième degré.

29 Section 742(b) of the *Code* provides that a person sentenced to life imprisonment for second degree murder shall not be eligible for parole "until he has served at least ten years of his sentence or such greater number of years, not being more than twenty-five years, as has been substituted therefor pursuant to section 744". In permitting a sliding scale of parole ineligibility,

L'alinéa 742b) du *Code* prévoit qu'une personne condamnée à l'emprisonnement à perpétuité pour meurtre au deuxième degré doit, pour être admissible à la libération conditionnelle, avoir purgé «au moins dix ans de la peine, délai que le juge peut porter à au plus vingt-cinq ans en vertu de l'article 744». En permettant de fixer le délai préalable à la libération conditionnelle à l'intérieur d'une four-

Parliament intended to recognize that, within the category of second degree murder, there will be a broad range of seriousness reflecting varying degrees of moral culpability. As a result, the period of parole ineligibility for second degree murder will run anywhere between a minimum of 10 years and a maximum of 25, the latter being equal to that prescribed for first degree murder. The mere fact that the median period gravitates towards the 10-year minimum does not, *ipso facto*, mean that any other period of time is "unusual".

I should pause to repeat that in the instant appeal we are concerned with a period of parole ineligibility for second degree murder of 12 years, this being only two years more than the minimum.

If the objective of s. 744 is to give the trial judge an element of discretion in sentencing to reflect the fact that within second degree murder there is both a range of seriousness and varying degrees of moral culpability, then it is incorrect to start from the proposition that the sentence must be the statutory minimum unless there are unusual circumstances. As discussed *supra*, a preferable approach would be to view the 10-year period as a minimum contingent on what the "judge deems fit in the circumstances", the content of this "fitness" being informed by the criteria listed in s. 744. As held in other Canadian jurisdictions, the power to extend the period of parole ineligibility need not be sparingly used.

For example, in *R. v. Wenarchuk*, *supra*, the Saskatchewan Court of Appeal (*per* Bayda C.J.S. for a five-judge panel) held at p. 173 that:

[It is no longer appropriate] that the 'order (increasing the parole non-eligibility period) should be sparingly made'. The order should be made whenever such an order is 'fit in the circumstances'. [Emphasis added.]

I would equally affirm the following passage from the decision of the Nova Scotia Court of

chette, le législateur a voulu reconnaître que, dans la catégorie du meurtre au deuxième degré, il y aura divers degrés de gravité qui refléteront différents degrés de culpabilité morale. En conséquence, le délai préalable à la libération conditionnelle pour le meurtre au deuxième degré variera entre un minimum de 10 ans et un maximum de 25 ans, ce qui équivaut, dans le dernier cas, au délai prescrit dans le cas du meurtre au premier degré. Le simple fait que le délai moyen se rapproche du minimum de 10 ans ne signifie pas automatiquement que tout autre délai sera «exceptionnel».

J'ouvre une parenthèse pour répéter que, dans le présent pourvoi, il est question d'un délai préalable à la libération conditionnelle de 12 ans, ce qui représente seulement deux ans de plus que le minimum prévu.

Si l'article 744 a pour objectif de conférer au juge du procès un certain pouvoir discrétionnaire en matière de détermination de la peine, de manière à refléter le fait qu'il y a divers degrés de gravité et divers degrés de culpabilité morale dans la catégorie du meurtre au deuxième degré, il est alors erroné de partir du principe que la peine à infliger doit être le minimum prescrit par la loi, sauf s'il existe des circonstances exceptionnelles. Comme nous l'avons vu, il serait préférable de considérer le délai de 10 ans comme un minimum que le juge applique selon ce «qu'il estime indiqué dans les circonstances», compte tenu des critères énumérés à l'art. 744. Comme il a été décidé dans d'autres provinces canadiennes, le pouvoir de proroger le délai préalable à la libération conditionnelle n'a pas à être exercé avec modération.

Par exemple, dans l'arrêt *R. c. Wenarchuk*, précité, la Cour d'appel de la Saskatchewan (le juge en chef Bayda au nom d'une formation de cinq juges) conclut ceci, à la p. 173:

[TRADUCTION] [Il ne convient plus] que les «ordonnances [prorogeant le délai préalable à la libération conditionnelle] soient rendues au compte-gouttes». Ces ordonnances devraient être rendues chaque fois que cela est «indiqué dans les circonstances». [Je souligne.]

Je suis également d'avis de confirmer le passage suivant de l'arrêt de la Cour d'appel de la

30

31

32

33

Appeal in *R. v. Doyle* (1991), 108 N.S.R. (2d) 1, at p. 5, leave to appeal to this Court refused, [1992] 2 S.C.R. vi, which I find apposite to the present discussion:

The Code does not fix the sentence for second degree murder as life imprisonment with no parole eligibility for ten years. The discretion conferred on the sentencing judge by s. 742(b) and s. 744 is not whether to move from a prima facie period of ten years, but rather what is a fit sentence, applying the proper guidelines. Unusual circumstances are not the prerequisite for moving away from the ten year minimum, although as the cases illustrate, they certainly play a role in the proper exercise of the judicial discretion

It is not the law that unusual circumstances, brutality, torture or a bad record must be demonstrated before the judge may exercise his discretion to move above the ten years minimum. Nor is there any burden on the Crown to demonstrate that the period should be more than the minimum. [Emphasis added.]

34

On another note, I do not find that permitting trial judges to extend the period of parole ineligibility usurps or impinges upon the function of the parole board. I am cognizant of the fact that, upon the expiry of the period of parole ineligibility, there is no guarantee of release into the public. At that point, it is incumbent upon the parole board to assess the suitability of such release, and in so doing it is guided by the legislative objectives of the parole system: see ss. 101 and 102 of the *Corrections and Conditional Release Act*, S.C. 1992, c. 20. However, it is clear that the parole board is not the only participant in the parole process. All it is designed to do is, within the parameters defined by the judiciary, decide whether an offender can be released. A key component of those parameters is the determination of when the period of parole eligibility (i.e. when the parole board can commence its administrative review function) starts to run. This is the manner in which the system is geared to function — with complementary yet distinct input from both the judiciary and the parole administrators. It is the role of the sentencing judge to cir-

Nouvelle-Écosse *R. c. Doyle* (1991), 108 N.S.R. (2d) 1, à la p. 5, autorisation de pourvoi devant notre Cour refusée, [1992] 2 R.C.S. vi, que je juge pertinent relativement à la présente analyse:

[TRADUCTION] Dans le cas du meurtre au deuxième degré, la peine fixée par le Code n'est pas l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant dix ans. Le pouvoir discrétionnaire conféré par l'al. 742b) et l'art. 744 au juge qui prononce la peine consiste non pas à décider s'il convient d'écarter le délai de dix ans qui s'impose à première vue, mais plutôt à déterminer la peine qui est indiquée, selon les lignes directrices appropriées. Il n'est pas indispensable que les circonstances soient exceptionnelles pour que le minimum de dix ans soit écarté, quoique la jurisprudence montre que pareilles circonstances jouent sûrement un rôle dans l'exercice régulier du pouvoir discrétionnaire

Selon la loi, il n'est pas nécessaire d'établir l'existence de circonstances exceptionnelles, de brutalité, de torture ou de mauvais antécédents pour que le juge puisse exercer son pouvoir discrétionnaire de porter le délai au-delà du minimum de dix ans. Il n'incombe pas non plus au ministère public de montrer qu'il convient de porter le délai au-delà du minimum. [Je souligne.]

Par ailleurs, je ne suis pas d'avis que c'est usurper la fonction de la commission des libérations conditionnelles, ou empiéter sur celle-ci, que de permettre au juge du procès de proroger le délai préalable à la libération conditionnelle. Je suis conscient du fait qu'à l'expiration du délai préalable à la libération conditionnelle, la mise en liberté n'est pas garantie. Il incombe alors à la commission des libérations conditionnelles d'examiner l'opportunité d'une telle mise en liberté et, ce faisant, elle est guidée par les objectifs légaux du régime de libération conditionnelle: voir les art. 101 et 102 de la *Loi sur le système correctionnel et la mise en liberté sous condition*, L.C. 1992, ch. 20. Toutefois, il est clair que cette commission n'est pas le seul intervenant dans le processus de libération conditionnelle. Son mandat se résume à décider, à l'intérieur des paramètres définis par les tribunaux, si un contrevenant peut être mis en liberté. L'un des éléments clefs de ces paramètres est la détermination du moment où commence à courir le délai préalable à la libération conditionnelle (c.-à-d. le moment où la commission des libé-

cumscribe, in certain statutorily defined circumstances, the operation of the parole board. The decision of McKinnon J. in the case at bar neither skews this balance nor unduly trumps the function of the parole board. As noted by the Saskatchewan Court of Appeal in *Wenarchuk*, *supra*, at pp. 172-73:

The object of the provision in s. 671 [now s. 744] is not to take away from the Parole Board, or in some way diminish, the Board's function to determine whether the accused is sufficiently rehabilitated (from the standpoint of risk to and the protection of society) to permit his release into society The object, rather, is to give back to the judge some of the discretion he normally has in the matter of sentencing — discretion that the statute took away from him when it provided for a life sentence [for murder] — so that the judge may do justice, not retributive or punitive justice, but justice to reflect the accused's culpability and to better express society's repudiation for the particular crime committed by the particular accused (with that repudiation's attendant beneficial consequences for society, including its protection through individual and general deterrence and, where necessary, segregation from society)

An order under s. 671 does not impinge upon the powers of the Board. At most, it has the effect of *postponing* the Board's exercise of its powers — its full powers. [Emphasis in original.]

Applying these legal principles to the particular facts of this case, I do not see any error on the part of the trial judge. He adverted to the fact that the respondent had pleaded guilty and was only 23 years old. He recognized that the Crown was not seeking a period of parole ineligibility beyond the minimum. Nevertheless, in a legitimate exercise of his discretionary power, and after correctly reviewing the factors set out in s. 744, he imposed a

rations conditionnelles peut commencer à exercer sa fonction administrative d'examen). Voilà comment le régime est destiné à s'appliquer — avec l'apport complémentaire mais distinct des tribunaux et des administrateurs du régime de libération conditionnelle. Il appartient au juge qui prononce la peine de circonscrire, dans certaines circonstances déterminées par la loi, l'activité de la commission des libérations conditionnelles. La décision du juge McKinnon en l'espèce ne fausse pas cet équilibre ni n'usurpe pas indûment la fonction de la commission des libérations conditionnelles. Comme le fait remarquer la Cour d'appel de la Saskatchewan dans l'arrêt *Wenarchuk*, précité, aux pp. 172 et 173:

[TRADUCTION] L'article 671 [maintenant l'art. 744] n'a pas pour objet d'enlever quoi que ce soit à la commission des libérations conditionnelles ni d'amoindrir la fonction de la commission, qui consiste à déterminer si l'accusé est suffisamment réadapté (du point de vue de la protection de la société et du risque qu'il présente pour celle-ci) pour être mis en liberté. [. . .] Il vise plutôt à redonner au juge une partie du pouvoir discrétionnaire dont il est normalement investi en matière de détermination de la peine — pouvoir que la loi lui a enlevé en prévoyant l'emprisonnement à perpétuité [pour meurtre] — de sorte que le juge puisse rendre la justice, non pas la justice punitive, mais la justice qui reflète la culpabilité de l'accusé et qui exprime mieux la réprobation sociale du crime qu'il a commis (laquelle s'accompagne d'avantages pour la société, dont la protection par la dissuasion générale ou particulière et, au besoin, par l'isolement) . . .

L'ordonnance fondée sur l'art. 671 n'empiète pas sur les pouvoirs de la Commission. Tout au plus, elle a pour effet de *différer* l'exercice de ses pouvoirs — ses pleins pouvoirs. [En italique dans l'original.]

Appliquant ces principes juridiques aux faits de la présente affaire, je ne vois aucune erreur de la part du juge du procès. Il a mentionné le fait que l'intimé avait plaidé coupable et qu'il n'était âgé que de 23 ans. Il a reconnu que le ministère public ne demandait pas de porter au-delà du minimum le délai préalable à la libération conditionnelle. Néanmoins, dans l'exercice légitime de son pouvoir discrétionnaire et après avoir examiné correctement

12-year period of parole ineligibility. He referred to the following factors as specifically justifying the 12-year period of parole ineligibility:

- (a) the circumstances of the killing were strange in that they provided no real answer to why it took place, and the respondent was unwilling or unable to explain his actions;
- (b) the murder was committed during the course of committing another offence, namely a drug transaction; and
- (c) the respondent has a record for both narcotic offences and violence.

36 Factors (b) and (c) clearly fall within the categories (“character”, “nature” and “circumstances surrounding”) established by s. 744. As to factor (b), I further note that the Manitoba Court of Appeal, in *R. v. Ly, supra*, held that the period of parole ineligibility could be increased when the murder is committed in the course of another crime, particularly a crime of violence.

37 Factor (a), however, presents some difficulty. The respondent raises the question whether the trial judge erred in interpreting the respondent’s silence in such a manner as to justify extending the period of parole ineligibility.

38 In response, I would affirm the analysis of Goldie J.A. in the court below (at pp. 241-42) and would hold that this silence is readily assimilable within the “circumstances surrounding the offence” criterion. The crux of Goldie J.A.’s comments is that, in the absence of any explanation for a random and seemingly senseless killing, the trial judge was correct in sentencing the respondent in light of his refusal to offer an explanation. It was found that his refusal was deliberate and in and of itself unusual. After all, the respondent, a drug dealer with previous convictions for robbery and

les facteurs énumérés à l’art. 744, il a fixé à 12 ans le délai préalable à la libération conditionnelle. Les facteurs auxquels il s’est reporté pour justifier de fixer à 12 ans le délai préalable à la libération conditionnelle sont les suivants:

- a) les circonstances de l’homicide étaient étranges, car elles n’expliquaient pas véritablement pourquoi il avait été commis, et l’intimé n’a ni voulu ni pu expliquer ses actes,
- b) le meurtre a été commis pendant la perpétration d’une autre infraction, soit un marché concernant de la drogue, et
- c) l’intimé avait un casier judiciaire faisant état d’infractions en matière de stupéfiants et de crimes violents.

Les facteurs b) et c) relèvent clairement des catégories établies à l’art. 744 (celles du «caractère», de la «nature» et des «circonstances»). Quant au facteur b), je souligne en outre que, dans l’arrêt *R. c. Ly*, précité, la Cour d’appel du Manitoba a conclu que le délai préalable à la libération conditionnelle pouvait être prorogé si le meurtre avait été commis pendant la perpétration d’un autre crime, plus particulièrement d’un crime violent.

Le facteur a) présente cependant certaines difficultés. L’intimé soulève la question de savoir si le juge du procès a commis une erreur en interprétant le silence de l’intimé de manière à justifier la prorogation du délai préalable à sa libération conditionnelle.

Je réponds à cette question en confirmant l’analyse du juge Goldie de la Cour d’appel (aux pp. 241 et 242) et en concluant que ce silence est facilement assimilable au critère des «circonstances» de l’infraction. Le point crucial des observations du juge Goldie est que, en l’absence de toute explication d’un homicide commis au hasard et apparemment insensé, le juge du procès a eu raison de fixer la peine de l’intimé en fonction, notamment, de son refus d’expliquer son acte. Il a estimé que son refus était délibéré et inusité en soi. Après tout, l’intimé, un trafiquant de drogue qui

armed robbery, shot the victim Buffam in cold blood without provocation of any kind.

It is not for the trial judge to speculate what the respondent might have said to mitigate the severity of the offence. I quite agree with Goldie J.A. that the right to silence, which is fully operative in the investigative and prosecutorial stages of the criminal process, wanes in importance in the post-conviction phase when sentencing is at issue. However, in so agreeing, I emphasize that the respondent pleaded guilty; I leave for future consideration the question of drawing a negative inference from the silence of the accused when he or she has pleaded not guilty and wishes to appeal the conviction. In the case at bar, the trial judge even went so far as to invite the accused to suggest why he may have committed the offence, but no response was forthcoming. As held by Goldie J.A. (at p. 242), the respondent “cannot expect to be rewarded for remaining silent in the circumstances”. The court and the public clearly have an interest in knowing why a human life was taken by an offender.

Goldie J.A.’s comments and the decision of the trial judge on the “silence” issue are fully consonant with the position taken by the Ontario Court of Appeal. In *R. v. Able*, *supra*, the Court of Appeal increased two co-accused’s periods of parole ineligibility. At page 39 it was held:

No explanation has been forthcoming from either of the appellants with respect to the reason for the killing . . . [which] can be best described as a callous, brutal, pointless, execution-style killing of a helpless victim.

I conclude that in certain circumstances, such as those presented in this case, it is proper to take into account the absence of an explanation of attenuating factors.

The respondent suggests that Goldie J.A.’s comments and the decision of the trial judge contravene the pronouncements of this Court in *R. v.*

avait déjà été condamné pour vol qualifié et vol à main armée, a abattu de sang-froid Buffam, sans avoir été le moins provoqué.

Il n’appartient pas au juge du procès de conjecturer sur ce que l’intimé aurait pu dire pour atténuer la gravité du crime. Je suis tout à fait d’accord avec le juge Goldie pour dire que le droit au silence, qui est entièrement applicable aux étapes de l’enquête et des poursuites en matière criminelle, perd de son importance à l’étape qui suit la déclaration de culpabilité, quand il s’agit de déterminer la peine. Toutefois, en souscrivant ainsi à son opinion, j’insiste sur le fait que l’intimé a plaidé coupable; je remets à plus tard l’examen de la question de savoir si une conclusion défavorable peut être tirée du silence de l’accusé qui a plaidé non coupable et qui souhaite en appeler de sa déclaration de culpabilité. En l’espèce, le juge du procès est allé jusqu’à inviter l’accusé à dire pourquoi il pouvait avoir commis l’infraction en cause, sans toutefois obtenir une réponse. Comme l’a conclu le juge Goldie (à la p. 242), l’intimé [TRADUCTION] «ne peut s’attendre à être récompensé pour avoir gardé le silence dans les circonstances». La cour et la société ont nettement intérêt à savoir pourquoi un contrevenant a tué un être humain.

Les observations du juge Goldie et la décision du juge du procès sur la question du «silence» sont entièrement compatibles avec la position de la Cour d’appel de l’Ontario. Dans l’arrêt *R. c. Able*, précité, la Cour d’appel a prorogé le délai préalable à la libération conditionnelle de deux coaccusés. À la page 39, elle conclut:

[TRADUCTION] Aucun des appelants n’a expliqué le motif de l’homicide [. . .], [qui] peut être mieux décrit comme l’assassinat d’une victime impuissante, commis de façon impitoyable, avec brutalité, gratuitement, à la manière d’une exécution.

Je conclus que, dans certaines circonstances comme celles de la présente affaire, il convient de tenir compte de l’absence d’explication de facteurs atténuants.

L’intimé affirme que les observations du juge Goldie et la décision du juge du procès vont à l’encontre de ce que notre Cour a décidé dans l’arrêt

39

40

41

Gardiner, [1982] 2 S.C.R. 368. I recognize that, in *Gardiner*, this Court extended certain procedural rights to sentencing proceedings. However, these were limited to the right to counsel, the right to call evidence, the right to cross-examine and the right to address the court. There is no mention made of the creation in its identical form of a substantive right such as the right to silence.

R. c. Gardiner, [1982] 2 R.C.S. 368. Je reconnais que, dans l'arrêt *Gardiner*, notre Cour a appliqué au processus de détermination de la peine certains droits procéduraux. Toutefois, ces droits se limitaient au droit à l'assistance d'un avocat, au droit de citer des témoins, au droit de contre-interroger et au droit de plaider. Il n'y est aucunement fait mention de la création, sous une forme identique, d'un droit substantiel comme celui de garder le silence.

42 At the sentencing stage, the Crown has already proved beyond a reasonable doubt that the accused has committed the crime for which he or she stood charged or, as in this appeal, the accused has pleaded guilty to the offence; if the accused then seeks to receive the least severe sentence commensurate with his or her conviction (i.e. for second degree murder, life imprisonment with eligibility for parole after 10 years have elapsed) it is incumbent upon the accused to play a somewhat active role in the process. I note that the right to silence is a manifestation of the presumption of innocence: *R. v. Broyles*, [1991] 3 S.C.R. 595; *R. v. Hebert*, [1990] 2 S.C.R. 151; *R. v. Chambers*, [1990] 2 S.C.R. 1293. The presumption of innocence flows to those "charged with an offence" or suspected of having committed one; once an individual has been convicted of an offence he or she is no longer simply "charged".

À l'étape de la détermination de la peine, le ministère public a déjà prouvé hors de tout doute raisonnable que l'accusé a commis le crime dont il est inculpé, ou encore, comme en l'espèce, l'accusé a plaidé coupable; si ce dernier demande ensuite que lui soit infligée la peine la moins sévère prévue pour son crime (c.-à-d., dans le cas d'un meurtre au deuxième degré, l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 10 ans), il lui incombe de participer quelque peu activement au processus. Je souligne que le droit de garder le silence est une manifestation de la présomption d'innocence: *R. c. Broyles*, [1991] 3 R.C.S. 595; *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151; *R. c. Chambers*, [1990] 2 R.C.S. 1293. La présomption d'innocence s'applique à la personne qui est «inculpée» ou qui est soupçonnée d'avoir commis une infraction; une fois qu'une personne a été déclarée coupable d'une infraction, elle n'est plus simplement «inculpée».

B. *Given the discretionary nature of an extended period of parole ineligibility order under s. 744 of the Criminal Code, what is the appropriate standard of appellate review of such an order?*

B. *Étant donné la nature discrétionnaire de l'ordonnance prorogeant le délai préalable à la libération conditionnelle conformément à l'art. 744 du Code criminel, quelle norme doit s'appliquer au contrôle en appel d'une telle ordonnance?*

43 In my view, the British Columbia Court of Appeal not only erred in law regarding the factors justifying the issuance of an extended period of parole ineligibility order, but also in the standard of appellate review it espoused.

À mon avis, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a commis une erreur de droit non seulement en ce qui concerne les facteurs qui justifient une ordonnance prorogeant le délai préalable à la libération conditionnelle, mais encore en ce qui a trait à la norme de contrôle qu'elle a appliquée.

44 Lambert J.A. suggested that an appellate court should reduce the period of parole ineligibility imposed by the trial judge unless the trial judge

Le juge Lambert a affirmé qu'une cour d'appel devrait réduire le délai préalable à la libération conditionnelle fixé par le juge du procès, sauf si ce

has given specific reasons which, in the opinion of the appeal court, justify the increased period. This is a very broad standard of review, focusing in an exact manner on the appellate court's assessment of the correctness of the sentencing judge's decision. In my opinion, this standard of review is inappropriate.

Orders made under s. 744 are defined by s. 673 of the *Code* as forming part of the "sentence". They are thus to be appealed pursuant to the statutory right of appeal provided by s. 687(1) of the *Code*. Section 687(1) reads as follows:

687. (1) Where an appeal is taken against sentence, the court of appeal shall, unless the sentence is one fixed by law, consider the fitness of the sentence appealed against, and may on such evidence, if any, as it thinks fit to require or to receive,

(a) vary the sentence within the limits prescribed by law for the offence of which the accused was convicted; or

(b) dismiss the appeal. [Emphasis added.]

The question, then, is whether a consideration of the "fitness" of a sentence incorporates the very interventionist appellate review propounded by Lambert J.A. With respect, I find that it does not. An appellate court should not be given free reign to modify a sentencing order simply because it feels that a different order ought to have been made. The formulation of a sentencing order is a profoundly subjective process; the trial judge has the advantage of having seen and heard all of the witnesses whereas the appellate court can only base itself upon a written record. A variation in the sentence should only be made if the court of appeal is convinced it is not fit. That is to say, that it has found the sentence to be clearly unreasonable.

I would adopt the approach taken by the Nova Scotia Court of Appeal in the cases of *R. v. Pepin* (1990), 98 N.S.R. (2d) 238, and *R. v. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119. In *Pepin*, at p. 251, it was held that:

... in considering whether a sentence should be altered, the test is not whether we would have imposed a differ-

dernier a donné des motifs précis qui, de l'avis de la cour d'appel, justifient la prorogation du délai. C'est là une norme de contrôle très large, qui est axée précisément sur l'appréciation par la cour d'appel de l'exactitude de la décision du juge qui a prononcé la peine. À mon avis, cette norme de contrôle est inadéquate.

Selon l'article 673 du *Code*, les ordonnances fondées sur l'art. 744 font partie de la «sentence». Elles doivent donc être portées en appel conformément au droit d'appel prévu au par. 687(1) du *Code*, qui est ainsi conçu:

687. (1) S'il est interjeté appel d'une sentence, la cour d'appel considère, à moins que la sentence n'en soit une que détermine la loi, la justesse de la sentence dont appel est interjeté et peut, d'après la preuve, le cas échéant, qu'elle croit utile d'exiger ou de recevoir:

a) soit modifier la sentence dans les limites prescrites par la loi pour l'infraction dont l'accusé a été déclaré coupable;

b) soit rejeter l'appel. [Je souligne.]

Il s'agit donc de savoir si l'examen de la «justesse» d'une peine comporte le contrôle très interventionniste de la cour d'appel, que préconise le juge Lambert. En toute déférence, je conclus que non. Une cour d'appel ne devrait pas avoir toute latitude pour modifier une ordonnance relative à la détermination de la peine simplement parce qu'elle estime qu'une ordonnance différente aurait dû être rendue. La formulation d'une ordonnance relative à la détermination de la peine est un processus profondément subjectif; le juge du procès a l'avantage d'avoir vu et entendu tous les témoins, tandis que la cour d'appel ne peut se fonder que sur un compte rendu écrit. Il n'y a lieu de modifier la peine que si la cour d'appel est convaincue qu'elle n'est pas indiquée, c'est-à-dire si elle conclut que la peine est nettement déraisonnable.

Je ferais mien le point de vue adopté par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans les arrêts *R. c. Pepin* (1990), 98 N.S.R. (2d) 238, et *R. c. Muise* (1994), 94 C.C.C. (3d) 119. Dans l'arrêt *Pepin*, à la p. 251, la cour conclut:

[TRADUCTION] ... pour décider s'il y a lieu de modifier une peine, il ne s'agit pas de savoir si nous aurions

45

46

47

ent sentence; we must determine if the sentencing judge applied wrong principles or [if] the sentence is clearly or manifestly excessive.

infligé une peine différente; nous devons décider si le juge qui a prononcé la peine a appliqué des principes erronés ou [...] [si] [...] la peine est nettement ou manifestement excessive.

48 Further, in *Muise* it was held at pp. 123-24 that:

In considering the fitness of a sentence imposed by a trial judge, this court has consistently held that it will not interfere unless the sentence imposed is clearly excessive or inadequate

En outre, dans l'arrêt *Muise*, la cour tire la conclusion suivante, aux pp. 123 et 124:

[TRADUCTION] Chaque fois que notre cour a été appelée à examiner la justesse d'une peine infligée par un juge du procès, elle a constamment décidé de ne pas intervenir, sauf si la peine était nettement excessive ou inadéquate

The law on sentence appeals is not complex. If a sentence imposed is not clearly excessive or inadequate it is a fit sentence assuming the trial judge applied the correct principles and considered all relevant facts My view is premised on the reality that sentencing is not an exact science; it is anything but. It is the exercise of judgment taking into consideration relevant legal principles, the circumstances of the offence and the offender. The most that can be expected of a sentencing judge is to arrive at a sentence that is within an acceptable range. In my opinion, that is the true basis upon which Courts of Appeal review sentences when the only issue is whether the sentence is inadequate or excessive.

La règle de droit applicable aux appels interjetés contre une peine n'est pas complexe. Si la peine infligée n'est pas clairement excessive ou inadéquate, elle est indiquée à supposer que le juge du procès ait appliqué les bons principes et tenu compte de tous les faits pertinents. [...] Mon point de vue repose sur le fait que la détermination de la peine n'est pas une science exacte, tout au contraire. C'est un exercice de jugement qui tient compte des principes juridiques pertinents, des circonstances de l'infraction et du contrevenant. Tout au plus peut-on s'attendre à ce que le juge qui prononce la peine en arrivera à une peine qui respectera des limites acceptables. À mon sens, c'est la vraie raison pour laquelle des cours d'appel examinent des peines quand il s'agit seulement de savoir si la peine est inadéquate ou excessive.

49 For a similar approach, see *R. v. Émond*, Que. C.A., No. 200-10-000173-893, February 6, 1990, J.E. 90-557.

Pour un point de vue semblable, voir *R. c. Émond*, C.A. Qué., n° 200-10-000173-893, 6 février 1990, J.E. 90-557.

50 Unreasonableness in the sentencing process involves the sentencing order falling outside the "acceptable range" of orders; this clearly does not arise in the present appeal. An error of law involves a situation such as that found in *R. v. Chaisson*, [1995] 2 S.C.R. 1118, in which a sentencing judge, while calculating the total time period of incarceration for the purposes of a "half-time" parole ineligibility order under s. 741.2 of the *Code*, erroneously included two offences in the calculations notwithstanding the fact that these specific offences were not listed in the schedule of offences to which the s. 741.2 orders apply.

Pour être considérée comme déraisonnable, l'ordonnance relative à la détermination de la peine doit tomber en dehors des «limites acceptables», ce qui n'est clairement pas le cas en l'espèce. Une erreur de droit suppose une situation comme celle en cause dans l'affaire *R. c. Chaisson*, [1995] 2 R.C.S. 1118, où le juge qui a prononcé la peine a, en rendant, en vertu de l'art. 741.2 du *Code*, une ordonnance enjoignant de purger la moitié de la peine avant de pouvoir bénéficier de la libération conditionnelle, inclus par erreur dans le calcul de la durée totale de l'incarcération deux infractions qui n'étaient pas énumérées dans la liste des infractions auxquelles s'appliquent les ordonnances fondées sur l'art. 741.2.

Regarding the issuance of reasons for extending the period of parole ineligibility, it is clear that the provision of reasons by the trial judge will help an appellate court assess the reasonableness of the sentencing decision. In a case where no reasons (either oral or written) are issued, the appellate court may be more inclined to find unreasonableness. However, the fact that no reasons are given should not automatically trigger a decision by appeal or appellate courts to reduce (or, for the matter, increase) the period of parole ineligibility imposed by the trial judge. Generally, although it is always preferable, in a matter as important as sentencing, for a trial judge to give reasons, a trial judge does not err merely because no reasons are given for deciding one way or the other: *R. v. Smith*, [1990] 1 S.C.R. 991; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656, at p. 664. In any event, this discussion is, to a large extent, unnecessary in so far as the instant appeal is concerned since McKinnon J. clearly indicated why a period of 12 years was appropriate.

Interestingly, I note that the deferential standard of appellate review of sentencing orders presently propounded by the Nova Scotia Court of Appeal had formerly been applicable in British Columbia. In *R. v. Gourgon, supra*, Bull J.A. had held at p. 197:

... the matter is clearly one of discretion and unless patently wrong, or wrong principles applied, or correct principles applied erroneously, or proper factors ignored or overstressed, an appellate Court should be careful not to interfere with the exercise of that discretion of a trial Judge.

Gourgon was impliedly overthrown by the pronouncements of Lambert J.A. in the instant appeal, which, in turn, are traceable to *R. v. Brown, supra*, and *R. v. Walford* (1984), 12 C.C.C. (3d) 257 (B.C.C.A.), *per* Nemetz C.J.B.C. As can be gleaned from this discussion, I find Bull J.A.'s standard to be preferable and better aligned with generally accepted jurisprudential principles. In

Quant à la question des motifs justifiant la prorogation du délai préalable à la libération conditionnelle, il est clair qu'en exposant ses motifs le juge du procès aide la cour d'appel à évaluer le caractère raisonnable de la peine infligée. En l'absence de motifs (exposés par écrit ou verbalement), la cour d'appel aura davantage tendance à conclure au caractère déraisonnable. Toutefois, l'absence de motifs ne devrait pas amener automatiquement la cour d'appel à décider de réduire (ou encore de proroger) le délai préalable à la libération conditionnelle que le juge du procès a fixé. En règle générale, bien qu'il soit toujours préférable que le juge du procès expose ses motifs dans un domaine aussi important que la détermination de la peine, celui-ci ne commet pas une erreur du seul fait qu'il ne motive pas sa décision quelle qu'elle soit: *R. c. Smith*, [1990] 1 R.C.S. 991; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656, à la p. 664. De toute façon, en ce qui concerne le présent pourvoi, cette analyse est en grande partie inutile étant donné que le juge McKinnon a clairement indiqué pourquoi il convenait de fixer un délai de 12 ans.

Il est intéressant de souligner que la norme de retenue que la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse préconise à l'heure actuelle en matière de contrôle des ordonnances relatives à la détermination de la peine est celle qui s'appliquait auparavant en Colombie-Britannique. Dans l'arrêt *R. c. Gourgon*, précité, le juge Bull de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique conclut, à la p. 197:

[TRADUCTION] ... il est nettement question du pouvoir discrétionnaire du juge du procès et, à moins que des principes erronés ou manifestement erronés ne soient appliqués, que des principes corrects ne soient appliqués erronément, ou que des facteurs appropriés ne soient ignorés ou soulignés exagérément, une cour d'appel devrait prendre garde d'intervenir dans l'exercice de ce pouvoir.

L'arrêt *Gourgon* a été renversé implicitement par la décision du juge Lambert en l'espèce, qui peut être associée à l'arrêt *R. c. Brown*, précité, et à l'arrêt *R. c. Walford* (1984), 12 C.C.C. (3d) 257 (C.A.C.-B.), le juge en chef Nemetz. Comme il ressort de la présente analyse, je suis d'avis que la norme du juge Bull est préférable et plus conforme aux principes généralement acceptés par les tribu-

this connection, on the issue of appellate review I would reject Lambert J.A.'s pronouncements in the instant appeal to the extent that they overturn *Gourgon* and diverge from *Pepin* and *Muise*.

VI. Conclusions and Disposition

54

The trial judge properly considered the relevant factors in exercising the discretionary jurisdiction given to him under s. 744. The Court of Appeal erred in postulating an unduly restrictive and narrow approach to s. 744 and by adopting a standard of appellate review that was tantamount to substituting its opinion for that of the trial judge. Consequently, I would allow the appeal, set aside the decision of the British Columbia Court of Appeal, and restore the trial judge's s. 744 order of a period of parole ineligibility of 12 years.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Ministry of the Attorney General, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Zipp & Company, Coquitlam.

naux. À cet égard, quant à la question du contrôle en appel, je suis d'avis de rejeter la décision du juge Lambert en l'espèce, dans la mesure où elle a pour effet de renverser l'arrêt *Gourgon* et où elle diverge des arrêts *Pepin* et *Muise*.

VI. Conclusions et dispositif

Le juge du procès a tenu compte à bon droit des facteurs pertinents dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère l'art. 744. La Cour d'appel a commis une erreur en optant pour une interprétation trop restrictive de l'art. 744 et en adoptant une norme de contrôle qui équivalait à substituer son opinion à celle du juge du procès. En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de rétablir l'ordonnance fixant à 12 ans le délai préalable à la libération conditionnelle, que le juge du procès a rendue en vertu de l'art. 744.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

Procureurs de l'intimé: Zipp & Company, Coquitlam.

James Lee Brydon *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. BRYDON

File No.: 24554.

Hearing and judgment: October 11, 1995.

Reasons delivered: November 16, 1995.

Present: Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR
BRITISH COLUMBIA

Criminal law — Charge to jury — Recharge — Meaning of reasonable doubt — Accused convicted of sexual assault — Whether portions of trial judge's recharge to jury on meaning and application of reasonable doubt amounted to reversible error.

The accused was convicted of five counts of sexual assault. Shortly after beginning their deliberations, the jury sent a note to the trial judge requesting further instructions concerning the definition of reasonable doubt. In his recharge in response to the query, the trial judge made the following three impugned statements: (1) "If you believe that the accused is probably guilty or likely guilty but still have a reasonable doubt, you must give the benefit of that doubt to the accused"; (2) "After examining all of the evidence you may be left with a reasonable doubt as to whether the accused is guilty or not guilty"; (3) "If you are unanimous in that doubt you must give the benefit of that doubt to the accused". A majority of the Court of Appeal was satisfied that the recharge did not amount to reversible error, and the conviction was accordingly upheld.

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

Questions from the jury must be answered in a careful, complete and correct manner. In light of the importance of the burden of proof and reasonable doubt filter to the integrity and reliability of a verdict and to the fairness of an accused's trial, a trial judge's instructions

James Lee Brydon *Appellant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. BRYDON

N° du greffe: 24554.

Audition et jugement: 11 octobre 1995.

Motifs déposés: 16 novembre 1995.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

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

Droit criminel — Exposé au jury — Exposé supplémentaire — Sens de doute raisonnable — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Certains passages de l'exposé supplémentaire du juge au jury sur le sens et l'application du doute raisonnable comportaient-ils une erreur donnant lieu à révision?

L'accusé a été déclaré coupable de cinq chefs d'accusation d'agression sexuelle. Peu après le début des délibérations, le jury a transmis une note au juge du procès pour lui demander des directives supplémentaires sur la définition du doute raisonnable. Dans son exposé supplémentaire en réponse à la question, le juge du procès a fait les trois déclarations contestées suivantes: (1) «Si vous croyez que l'accusé est probablement ou vraisemblablement coupable, mais que vous avez encore un doute raisonnable, vous devez lui accorder le bénéfice de ce doute»; (2) «Après avoir examiné tous les éléments de preuve, il se peut que vous ayez un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé est coupable ou non coupable»; (3) «Si vous êtes unanimes relativement à ce doute, vous devez accorder le bénéfice de ce doute à l'accusé». La Cour d'appel, à la majorité, a conclu que l'exposé supplémentaire ne comportait pas d'erreur donnant lieu à révision, et a maintenu la déclaration de culpabilité.

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

Il faut répondre aux questions du jury de façon soignée, complète et correcte. Compte tenu de l'importance du filtre du fardeau de la preuve et du doute raisonnable pour l'intégrité et la solidité d'un verdict et pour l'équité du procès de l'accusé, les directives du juge du procès

must be careful, lucid and scrupulously sound. In assessing whether a trial judge's instructions on the burden of proof amount to reversible error, a court must consider: (i) whether the impugned instruction is inconsistent with what was said in the initial charge or is simply erroneous standing by itself; and (ii) whether, after placing the inconsistency or error in the context of the charge as a whole, there is a reasonable possibility that the jury might have been misled by those instructions into either applying a standard of proof less than proof beyond a reasonable doubt or improperly applying the burden of proof or reasonable doubt standard in arriving at their verdict. Here the first passage complained of, when read in the context of the whole charge, could not have misled the jury into applying a standard of proof less than the required proof beyond a reasonable doubt. While the second impugned passage would have been confusing for the jury, this in itself would not be sufficient to order a new trial. The third passage, which instructed the jury that they must be unanimous in their doubt before they could acquit, however, is clearly an error. While a jury's verdict must be unanimous, jurors may arrive at that verdict by taking different routes. This instruction tainted all of the trial judge's earlier instructions on reasonable doubt. Coupled with the previous instruction, there is a reasonable possibility that the trial judge's erroneous instruction may have misled the jury into improperly applying the reasonable doubt standard in arriving at their verdict.

Cases Cited

Referred to: *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3; *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521; *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(1)(b)(iii).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1995), 37 C.R. (4th) 1, 2 B.C.L.R. (3d) 243, 95 C.C.C. (3d) 509, 55 B.C.A.C. 6, 90 W.A.C. 6, affirming the accused's

doivent être soignées, lucides et scrupuleusement exactes. Pour déterminer si les directives du juge du procès sur le fardeau de la preuve comportent une erreur donnant lieu à révision, le tribunal doit se demander: (i) si la directive contestée n'est pas compatible avec ce qui a été dit dans l'exposé initial ou est simplement erronée en soi; et (ii) si, après avoir replacé l'incohérence ou l'erreur dans le contexte de l'exposé dans son ensemble, il y a une possibilité raisonnable que le jury ait été induit en erreur par ces directives au point d'avoir appliqué une norme de preuve inférieure à celle de la preuve hors de tout doute raisonnable ou d'avoir appliqué incorrectement la norme du fardeau de la preuve ou du doute raisonnable pour aboutir au verdict. En l'espèce, le premier passage contesté, lu dans le contexte de l'exposé dans son ensemble, n'aurait pas pu induire le jury en erreur au point de lui faire appliquer une norme de preuve inférieure à la norme de preuve requise hors de tout doute raisonnable. Le deuxième passage contesté pouvait être déroutant pour le jury, mais cela ne suffisait pas en soi pour ordonner un nouveau procès. Cependant, le troisième passage, disant au jury qu'il doit être unanime dans son doute avant de pouvoir acquitter l'accusé, est manifestement une erreur. Bien que le verdict d'un jury doive être unanime, les jurés peuvent arriver à ce verdict en empruntant des voies différentes. Cette directive viciait toutes les directives données auparavant par le juge du procès sur le doute raisonnable. Il existe une possibilité raisonnable que cette directive erronée du juge du procès, jointe à la directive précédente, ait induit le jury en erreur au point de lui faire appliquer incorrectement la norme du doute raisonnable pour aboutir au verdict.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3; *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521; *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(1)(b)(iii).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1995), 37 C.R. (4th) 1, 2 B.C.L.R. (3d) 243, 95 C.C.C. (3d) 509, 55 B.C.A.C. 6, 90 W.A.C. 6, qui a confirmé la déclaration de culpabilité prononcée contre l'accusé relativement à cinq chefs d'accusation d'agression

conviction on five counts of sexual assault. Appeal allowed and new trial ordered.

Richard C. C. Peck, Q.C., and *Letitia Sears*, for the appellant.

Wendy Rubin, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER C.J. — This appeal was allowed and a new trial was ordered from the bench on October 11, 1995, with reasons to follow. These reasons are as follows.

This case comes to this Court as of right from the decision of a five-member panel of the British Columbia Court of Appeal ((1995), 37 C.R. (4th) 1) on the narrow point of law of whether portions of the trial judge's recharge to the jury on the meaning and application of reasonable doubt amounted to reversible error. In the court below, the appellant raised the additional issue of whether it is appropriate to define reasonable doubt in terms of "moral certainty". It appears that the original three-member panel of the British Columbia Court of Appeal decided to adjourn the proceedings and reconvene as a five-member panel. The court then invited counsel "to canvass fully the proper instruction to be given to a jury on the meaning of reasonable doubt" (p. 42).

At the outset I wish to state that we were not asked by either party to address the broader issues of how the concept of reasonable doubt should be defined to a jury and whether "moral certainty" language should be used in that definition. Therefore, our opinion should in no way be construed as either endorsing or rejecting the model jury charge on reasonable doubt advanced by a majority of the British Columbia Court of Appeal.

sexuelle. Pourvoi accueilli, la tenue d'un nouveau procès est ordonnée.

Richard C. C. Peck, c.r., et *Letitia Sears*, pour l'appellant.

Wendy Rubin, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER — À l'audience du 11 octobre 1995, la Cour a accueilli le présent pourvoi et ordonné un nouveau procès, indiquant que les motifs seraient déposés à une date ultérieure. Voici ces motifs.

La Cour est saisie de plein droit de l'appel d'une décision rendue par une formation de cinq juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique ((1995), 37 C.R. (4th) 1) sur la question restreinte de droit qui consistait à déterminer si certains passages de l'exposé supplémentaire du juge au jury quant au sens et à l'application du doute raisonnable constituaient une erreur donnant lieu à révision. Devant la juridiction inférieure, l'appelant a soulevé la question supplémentaire de savoir s'il convient de définir le doute raisonnable en fonction de la «certitude morale». Il appert que la formation initiale de trois juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé d'ajourner les procédures et de les reprendre en une formation de cinq juges. La cour a ensuite invité les avocats [TRADUCTION] «à examiner à fond les directives qu'il convient de donner au jury quant au sens du doute raisonnable» (p. 42).

Je tiens d'abord à mentionner que ni l'une ni l'autre des parties ne nous a demandé de traiter les questions plus générales de savoir comment il faudrait définir le concept du doute raisonnable pour les jurés et de savoir s'il faudrait parler de «certitude morale» dans cette définition. Par conséquent, notre opinion ne devrait en aucun cas être interprétée comme une approbation ou un rejet du modèle d'exposé au jury sur le doute raisonnable proposé, à la majorité, par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

I. Factual Background

4 The appellant was convicted of five counts of sexual assault. The offences for which the appellant was convicted involved the touching or fondling of prepubescent school girls by the appellant, who was their teacher. The incidents occurred some years prior to the laying of the charges. The evidence pitted the allegations of the complainants against a denial of any wrongdoing by the appellant. Credibility was the key issue in the case, and with the exception of the similar fact evidence of two other students, there was little or no evidence to support either version of what happened.

II. Issues

5 The appellant appeals his conviction to this Court as of right on the basis of Wood J.A.'s dissent in the court below. That dissent was grounded upon the following questions of law:

- (1) Did the trial judge's instruction to the jury that "[i]f you believe that the accused is probably guilty or likely guilty but still have a reasonable doubt, you must give the benefit of that doubt to the accused and return a verdict of not guilty" constitute reversible error when considered in relation to the charge as a whole?
- (2) Did the trial judge's instruction to the jury that "after examining all of the evidence you may be left with a reasonable doubt as to whether the accused is guilty or not guilty" constitute reversible error when considered in relation to the charge as a whole?
- (3) Did the trial judge's instruction to the jury that "if you are unanimous in that doubt you must give the benefit of that doubt to the accused" constitute reversible error when considered in relation to the charge as a whole?
- (4) If the learned trial judge erred in his instruction to the jury on the application or definition of reasonable doubt, should the provisions of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code* be applied?

I. Les faits

L'appelant a été déclaré coupable de cinq chefs d'accusation d'agression sexuelle, concernant des caresses ou des attouchements sur des écolières prépubères dont il était le professeur. Les incidents sont survenus plusieurs années avant l'inculpation. La preuve opposait les allégations des plaignantes aux dénégations de l'appelant. La crédibilité constituait la question fondamentale en l'espèce, et, à l'exception de la preuve de faits similaires présentée par deux autres étudiantes, il n'y avait que peu ou pas d'éléments de preuve pour étayer l'une ou l'autre version des faits.

II. Les questions en litige

L'appelant se pourvoit de plein droit auprès de notre Cour contre la déclaration de culpabilité, en se fondant sur la dissidence du juge Wood en Cour d'appel. Cette dissidence se basait sur les questions de droit suivantes:

[TRADUCTION]

- (1) La directive suivante du juge du procès aux jurés: «[s]i vous croyez que l'accusé est probablement ou vraisemblablement coupable, mais que vous avez encore un doute raisonnable, vous devez lui accorder le bénéfice de ce doute et rendre un verdict de non-culpabilité», constituait-elle une erreur donnant lieu à révision si l'on tient compte de l'exposé dans son ensemble?
- (2) La directive suivante du juge du procès aux jurés: «après avoir examiné tous les éléments de preuve, il se peut que vous ayez un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé est coupable ou non coupable», constituait-elle une erreur donnant lieu à révision si l'on tient compte de l'exposé dans son ensemble?
- (3) La directive suivante du juge du procès aux jurés: «si vous êtes unanimes relativement à ce doute, vous devez accorder le bénéfice de ce doute à l'accusé» constituait-elle une erreur donnant lieu à révision si l'on tient compte de l'exposé dans son ensemble?
- (4) Si le juge du procès a commis une erreur dans sa directive aux jurés concernant l'application ou la définition du doute raisonnable, les dispositions du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel* devraient-elles s'appliquer?

At the oral hearing both parties agreed that the application of s. 686(1)(b)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, does not arise out of Wood J.A.'s dissent. I agree with this interpretation of the parameters of the dissent since the majority opinion did not find it necessary to address the s. 686(1)(b)(iii) issue. I would further add that I have some reservations as to whether s. 686(1)(b)(iii) would ever be available to cure an erroneous instruction which may have misled a jury into improperly applying the burden of proof or reasonable doubt standard.

III. Decisions Below

In summarizing the decisions below, I have only included the excerpts from the charge and recharge and Court of Appeal judgments relevant to the issues raised in this appeal.

A. *Charge to the Jury*

The trial judge instructed the jury on the meaning and application of reasonable doubt in the following fashion:

As I told you at the outset, and you may be getting tired of hearing this, but I must emphasize it because it is so important and must not be forgotten — it is a fundamental principle of our law that every accused person is presumed innocent. That presumption continues, it continues now and it will continue until you are satisfied beyond a reasonable doubt of the guilt of the accused. That burden stays with the Crown throughout. It is not a responsibility of the accused to demonstrate or establish or prove his innocence. If the Crown fails to prove guilt beyond a reasonable doubt you must acquit the accused.

What does reasonable doubt mean? There is no simple answer except to say that the phrase perhaps defines itself. It is a doubt based upon reason as opposed to a doubt based upon imagination or speculation. Proof beyond a reasonable doubt may be described as being achieved when there is a moral certainty in your mind that the accused committed the offence. If, for example, you conclude that the accused probably committed the

À l'audience, les deux parties ont convenu que la dissidence du juge Wood ne donne pas lieu à l'application du sous-al. 686(1)(b)(iii) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. Je suis d'accord avec cette interprétation des paramètres de la dissidence puisque les juges de la majorité n'ont pas jugé nécessaire de traiter la question du sous-al. 686(1)(b)(iii). J'ajouterai que j'ai des réserves quant à la notion que le sous-al. 686(1)(b)(iii) pourrait remédier à une directive erronée qui a pu amener un jury à appliquer incorrectement la norme du fardeau de la preuve ou du doute raisonnable.

III. Les juridictions inférieures

Dans le résumé des jugements des juridictions inférieures, je n'ai inclus que les passages de l'exposé, de l'exposé supplémentaire et des jugements de la Cour d'appel qui se rapportent aux questions soulevées dans le pourvoi.

A. *L'exposé au jury*

Le juge du procès a donné au jury les directives suivantes sur le sens et l'application du doute raisonnable:

[TRADUCTION] Comme je vous l'ai dit au début, et vous êtes peut-être las de l'entendre dire, mais je dois insister parce que c'est très important et que vous ne devez pas l'oublier — c'est un principe fondamental de notre droit que tout accusé est présumé innocent. Cette présomption vaut, elle vaut maintenant et vaudra jusqu'à ce que vous soyez convaincus hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé. Ce fardeau de preuve incombe au ministère public tout au long du procès. L'accusé n'est pas tenu de montrer, d'établir ou de prouver son innocence. Si le ministère public ne prouve pas la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, vous devez acquitter l'accusé.

Que signifie doute raisonnable? Il n'y a pas de réponse simple à cette question, si ce n'est de dire que l'expression se définit par elle-même. C'est un doute fondé sur la raison par opposition à un doute fondé sur l'imagination ou des suppositions. On peut considérer qu'une preuve hors de tout doute raisonnable a été apportée au procès lorsqu'il existe dans votre esprit la certitude morale que l'accusé a commis l'infraction. Si, par exemple, vous concluez que l'accusé a probablement commis l'infraction, sans plus, alors vous avez un

6

7

8

offence and no more than you have a reasonable doubt and it is your duty to return a verdict of not guilty.

You must assess the credibility of the witnesses that you heard in this trial. That is the central issue. In doing so, you should bring to bear upon the question of credibility your own life experience and common sense. You may believe all of the evidence of a witness, a portion of the evidence given by a witness, or none of the evidence given by a witness

There are three things that I want to tell you that I would like you to keep in mind, keeping in mind that the accused has given evidence: Firstly, if you believe the accused, obviously you must acquit; secondly, if you do not believe the evidence of the accused but are left with a reasonable doubt by that evidence, you must acquit; finally, if you are not left in a reasonable 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.

Finally, keep in mind that the accused cannot be convicted of any offence unless you are satisfied beyond a reasonable doubt that he is guilty as charged.

. . . I must remind you to keep in mind my directions to you about the issue of reasonable doubt. The choice is not one side or the other. You must be satisfied beyond a reasonable doubt that the incidents complained of in fact occurred

I leave you with a reminder of the final issue you must face. If you have a reasonable doubt concerning the guilt of the accused you must give the benefit of that doubt to the accused and find him not guilty. You are not doing him any favour by doing so, you are merely doing your duty as cast upon you by law. On the other hand, if you do not have a reasonable doubt concerning the guilt of the accused you must find him guilty as charged, that too is your plain duty and the law requires no more from you than that.

The jury was then sent out to deliberate. After 11 minutes, a note was sent to the judge requesting further instructions. The note said:

doute raisonnable et vous avez le devoir de rendre un verdict de non-culpabilité.

Vous devez évaluer la crédibilité des témoins entendus au cours du procès. C'est la question principale. Ce faisant, vous devriez appliquer votre expérience personnelle et votre bon sens à la question de la crédibilité. Vous pouvez croire la totalité de la déposition d'un témoin, n'en croire qu'une partie ou n'en croire aucun élément

Il y a trois choses que je voudrais que vous gardiez à l'esprit, tout en vous rappelant que l'accusé a témoigné: premièrement, si vous croyez l'accusé, vous devez évidemment l'acquitter; deuxièmement, si vous n'ajoutez pas foi au témoignage de l'accusé, mais que ce témoignage vous laisse avec un doute raisonnable, vous devez l'acquitter; en dernier lieu, si le témoignage de l'accusé ne laisse pas de doute raisonnable dans votre esprit, vous devez vous demander si, en raison des éléments de preuve que vous acceptez, vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé.

Enfin, n'oubliez pas que l'accusé ne peut être reconnu coupable d'une infraction que si vous êtes convaincus hors de tout doute raisonnable qu'il est coupable de l'accusation portée contre lui.

. . . je dois vous rappeler de ne pas oublier mes directives relatives au doute raisonnable. Le choix ne consiste pas à prendre parti pour l'un ou l'autre. Vous devez être convaincus hors de tout doute raisonnable que les incidents reprochés se sont vraiment produits

Je vous rappelle une dernière fois la question finale à laquelle vous devez répondre. Si vous avez un doute raisonnable au sujet de la culpabilité de l'accusé, vous devez lui accorder le bénéfice de ce doute et le déclarer non coupable. Vous ne lui faites ainsi aucune faveur, vous ne faites que votre devoir, que la loi vous impose. Par contre, si vous n'avez aucun doute raisonnable au sujet de la culpabilité de l'accusé, vous devez le déclarer coupable de l'accusation portée contre lui, ce qui est aussi tout simplement votre devoir et la loi n'exige rien de plus de vous.

Le jury s'est ensuite retiré pour délibérer. Après 11 minutes, la note suivante, demandant des directives supplémentaires, a été transmise au juge:

At the beginning of Judge's summation define reasonable doubt, define moral certainty, guidelines mentioned at beginning of summation.

In response, the judge gave this recharge which I quote in its entirety:

If I may deal with your last point first, guidelines at the beginning of my summation. I suggested to you and I suggest to you now that you decide this case on the evidence in this courtroom and on nothing else. We have separate functions: The facts are for you and the law is for me. It is your duty to weigh the evidence and come to your own conclusions about what you believe and what you do not believe.

It is a fundamental principle of our law that every accused person is presumed to be innocent, that presumption continues until there is put before you a body of evidence which satisfies you beyond a reasonable doubt of the accused's guilt. That burden stays with the Crown throughout this trial and does not shift. It is not the responsibility of the accused to establish or demonstrate or prove his innocence. If the Crown fails to prove guilt beyond a reasonable doubt you must acquit the accused.

You asked me to define reasonable doubt and moral certainty. You may find that I am of less assistance to you in that regard. What I had said to you was this: That there is no simple answer to the question of what is a reasonable doubt except to say that it is a phrase that defines itself because it is a doubt based upon reason, as opposed to a doubt based upon imagination or speculation.

I can expand on it in this fashion in the hopes that it is of some assistance to you. A reasonable doubt may arise from the evidence, a conflict in the evidence or a lack of evidence. A reasonable doubt is a doubt based upon reason. It is not an imaginary doubt. It is sometimes put in this fashion in an effort to convey what is meant, it is sometimes described to juries in this fashion. If you are morally certain or feel sure that the accused committed the offences, you do not have a reasonable doubt. If you believe that the accused is probably guilty or likely guilty but still have a reasonable doubt, you must give the benefit of that doubt to the accused and return a verdict of not guilty. On the other hand, you must not set up a standard of absolute certainty that the Crown must

[TRADUCTION] Au début de l'exposé du juge, définir le doute raisonnable, définir la certitude morale, les lignes directrices mentionnées au début de l'exposé.

En réponse, le juge a donné cet exposé supplémentaire, que je cite intégralement:

[TRADUCTION] Si vous me permettez de traiter d'abord le dernier point, les lignes directrices mentionnées au début de mon exposé, je vous ai demandé et je vous demande encore de trancher en vous fondant sur les éléments de preuve présentés dans la salle d'audience et rien d'autre. Nous avons des fonctions distinctes: les faits relèvent de vous et le droit relève de moi. Vous avez le devoir d'évaluer la preuve et de tirer vos propres conclusions quant à ce que vous croyez et ce que vous ne croyez pas.

C'est un principe fondamental de notre droit que tout accusé est présumé innocent, que cette présomption vaut jusqu'à ce que l'on présente devant vous un ensemble d'éléments de preuve qui vous convainquent hors de tout doute raisonnable de la culpabilité de l'accusé. Ce fardeau de preuve incombe au ministère public tout au long du procès et ne passe à personne d'autre. L'accusé n'est pas tenu de montrer, d'établir ou de prouver son innocence. Si le ministère public ne prouve pas la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, vous devez acquitter l'accusé.

Vous me demandez de définir le doute raisonnable et la certitude morale. Vous estimerez peut-être que je vous aide moins à cet égard. Voici ce que je vous ai dit: il n'y a pas de réponse simple à la question de savoir ce qu'est un doute raisonnable, si ce n'est de dire que c'est une expression qui se définit par elle-même parce que c'est un doute fondé sur la raison, par opposition à un doute fondé sur l'imagination ou des suppositions.

Je peux ajouter ceci dans l'espoir que cela puisse vous aider. Un doute raisonnable peut naître de la preuve, de contradictions dans la preuve ou de l'absence de preuve. Un doute raisonnable est un doute fondé sur la raison. Ce n'est pas un doute imaginaire. Il est parfois exprimé de cette façon en vue de véhiculer ce qu'il veut dire, il est parfois décrit ainsi aux jurés. Si vous êtes moralement certains ou estimez certain que l'accusé a commis les infractions, vous n'avez pas un doute raisonnable. Si vous croyez que l'accusé est probablement ou vraisemblablement coupable, mais que vous avez encore un doute raisonnable, vous devez lui accorder le bénéfice de ce doute et rendre un verdict de non-culpabilité. Par contre, vous ne devez pas fixer une norme de certitude absolue à laquelle le ministère public doit satisfaire pour prouver la culpabilité. Vous devez être convaincus

meet in order to prove guilt. You must be satisfied beyond a reasonable doubt as to the guilt of the accused.

I add this comment, you may have trouble deciding which witnesses you believe and which witnesses you do not believe. You should know that the rule of reasonable doubt also applies to the issue of credibility. You need not definitely decide on the credibility of a witness or group of witnesses. You need not fully believe or disbelieve one witness or a number of witnesses.

After examining all of the evidence you may be left with a reasonable doubt as to whether the accused is guilty or not guilty. If you are unanimous in that doubt you must give the benefit of that doubt to the accused. [Emphasis added.]

B. *British Columbia Court of Appeal* (1995), 37 C.R. (4th) 1

(i) Majority

(a) *McEachern C.J.B.C. (Goldie and Rowles J.J.A. concurring)*

9 The Chief Justice was satisfied that the recharge did not rise to the level of reversible error. He considered the two passages which were alleged to have been in error:

If you believe that the accused is probably guilty or likely guilty but still have a reasonable doubt, you must give the benefit of that doubt to the accused and return a verdict of not guilty. [Emphasis added.]

and;

After examining all of the evidence you may be left with a reasonable doubt as to whether the accused is guilty or not guilty. If you are unanimous in that doubt you must give the benefit of that doubt to the accused. [Emphasis added.]

10 The Chief Justice did not think that the first passage, when read in context of the whole charge, could have misled the jury into applying the wrong standard of proof. He was also satisfied that the second passage was not in error. While he found the words "or not guilty" to be unnecessary, he was of the view that they were not inaccurate because the jury may well have had a doubt about

hors de tout doute raisonnable en ce qui concerne la culpabilité de l'accusé.

J'ajouterai la remarque suivante: il se peut que vous ayez de la difficulté à décider quels témoins croire et quels témoins ne pas croire. Vous devez savoir que la règle du doute raisonnable s'applique aussi à la question de la crédibilité. Vous n'avez pas besoin de vous décider définitivement sur la crédibilité d'un témoin ou d'un groupe de témoins. Vous n'avez pas besoin de croire ou de ne pas croire entièrement un témoin ou un certain nombre de témoins.

Après avoir examiné tous les éléments de preuve, il se peut que vous ayez un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé est coupable ou non coupable. Si vous êtes unanimes relativement à ce doute, vous devez accorder le bénéfice de ce doute à l'accusé. [Je souligne.]

B. *La Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1995), 37 C.R. (4th) 1

(i) L'opinion majoritaire

(a) *Le juge en chef McEachern (avec l'appui des juges Goldie et Rowles)*

Le Juge en chef était convaincu que l'exposé supplémentaire n'allait pas jusqu'au niveau de l'erreur donnant lieu à révision. Il a examiné les deux passages qui auraient constitué une erreur:

Si vous croyez que l'accusé est probablement ou vraisemblablement coupable, mais que vous avez encore un doute raisonnable, vous devez lui accorder le bénéfice de ce doute et rendre un verdict de non-culpabilité. [Je souligne.]

et

Après avoir examiné tous les éléments de preuve, il se peut que vous ayez un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé est coupable ou non coupable. Si vous êtes unanimes relativement à ce doute, vous devez accorder le bénéfice de ce doute à l'accusé. [Je souligne.]

Le Juge en chef ne pensait pas que le premier passage, pris dans le contexte de l'ensemble de l'exposé, aurait pu amener le jury à appliquer la mauvaise norme de preuve. Il était également convaincu que le deuxième passage ne constituait pas une erreur. Bien qu'il ait conclu que les mots «ou non coupable» n'étaient pas nécessaires, il ne les estimait pas incorrects parce que le jury peut bien

either alternative. The second sentence in the second impugned passage caused him greater difficulty. It contained a clear mistake, undoubtedly a judicial slip of the tongue, since this experienced trial judge knew there was no need for the jury to be unanimous in whatever doubt it entertained. However, he found it significant that the trial judge told the jury on several occasions that the benefit of the doubt must be given to the appellant and that at no time was the jury told it could only acquit if it was unanimous. Moreover, in several passages, the trial judge properly instructed them on the proper standard of proof. The Chief Justice was also of the view that this particular instruction was still generally favourable to the appellant because it reminded the jury that the appellant was entitled to the benefit of the doubt. Therefore, McEachern C.J.B.C. concluded that the jury would not have been misled by this unfortunate instruction. He found it probable that the jury, rather than parsing the sentence, would have regarded the sentence as a reminder that the benefit of the doubt always went to the appellant.

(b) *Gibbs J.A. (concurring with McEachern C.J.B.C. in the result)*

Upon reading the charge as a whole, Gibbs J.A. concluded that, with one possible exception, the appeal could not succeed. The exception arose from three words (“or not guilty”) in the last paragraph of the recharge:

After examining all of the evidence you may be left with a reasonable doubt as to whether the accused is guilty or not guilty. If you are unanimous in that doubt you must give the benefit of that doubt to the accused. [Emphasis added.]

Gibbs J.A. noted that there was no doubt that a direction that a jury could rest its verdict upon a finding of reasonable doubt that the accused was not guilty was wrong. He concluded that this error fell into the category of slips of the tongue which would not have misled the jury. According to his Lordship, the charge began with an accurate explanation that a person was presumed innocent until proven guilty beyond a reasonable doubt and that

avoir eu un doute quant à l’une ou l’autre possibilité. La deuxième phrase du deuxième passage contesté lui a créé plus de difficultés. Elle contenait une erreur manifeste, sans aucun doute un lapsus du juge, puisque ce juge expérimenté savait qu’il n’était pas nécessaire que le jury soit unanime sur quelque doute que ce soit. Cependant, il a trouvé significatif que le juge du procès ait dit au jury à plusieurs reprises qu’il fallait accorder le bénéfice du doute à l’appelant et qu’il n’a jamais été dit au jury qu’il ne pouvait acquitter l’appelant que s’il était unanime. De plus, dans plusieurs passages, le juge du procès a donné au jury des directives adéquates sur la norme de preuve appropriée. Le Juge en chef estimait également que cette directive particulière était encore favorable en général à l’appelant parce qu’elle rappelait au jury que l’appelant avait droit au bénéfice du doute. Le juge en chef McEachern a donc conclu que le jury n’aurait pas été induit en erreur par cette directive malencontreuse. Il a estimé probable que le jury, plutôt que d’analyser minutieusement la phrase, l’aurait considérée comme un rappel que le doute bénéficie toujours à l’appelant.

b) *Le juge Gibbs (souscrivant aux motifs du juge en chef McEachern quant au résultat)*

En interprétant l’exposé dans son ensemble, le juge Gibbs a conclu que l’appelant ne pouvait pas avoir gain de cause, sauf peut-être sur un seul point. Il s’agissait des trois mots «ou non coupable» au dernier paragraphe de l’exposé supplémentaire:

Après avoir examiné tous les éléments de preuve, il se peut que vous ayez un doute raisonnable quant à savoir si l’accusé est coupable ou non coupable. Si vous êtes unanimes relativement à ce doute, vous devez accorder le bénéfice de ce doute à l’accusé. [Je souligne.]

Le juge Gibbs a noté qu’il ne faisait aucun doute qu’une directive selon laquelle un jury pourrait fonder son verdict sur un doute raisonnable que l’accusé n’était pas coupable était erronée. Il a conclu que cette erreur entrait dans la catégorie des lapsus qui n’auraient pas induit le jury en erreur. Selon lui, le juge du procès a commencé l’exposé en expliquant correctement qu’une personne était présumée innocente jusqu’à ce que sa culpabilité

11

12

an accused person was not called upon to prove innocence and ended with a reminder that the Crown must prove all elements of the offence beyond a reasonable doubt. Gibbs J.A. was also of the opinion that the request from the jury that led to the recharge was not a question about the burden of proof or the presumption of innocence but rather a request for further explanation of the concepts of reasonable doubt and moral certainty. Consequently, he was not persuaded, looking at the charge as a whole, that the jury would have been likely misled by the unfortunate misstatement. He was satisfied it was simply a slip of the judicial tongue.

(ii) Dissent

13 Wood J.A. found that there was reversible error in the emphasized portions of the last paragraph of the recharge:

After examining all of the evidence you may be left with a reasonable doubt as to whether the accused is guilty or not guilty. If you are unanimous in that doubt you must give the benefit of that doubt to the accused. [Emphasis added.]

14 His Lordship was of the opinion that the application of a reasonable doubt analysis to the innocence of the accused detracted from the principle of fundamental justice that mandated the presumption of innocence as the starting point for any inquiry into guilt. Moreover, he stated that it was the verdict, not the reasonable doubt, upon which the jury must be unanimous. He found that to require a jury to agree unanimously on the basis for concluding that a reasonable doubt as to guilt existed not only was wrong as a matter of law, but also had the effect of imposing a persuasive burden on the accused. Since these two errors fell in the final instructions to the jury, they were fatal to the verdicts.

15 Wood J.A. also found reversible error in that part of the recharge which instructed the jury that "if you believe that the accused is probably guilty

soit prouvée hors de tout doute raisonnable et qu'un accusé n'était pas tenu de prouver son innocence, et a terminé l'exposé en rappelant que le ministère public doit prouver tous les éléments de l'infraction hors de tout doute raisonnable. Le juge Gibbs était également d'avis que la demande du jury qui a abouti à l'exposé supplémentaire n'était pas une question relative au fardeau de preuve ou à la présomption d'innocence mais plutôt une demande d'explication supplémentaire au sujet des concepts du doute raisonnable et de la certitude morale. Par conséquent, il n'était pas persuadé, compte tenu de l'ensemble de l'exposé, que le jury aurait vraisemblablement été induit en erreur par la malencontreuse déclaration inexacte. Il était convaincu qu'il s'agissait simplement d'un lapsus du juge.

(ii) La dissidence

Le juge Wood a estimé qu'il y avait une erreur donnant lieu à révision dans les passages soulignés du dernier paragraphe de l'exposé supplémentaire:

Après avoir examiné tous les éléments de preuve, il se peut que vous ayez un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé est coupable ou non coupable. Si vous êtes unanimes relativement à ce doute, vous devez accorder le bénéfice de ce doute à l'accusé. [Je souligne.]

Le juge Wood était d'avis que l'application de l'analyse du doute raisonnable à l'innocence de l'accusé s'écartait du principe de justice fondamentale qui exigeait la présomption d'innocence comme point de départ de toute enquête au sujet de la culpabilité. En outre, il a déclaré que c'était au sujet du verdict, et non pas au sujet du doute raisonnable, que le jury devait être unanime. Il a conclu que le fait d'exiger que le jury soit unanimement d'accord sur ce qui l'amenait à conclure qu'il existait un doute raisonnable quant à la culpabilité était non seulement erroné sur le plan du droit mais avait également pour effet d'imposer à l'accusé une charge de persuasion. Comme ces deux erreurs entraient dans les directives finales au jury, elles ont entaché les verdicts.

Le juge Wood a également trouvé une erreur donnant lieu à révision dans la partie suivante de l'exposé supplémentaire aux jurés: «si vous croyez

or likely guilty but still have a reasonable doubt” (emphasis added). In his opinion (at p. 18):

This instruction reinforces the potential for confusion arising from the other errors already referred to, and enhances the likelihood that the jury was induced to apply the wrong standard of proof in this case. In this respect I agree with the brief reasons found in the Ontario Court of Appeal endorsement in the *Ford* case, in which a similar form of instruction was criticized in the following terms:

... [it] might imply that even though their thinking did not extend beyond a belief that the accused were probably guilty, nevertheless [the accused] could be found guilty.

IV. Analysis

(i) *The Import of Jury Questions*

This Court has on a number of occasions highlighted the importance of answering jury queries in a careful, complete and correct manner: see *R. v. W. (D.)*, [1991] 1 S.C.R. 742; *R. v. Naglik*, [1993] 3 S.C.R. 122; *R. v. Pétel*, [1994] 1 S.C.R. 3; and *R. v. S. (W.D.)*, [1994] 3 S.C.R. 521. In *Naglik*, I held, writing for the majority, at p. 139:

Answers to questions from the jury are extremely important, and carry influence far exceeding instructions given in the main charge. If the jury asks a question about an issue addressed in the main charge, it is clear that they did not understand or remember that part of the main charge, and it is also clear that they must exclusively rely on the answer given by the trial judge to resolve any confusion or debate on the point which may have taken place in the jury room during their deliberations up to that point.

In this case the jury, after deliberating for 11 minutes, sent a note to the trial judge asking him to define again the concepts of reasonable doubt and moral certainty. The jury also asked the judge to repeat the guidelines he had given to them prior to his review of the evidence, guidelines which dealt with the presumption of innocence and the burden of proof. Consequently, I take it as being implicit in the jury’s question that they were also seeking

que l’accusé est probablement ou vraisemblablement coupable, mais que vous avez encore un doute raisonnable» (je souligne). Il dit ceci à la p. 18:

[TRADUCTION] Cette directive renforce la possibilité de confusion découlant des autres erreurs déjà mentionnées et augmente le risque que le jury ait été amené à appliquer la mauvaise norme de preuve en l’espèce. À cet égard, je suis d’accord avec les courts motifs manuscrits de la Cour d’appel de l’Ontario dans l’arrêt *Ford*, critiquant une forme semblable de directive dans les termes suivants:

... [cela] pourrait laisser supposer que, même s’ils ne sont pas allés au-delà de la pensée que l’accusé était probablement coupable, néanmoins celui-ci pourrait être déclaré coupable.

IV. Analyse

(i) *L’importance des questions du jury*

Notre Cour a souligné à plusieurs reprises qu’il était important de répondre aux questions du jury de façon soignée, complète et correcte: voir *R. c. W. (D.)*, [1991] 1 R.C.S. 742; *R. c. Naglik*, [1993] 3 R.C.S. 122; *R. c. Pétel*, [1994] 1 R.C.S. 3; et *R. c. S. (W.D.)*, [1994] 3 R.C.S. 521. Dans *Naglik*, j’ai déclaré, au nom de la majorité, à la p. 139:

Les réponses aux questions du jury revêtent une importance capitale, et leur effet dépasse de loin celui des directives principales. Si le jury pose une question concernant un point traité dans celles-ci, il est évident que les jurés n’ont pas compris ou qu’ils ont oublié cette partie des directives principales. Il est évident aussi qu’ils doivent compter exclusivement sur la réponse donnée par le juge du procès pour dissiper toute confusion ou régler tout débat sur ce point qui ont pu survenir jusque-là au cours de leurs délibérations.

En l’espèce, le jury, après avoir délibéré 11 minutes, a fait parvenir une note au juge du procès pour lui demander de définir de nouveau les concepts du doute raisonnable et de la certitude morale. Le jury a également demandé au juge de répéter les directives qu’il lui avait données avant de passer en revue la preuve, directives qui traitaient de la présomption d’innocence et du fardeau de preuve. Je considère donc comme implicite

further guidance on how to apply the concept of reasonable doubt to the evidence.

(ii) *When Will a Trial Judge's Instructions on the Burden of Proof Amount to Reversible Error?*

18 In light of the importance of the burden of proof and reasonable doubt filter to the integrity and reliability of a verdict and to the fairness of an accused's trial and giving due weight to the reality, highlighted by Wood J.A. (at p. 10), that:

... the application to the evidence of the law relating to the burden of proof in a criminal case can pose great difficulty, particularly for a jury of lay people who are confronted with that task for the first, and probably the only, time in their lives.

a trial judge's instructions must be careful, lucid and scrupulously sound.

19 In assessing whether a trial judge's recharge (or in some cases the main charge) on the burden of proof amounts to reversible error, a court must consider:

- (i) whether the impugned instruction is inconsistent with what was said in the initial charge or is simply erroneous standing by itself; and,
- (ii) whether, after placing the inconsistency or error in the context of the charge as a whole, there is a reasonable possibility that the jury might have been misled by those instructions into either applying a standard of proof less than proof beyond a reasonable doubt or improperly applying the burden of proof or reasonable doubt standard in arriving at their verdict.

I am of the opinion that there is a greater risk that the jury may be misled when the erroneous instructions are found in a recharge which was in response to a jury question concerning the burden of proof and/or reasonable doubt.

dans la question du jury qu'il sollicitait également des directives supplémentaires sur la façon d'appliquer le concept du doute raisonnable à la preuve.

(ii) *Quand les directives du juge du procès sur le fardeau de la preuve équivaudront-elles à une erreur donnant lieu à révision?*

Compte tenu de l'importance du filtre du fardeau de la preuve et du doute raisonnable pour l'intégrité et la solidité d'un verdict et pour l'équité du procès de l'accusé, et compte tenu aussi de l'importance du fait, souligné par le juge Wood à la p. 10, que:

[TRADUCTION] ... l'application à la preuve du droit relatif au fardeau de la preuve dans une affaire criminelle peut créer de grandes difficultés, particulièrement au jury composé de profanes qui s'acquittent de cette tâche pour la première et peut-être la seule fois de leur vie.

les directives du juge du procès doivent être soignées, lucides et scrupuleusement exactes.

Pour déterminer si l'exposé supplémentaire du juge du procès (ou dans certains cas, l'exposé principal) concernant le fardeau de la preuve comporte une erreur donnant lieu à révision, le tribunal doit se demander:

- (i) si la directive contestée n'est pas compatible avec ce qui a été dit dans l'exposé initial ou est simplement erronée en soi; et
- (ii) si, après avoir replacé l'incohérence ou l'erreur dans le contexte de l'exposé dans son ensemble, il y a une possibilité raisonnable que le jury ait été induit en erreur par ces directives au point d'avoir appliqué une norme de preuve inférieure à celle de la preuve hors de tout doute raisonnable ou d'avoir appliqué incorrectement la norme du fardeau de la preuve ou du doute raisonnable pour aboutir au verdict.

J'estime qu'il existe un risque plus grand que le jury puisse être induit en erreur lorsque des directives erronées figurent dans un exposé supplémentaire qui faisait suite à une question du jury concernant la charge de la preuve ou le doute raisonnable.

(iii) *Did the Recharge in this Case Amount to Reversible Error?*

The appellant complains about three portions of the trial judge's recharge to the jury on the meaning and application of reasonable doubt:

- (a) "if you believe that the accused is probably guilty or likely guilty but still have a reasonable doubt, you must give the benefit of that doubt to the accused"

This passage in the recharge is consistent with the main charge wherein the jury was told, albeit more clearly:

If, for example, you conclude that the accused probably committed the offence and no more then you have a reasonable doubt and it is your duty to return a verdict of not guilty. [Emphasis added.]

While it would have been preferable for the trial judge to use the word "even" before the words "if you believe" and to use "therefore" or "thus" instead of "but" in his recharge, I agree with the majority of the British Columbia Court of Appeal that when read in the context of the whole charge, the passage could not have misled the jury into applying a standard of proof less than the required proof beyond a reasonable doubt.

I wish to add that in my opinion instructing a jury that proof beyond a reasonable doubt is not met if the jurors can only conclude that the accused is "probably" or "likely" guilty is quite a useful manner in which to convey the meaning of such an elusive concept.

- (b) "after examining all of the evidence you may be left with a reasonable doubt as to whether the accused is guilty or not guilty"

I am of the view that this passage from the recharge, while technically correct, would have been confusing for the jury, even giving due consideration to Cory J.'s reflection in *W. (D.)*, *supra*,

(iii) *L'exposé supplémentaire en l'espèce comportait-il à une erreur donnant lieu à révision?*

L'appelant se plaint de trois passages de l'exposé supplémentaire du juge du procès au jury sur le sens et l'application du doute raisonnable:

- a) «si vous croyez que l'accusé est probablement ou vraisemblablement coupable, mais que vous avez encore un doute raisonnable, vous devez lui accorder le bénéfice de ce doute»

Ce passage de l'exposé supplémentaire est compatible avec l'exposé principal dans lequel il a été dit au jury, bien que plus clairement:

Si, par exemple, vous concluez que l'accusé a probablement commis l'infraction, sans plus, alors vous avez un doute raisonnable et vous avez le devoir de rendre un verdict de non-culpabilité. [Je souligne.]

Bien qu'il eût été préférable que le juge du procès ait dit «même si vous croyez» plutôt que «si vous croyez», et utilisé «donc» ou «ainsi» au lieu de «mais» dans son exposé supplémentaire, je suis d'accord avec l'opinion majoritaire de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour dire que, lu dans le contexte de l'exposé dans son ensemble, le passage n'aurait pas pu induire le jury en erreur au point de lui faire appliquer une norme de preuve inférieure à la norme de preuve requise hors de tout doute raisonnable.

Je tiens à ajouter que, à mon avis, le fait de dire à un jury que la preuve hors de tout doute raisonnable n'est pas atteinte si les jurés peuvent seulement conclure que l'accusé est «probablement» ou «vraisemblablement» coupable est une façon assez efficace de communiquer le sens d'un concept aussi difficile à saisir.

- b) «après avoir examiné tous les éléments de preuve, il se peut que vous ayez un doute raisonnable quant à savoir si l'accusé est coupable ou non coupable»

J'estime que ce passage de l'exposé supplémentaire, bien que techniquement correct, pouvait être déroutant pour le jury, même si on adhère à cette réflexion du juge Cory dans *W. (D.)*, précité, à la

20

21

22

23

at p. 761, that “[t]oday’s jurors are intelligent and conscientious, anxious to perform their duties as jurors in the best possible manner”. However, this in itself would not be sufficient to order a new trial.

- (c) “if you are unanimous in that doubt you must give the benefit of that doubt to the accused”

24

I find this impugned passage to be much more troubling than the previous ones I have just dealt with. Instructing a jury that they must be unanimous in their doubt before they can acquit is clearly an error. It is inconsistent with this Court’s decision in *R. v. Thatcher*, [1987] 1 S.C.R. 652, which held that while a jury’s verdict had to be unanimous, jurors could arrive at that verdict by taking different routes. This instruction tainted all of the trial judge’s earlier instructions on reasonable doubt.

25

It is my opinion that, coupled with the previous instruction, there is a reasonable possibility that the trial judge’s erroneous instruction may have misled the jury into improperly applying the reasonable doubt standard in arriving at their verdict. Consequently, I would allow the appeal and order a new trial on all five counts of the indictment.

Appeal allowed and new trial ordered.

Solicitors for the appellant: Peck Tammen Bennett, Vancouver.

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

p. 761, selon laquelle «[d]e nos jours, les jurés sont intelligents et consciencieux et ils veulent remplir leur devoir de jurés du mieux qu’ils peuvent». Toutefois, cela ne suffirait pas en soi pour ordonner la tenue d’un nouveau procès.

- c) «si vous êtes unanimes relativement à ce doute, vous devez accorder le bénéfice de ce doute à l’accusé»

Je considère que ce passage contesté est beaucoup plus troublant que les passages traités précédemment. Dire à un jury qu’il doit être unanime dans son doute avant de pouvoir acquitter l’accusé est manifestement une erreur. C’est incompatible avec l’arrêt de notre Cour *R. c. Thatcher*, [1987] 1 R.C.S. 652, qui a conclu que, bien que le verdict d’un jury doive être unanime, les jurés pourraient arriver à ce verdict en empruntant des voies différentes. Cette directive viciait toutes les directives données auparavant par le juge du procès sur le doute raisonnable.

À mon avis, il existe une possibilité raisonnable que cette directive erronée du juge du procès, jointe à la directive précédente, ait induit le jury en erreur au point de lui faire appliquer incorrectement la norme du doute raisonnable pour aboutir au verdict. Je suis donc d’avis d’accueillir le pourvoi et d’ordonner la tenue d’un nouveau procès relativement aux cinq chefs d’accusation.

Pourvoi accueilli, la tenue d’un nouveau procès est ordonnée.

Procureurs de l’appelant: Peck Tammen Bennett, Vancouver.

Procureur de l’intimée: Le ministère du Procureur général, Vancouver.

The Honourable Andrée Ruffo *Appellant*

L'honorable Andrée Ruffo *Appelante*

v.

c.

The Conseil de la magistrature, the Comité d'enquête, the Honourable Huguette St-Louis, the Honourable Roch St-Germain, the Honourable André Bilodeau, the Honourable Pierre Brassard and Paul Laflamme *Respondents*

Le Conseil de la magistrature, le Comité d'enquête, l'honorable Huguette St-Louis, l'honorable Roch St-Germain, l'honorable André Bilodeau, l'honorable Pierre Brassard et M^e Paul Laflamme *Intimés*

and

et

The Honourable Albert Gobeil *Mis en cause*

L'honorable Albert Gobeil *Mis en cause*

and

et

The Attorney General of Quebec *Mis en cause*

Le procureur général du Québec *Mis en cause*

and

et

The Attorney General for Ontario *Intervener*

Le procureur général de l'Ontario *Intervenant*

INDEXED AS: RUFFO v. CONSEIL DE LA MAGISTRATURE

RÉPERTORIÉ: RUFFO c. CONSEIL DE LA MAGISTRATURE

File No.: 23127.

N^o du greffe: 23127.

1995: March 23; 1995: December 14.

1995: 23 mars; 1995: 14 décembre.

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

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Constitutional law — Charter of Rights — Fundamental justice — Independent and impartial tribunal — Institutional impartiality — Conseil de la magistrature — Comité d'enquête — Chief Judge of Court of Québec also chairman of Conseil de la magistrature — Whether Chief Judge's authority to file complaint against judge of Court of Québec with Conseil de la magistrature violates principles of judicial impartiality and independence guaranteed by s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether Chief Judge has influence on members of Conseil de la magistrature and Comité

Droit constitutionnel — Charte des droits — Justice fondamentale — Tribunal indépendant et impartial — Impartialité institutionnelle — Conseil de la magistrature — Comité d'enquête — Juge en chef de la Cour du Québec également président du Conseil de la magistrature — Le pouvoir du juge en chef de déposer une plainte contre un juge de la Cour du Québec devant le Conseil de la magistrature est-il contraire aux principes d'impartialité et d'indépendance judiciaire garantis par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Le juge en chef exerce-t-il sur les membres du Conseil de la magistrature et du comité d'enquête un ascendant susceptible de compromettre leur impartialité? —

d'enquête that might compromise their impartiality — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, ss. 96, 263, 265.

Civil rights — Impartial hearing by independent tribunal — Institutional impartiality — Conseil de la magistrature — Comité d'enquête — Chief Judge of Court of Québec also chairman of Conseil de la magistrature — Whether Chief Judge's authority to file complaint against judge of Court of Québec with Conseil de la magistrature violates principles of judicial impartiality and independence guaranteed by s. 23 of Charter of Human Rights and Freedoms — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, ss. 96, 263, 265.

Administrative law — Bias — Reasonable apprehension of bias — Conseil de la magistrature — Comité d'enquête — Chief Judge of Court of Québec also chairman of Conseil de la magistrature — Chief Judge filing complaint against judge of Court of Québec with Conseil de la magistrature — Vindictive tone in wording of complaint — Proceedings against judge referred to in complaint conducted with diligence — Whether specific circumstances of case might give rise to reasonable apprehension of bias.

Courts — Judges — Judicial ethics — Whether Chief Judge of Court of Québec has authority to file complaint against judge of that court with Conseil de la magistrature — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, ss. 96, 263, 265.

Courts — Judges — Judicial ethics — Duty to act in a reserved manner — Vagueness in constitutional sense — Judicial Code of Ethics, (1982) 114 G.O. II, 1253, s. 8.

The appellant is a judge of the Court of Québec, Youth Division, noted for her many public statements. In 1988, the director general of a social services centre filed a complaint against her with the Conseil de la magistrature (the "Conseil") alleging that she had committed a number of breaches of the *Judicial Code of Ethics*. The Conseil designated one of its members to examine the complaint. After hearing the appellant's and the complainant's versions of the events, he recommended that the Conseil hold an inquiry into the complaint. The Conseil set up a Comité d'enquête. At the conclusion of its inquiry, this Comité concluded that the *Code of Ethics* had been breached and a majority of the members recommended that the Conseil reprimand the appellant. Despite the Conseil's reprimand, the appellant continued her public activities and statements. The Chief Judge of the Court of Québec then laid his own

Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 96, 263, 265.

Libertés publiques — Audition impartiale par un tribunal indépendant — Impartialité institutionnelle — Conseil de la magistrature — Comité d'enquête — Juge en chef de la Cour du Québec également président du Conseil de la magistrature — Le pouvoir du juge en chef de déposer une plainte contre un juge de la Cour du Québec devant le Conseil de la magistrature est-il contraire aux principes d'impartialité et d'indépendance judiciaire garantis par l'art. 23 de la Charte des droits et libertés de la personne? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 96, 263, 265.

Droit administratif — Partialité — Crainte raisonnable de partialité — Conseil de la magistrature — Comité d'enquête — Juge en chef de la Cour du Québec également président du Conseil de la magistrature — Dépôt par le juge en chef d'une plainte contre un juge de la Cour du Québec devant le Conseil de la magistrature — Libellé de la plainte rédigé sur un ton vindicatif — Procédure contre le juge visé par la plainte menée avec diligence — Les circonstances particulières de l'affaire sont-elles susceptibles de soulever une crainte raisonnable de partialité?

Tribunaux — Juges — Déontologie judiciaire — Le juge en chef de la Cour du Québec a-t-il le pouvoir de déposer une plainte contre un juge de cette cour devant le Conseil de la magistrature? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 96, 263, 265.

Tribunaux — Juges — Déontologie judiciaire — Devoir de réserve — Imprécision au sens constitutionnel — Code de déontologie de la magistrature, (1982) 114 G.O. II, 1648, art. 8.

L'appelante est un juge de la Chambre de la jeunesse de la Cour du Québec qui se démarque par ses nombreuses interventions publiques. En 1988, le directeur général d'un centre des services sociaux dépose une plainte contre elle auprès du Conseil de la magistrature (le «Conseil») lui reprochant plusieurs manquements au *Code de déontologie de la magistrature*. Le Conseil confie l'examen de la plainte à l'un de ses membres qui, après avoir entendu les versions respectives de l'appelante et du plaignant, recommande au Conseil d'enquêter sur la plainte. Le Conseil établit un comité d'enquête. Au terme de son enquête, ce comité conclut qu'il y a eu des manquements au *Code de déontologie* et recommande au Conseil, à la majorité, de réprimander l'appelante. En dépit de la réprimande du Conseil, l'appelante poursuit ses activités et ses interventions publiques. Le juge en chef de la Cour du Québec dépose

complaint against the appellant with the Conseil, in which he alleged that the appellant had acted in a manner inconsistent with the *Code of Ethics*, in particular by breaching her duty to act in a reserved manner and uphold the independence of the judiciary. The Conseil itself ruled on the admissibility of this complaint without hearing the parties and set up a Comité d'enquête made up of five members, including three Court of Québec judges. The Chief Judge did not participate in this session, at the conclusion of which the Conseil called the appellant to a subsequent meeting in order to hear her views on whether she should be suspended for the duration of the inquiry. At that meeting the Conseil denied the appellant's request for an adjournment in order to urge preliminary exceptions asking for the dismissal of the complaint and raising the lack of jurisdiction of the Conseil and the Comité over the case, concluding that it did not have to reconsider jurisdictional issues on which it had already ruled at its meeting on the admissibility of the complaint. The appellant then filed a motion in evocation with the Superior Court, in which she argued that the Conseil and Comité members did not have the necessary impartiality to make a fair and equitable decision concerning her. She further argued that ss. 263 and 265 of the *Courts of Justice Act* ("CJA"), if they are to be interpreted as authorizing the Chief Judge of the Court of Québec to lodge a complaint with the Conseil, violate the rights guaranteed by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and s. 23 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*. The Superior Court dismissed the motion. The Court of Appeal affirmed this judgment in a majority decision. Before this Court, the appellant made the same arguments. She also argued that s. 8 of the *Code of Ethics*, which provides that judges of the Court of Québec should act in a reserved manner, violates s. 2(b) of the *Canadian Charter* and is void on the ground of vagueness.

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

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ.: The right to be tried by an independent and impartial tribunal is an integral part of the principles of fundamental justice protected by s. 7 of the *Canadian Charter*, and the constitutional guarantee of an independent and impartial tribunal includes the concept of institutional impartiality. The protection provided by s. 7 is essentially the same as is provided by s. 23 of the *Quebec Charter*. In the present case, ss. 263 and 265 *CJA* do not violate the rights guaranteed by ss. 7 and 23.

alors auprès du Conseil sa propre plainte, dans laquelle il reproche à l'appelante d'adopter des comportements incompatibles avec le *Code de déontologie* et de manquer, notamment, à son devoir de réserve et à son obligation de préserver l'indépendance de la magistrature. Le Conseil statue lui-même sur la recevabilité de cette plainte sans entendre les parties et forme un comité d'enquête composé de cinq membres, dont trois juges de la Cour du Québec. Le juge en chef ne participe pas à cette séance, à l'issue de laquelle le Conseil convoque l'appelante à une rencontre subséquente dans le but de l'entendre sur l'opportunité de la suspendre pendant la durée de l'enquête. Lors de cette rencontre, le Conseil refuse l'ajournement demandé par l'appelante afin de faire valoir des moyens préliminaires soulevant l'irrecevabilité de la plainte de même que l'absence de compétence du Conseil et du comité dans cette affaire, concluant qu'il n'a pas à revenir sur des questions de compétence sur lesquelles il a déjà statué lors de sa réunion portant sur la recevabilité de la plainte. L'appelante dépose alors une requête en évocation devant la Cour supérieure, dans laquelle elle allègue que les membres du Conseil et du comité ne possèdent pas l'impartialité requise pour rendre à son endroit une décision juste et équitable. Elle soumet aussi que les art. 263 et 265 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* («*LTJ*»), s'ils doivent être interprétés comme permettant au juge en chef de la Cour du Québec de porter plainte devant le Conseil, portent atteinte aux droits garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et l'art. 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec. La Cour supérieure rejette la requête. La Cour d'appel à la majorité confirme ce jugement. Devant notre Cour, l'appelante reprend les mêmes arguments. Elle soumet également que l'art. 8 du *Code de déontologie*, qui consacre le devoir de réserve des juges de la Cour du Québec, est contraire à l'al. 2b) de la *Charte canadienne* et que l'art. 8 est nul pour cause d'imprécision.

Arrêt (le juge Sopinka est dissident): Le pourvoi est rejeté.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin et Iacobucci: Le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial fait partie intégrante des principes de justice fondamentale visés à l'art. 7 de la *Charte canadienne*, et la garantie constitutionnelle du tribunal indépendant et impartial inclut le concept de l'impartialité institutionnelle. Les protections offertes par l'art. 7 sont essentiellement les mêmes que celles offertes par l'art. 23 de la *Charte québécoise*. En l'espèce, les art. 263 et 265 *LTJ* ne portent pas atteinte aux droits garantis par les art. 7 et 23.

Sections 263 and 265 *CJA* authorize the Chief Judge of the Court of Québec to lay a complaint with the Conseil against a judge of his court. Under s. 248(a) *CJA* the Chief Judge is the chairman of the Conseil, and ss. 263 and 265 provide that any person may lodge a complaint with the Conseil, including a member of the Conseil, although a member cannot participate in the examination of the complaint in such a case. The key role given to the Chief Judge in ethical matters under s. 96(3) *CJA* is simply the expression of a reality that is consistent with general practice and gradual developments over time. The supervisory powers of chief judges over ethics are inherent in the exercise of their functions. In view of the Chief Judge's preferred position, the power to lay a complaint for a breach of the *Code of Ethics* is therefore an intrinsic part of his responsibility as Chief Judge.

As regards institutional impartiality, it cannot be concluded from an examination of the powers conferred on the Chief Judge of the Court of Québec by the *CJA* that they might compromise the impartiality of members of the Conseil or the Comité d'enquête in dealing with a complaint lodged by the Chief Judge. These powers are largely administrative in nature and as such are not liable to compromise the impartiality of Conseil or Comité members in dealing with a complaint.

The Conseil is responsible for receiving and examining complaints lodged by any person against a judge for failure to comply with the *Code of Ethics* and, if an inquiry is necessary, it establishes a Comité d'enquête for that purpose consisting of five persons chosen from among its members. Under the *Code of Ethics*, these members must perform this function in an impartial manner. When the inquiry is completed, the Comité submits its recommendations to the Conseil. Proceedings before the Comité are not similar to an adversarial trial. The complainant is not a prosecutor on whom the burden of proof lies. Rather, the Comité's inquiry is intended to be the expression of purely investigative functions and, in light of this, the actual conduct of the case is the responsibility not of the parties but of the Comité itself. The complaint is merely what sets the process in motion. It does not initiate litigation, which means that, where the Conseil decides to conduct an inquiry after examining a complaint lodged by one of its members, the Comité does not thereby become both judge and party: its primary role is to search for the truth. The concept of "party" at a Comité hearing does not change the essence of the institution in question. Where the Chief Judge makes use of the disciplinary process by taking the initiative of laying a complaint,

Les articles 263 et 265 *LTJ* permettent au juge en chef de la Cour du Québec de déposer une plainte devant le Conseil contre un juge de sa cour. Le juge en chef est, en vertu de l'al. 248a) *LTJ*, le président du Conseil, et les art. 263 et 265 prévoient que toute personne peut porter plainte devant le Conseil, y compris un membre du Conseil, auquel cas celui-ci doit s'abstenir de participer à l'examen de la plainte. Le rôle de premier ordre confié au juge en chef en matière de déontologie en vertu du par. 96(3) *LTJ* n'est que l'expression d'une réalité conforme à la pratique générale et aux développements graduels de l'histoire. Les pouvoirs de supervision d'un juge en chef à l'égard de la déontologie sont inhérents à l'exercice de ses fonctions. Vu sa position privilégiée, le pouvoir de porter plainte pour manquement au *Code de déontologie* relève donc intrinsèquement de sa responsabilité de juge en chef.

Au chapitre de l'impartialité institutionnelle, un examen des pouvoirs confiés au juge en chef de la Cour du Québec par la *LTJ* ne permet pas de conclure qu'ils sont susceptibles de compromettre l'impartialité des membres du Conseil ou du comité d'enquête dans le traitement d'une plainte déposée par le juge en chef. Ces pouvoirs sont en grande partie de nature administrative et, dès lors, non susceptibles de compromettre l'impartialité des membres du Conseil ou du comité dans le traitement d'une plainte.

C'est au Conseil qu'il incombe de recevoir et d'examiner une plainte portée par toute personne contre un juge pour un manquement au *Code de déontologie* et, si une enquête est nécessaire, il établit à cette fin un comité d'enquête formé de cinq personnes choisies parmi ses membres. Ces membres doivent, en vertu du *Code de déontologie*, remplir cette fonction d'une manière impartiale. À la clôture de l'enquête, le comité soumet ses recommandations au Conseil. Les procédures qui ont cours devant le comité ne tiennent pas de la nature d'un procès contradictoire. Le plaignant n'est pas une partie poursuivante à qui incombe le fardeau de la preuve. L'enquête du comité se veut plutôt l'expression de fonctions purement investigatrices et, dans cette perspective, la véritable conduite de l'affaire n'est pas du ressort des parties mais bien du comité lui-même. La plainte n'est qu'un mécanisme de déclenchement. Vu l'absence de contentieux, si le Conseil décide de faire enquête après l'examen d'une plainte portée par un de ses membres, le comité ne devient pas de ce fait juge et partie: la fonction première du comité est la recherche de la vérité. Le concept de «partie» à l'audition devant le comité ne change pas l'essence de l'institution en cause. Si le juge en chef se prévaut du processus disciplinaire en prenant l'initiative de porter plainte, il n'y a

there is therefore no reason to think that the Conseil and its Comité do not, in the eyes of a reasonable and well-informed observer, have the impartiality required to carry out their duties. The Chief Judge's authority under the *CJA* is essentially administrative and his moral authority, which is naturally associated with his status and functions, is not restrictive and is part of the context in which all judges perform their duties. This moral authority does not in itself affect the capacity of a judge to decide to the best of his or her knowledge and belief and on the basis of the relevant factors. Finally, the existence of a friendly relationship between the Chief Judge and the members of the Conseil and the Comité d'enquête is not liable to compromise their impartiality. Such an assertion has no legal basis and challenges the dignity and professionalism of the judiciary and its Conseil.

With respect to case-by-case impartiality, a reasonable and well-informed observer would not apprehend in this case that the Conseil was unable to make an impartial decision. The main reason for the Chief Judge's complaint was a general concern with the threat that the appellant's overall conduct represented to judicial institutions and the public's respect for them. The fact that the Chief Judge chose to rely on documents from the same "media monitoring services" agency that had already provided documents to support the first complaint laid against the appellant does not indicate any sort of collusion. There is no reason that the same documents could not be used for separate purposes. The appellant's general conduct was not in issue in the context of the first complaint.

As regards the issue of the Conseil's precipitous conduct, its decision to depart from the usual procedure by not appointing an examiner at the initial stage of examining the complaint cannot be seen as evidence of bias. The purpose of appointing an examiner, which is not mandatory, is solely to assess whether there are grounds for an inquiry. In the present case, such an assessment was made possible not only by the extensive information provided by the Chief Judge in support of his complaint, but also by the fact that most of the information submitted to the Conseil was already in the public domain. Moreover, in this case the duty to act fairly did not mean the appellant had to be given the opportunity to express her views during the initial examination of the complaint, despite the possible consequences of the decision to hold an inquiry concerning her. The appointment of an examiner is the first step in a procedure that

donc pas là matière à croire que le Conseil et son comité, aux yeux d'un observateur raisonnable et bien renseigné, ne posséderont pas l'impartialité nécessaire à l'accomplissement de leurs tâches. L'autorité du juge en chef au sens de la *LTJ* est essentiellement administrative et son autorité morale, associée naturellement à son statut et à ses fonctions, n'est pas contraignante et fait partie du cadre dans lequel tout juge exerce ses fonctions. Cette autorité morale ne touche pas en soi la capacité du juge de décider en son âme et conscience et en fonction des facteurs pertinents. Enfin, l'existence de liens familiaux entre le juge en chef et les membres du Conseil et du comité d'enquête n'est pas susceptible de compromettre leur impartialité. Une telle assertion ne repose sur aucun fondement juridique et met en question la dignité et le professionnalisme de la magistrature et de son Conseil.

Au chapitre de l'impartialité au regard des circonstances particulières de l'affaire, un observateur raisonnable et bien renseigné n'était pas susceptible d'éprouver en l'espèce la crainte que le Conseil soit incapable de rendre une décision dénuée de partialité. Le motif principal de la plainte du juge en chef est une appréhension générale de la menace que représente la conduite globale de l'appelante envers les institutions judiciaires et le respect que leur porte le public. Le fait que le juge en chef ait choisi de s'appuyer sur les documents en provenance de la même agence de «services de rétro-information de presse», qui avait déjà fourni des documents pour étayer la première plainte déposée contre l'appelante, n'indique l'existence d'aucune collusion. Rien ne s'oppose à ce que les mêmes documents soient utilisés à des fins distinctes. La conduite générale de l'appelante n'était pas en cause dans le cadre de la première plainte.

Quant à la question de la précipitation du Conseil à agir, sa décision de s'écarter de la procédure habituelle en ne nommant pas d'examineur au stade initial de l'examen de la plainte ne saurait être perçue comme un indice de partialité. La nomination d'un examineur n'est pas obligatoire et vise uniquement à vérifier s'il y a matière à enquête. Or, dans la présente affaire, cette constatation a été possible grâce non seulement à l'importance des renseignements fournis par le juge en chef au soutien de sa plainte, mais également au fait que les informations soumises à l'attention du Conseil étaient déjà pour la plupart du domaine public. De plus, en l'espèce, le devoir d'agir équitablement ne commandait pas d'offrir à l'appelante l'opportunité de faire connaître son point de vue dès l'examen initial de la plainte, et ce, en dépit des conséquences qui pouvaient résulter de la décision de tenir une enquête à son sujet. La nomination

can itself be described as preliminary, since after the formal inquiry the Conseil and the Comité can of their own initiative only reprimand the judge concerned or recommend that removal proceedings be initiated. Finally, the hearing on the suspension of the appellant did not indicate any precipitous conduct that might give rise to a reasonable apprehension of bias on the part of the Conseil members. The Conseil was already aware of certain facts that could *prima facie* have justified a suspension during the proceedings, and the nature of the complaint put directly in issue the appellant's ability to act with the confidence of the parties and to continue to carry out her duties in a manner consistent with public order. By inviting the appellant within the 30-day period provided for by the *CJA* for beginning the inquiry, the Conseil gave itself enough time to make an informed decision on suspension before the inquiry began.

The complaint's tone and language must be assessed on the basis of the specific nature of the complaint, which focuses on an overall situation involving both a judge's conduct and the public's possible perception thereof. Because of the general nature of the duty to act in a reserved manner, it was necessary for the complainant to specify and explain the relevant aspects that he felt might impair the appellant's ability to perform her duties. Although the complaint resembles an indictment because of its categorical tone, the complainant cannot be criticized for setting out facts and conduct that were the matter to be assessed by the Comité d'enquête. The complaint could have been worded more neutrally, but it cannot be said that it made accusations based on supposed intentions. The Chief Judge's concerns related not to illegitimate intentions but to activities and the public's perception of them. There is accordingly no reason to fear that Comité members would be influenced by the language of the complaint or the particular status of its author. The Chief Judge's position carries with it no, or very little, direct authority and his moral authority would be harmful only if it led the decision maker to adopt opinions it did not share. The Comité is for the most part made up of judicial professionals who are bound by an oath and whose functions essentially require them to be able to decide dispassionately between positions that are opposed and fervently defended.

Since the Comité d'enquête has not yet had an opportunity to hear the merits of the case, it appears premature for this Court to rule on the constitutionality of s. 8

d'un examinateur est la première phase d'une procédure que l'on peut elle-même qualifier de préliminaire puisque le Conseil et le comité, au terme de l'enquête formelle, ne peuvent de leur propre chef que formuler une réprimande ou recommander que soient engagées des procédures de destitution. Enfin, l'audition sur la suspension de l'appelante ne dénote pas une précipitation susceptible de soulever quelque crainte raisonnable de partialité de la part des membres du Conseil. Le Conseil était déjà au courant de certains faits qui auraient pu, *prima facie*, donner ouverture à une suspension pendant l'instance, et la nature de la plainte met directement en cause la capacité de l'appelante d'agir avec la confiance des parties et de continuer à exercer sa charge d'une façon conforme à l'ordre public. En convoquant l'appelante dans le délai de 30 jours prescrit par la *LTJ* pour le début de l'enquête, le Conseil s'est donné une marge suffisante pour prendre une décision éclairée relativement à la suspension avant l'ouverture de l'enquête.

Quant au ton et au langage de la plainte, ils doivent s'apprécier en fonction de la nature particulière de la plainte, laquelle s'attache à une situation globale comportant, d'une part, la conduite d'un juge et, d'autre part, la perception que peuvent en dégager les membres du public. Vu la généralité du devoir de réserve, il était nécessaire que le plaignant précise et explique les aspects pertinents qu'il concevait comme susceptibles de porter atteinte à l'aptitude de l'appelante de remplir ses fonctions. Bien qu'en raison du ton catégorique de la plainte, elle dégage l'allure d'un réquisitoire, on ne peut reprocher au plaignant d'avoir exposé des faits et des comportements qui constituaient la matière à soumettre à l'appréciation du comité d'enquête. La plainte aurait pu être rédigée d'une façon plus neutre, mais on ne peut la qualifier de procès d'intention. Les inquiétudes du juge en chef portent non pas sur des intentions non légitimes, mais plutôt sur des activités et sur la perception qui s'en dégage au sein du public. Il n'y a donc pas lieu de craindre que les membres du comité soient influencés par le langage de la plainte ou par le statut particulier de son auteur. La position du juge en chef est caractérisée par une autorité directe absente ou très minime, et son autorité morale ne serait malsaine que si elle faisait adopter des opinions que ne partage pas le décideur. Quant au comité, il est composé, en majeure partie, de professionnels de la justice, liés par un serment et dont les fonctions requièrent essentiellement le pouvoir de trancher sereinement entre des thèses opposées et âprement défendues.

Puisque le comité d'enquête n'a pas encore eu l'occasion d'entendre l'affaire au fond, il apparaît prématuré que la Cour se prononce sur la constitutionnalité de

of the *Code of Ethics*, which establishes the duty of judges appointed under the *CJA* to act in a reserved manner, under s. 2(b) of the Canadian *Charter* in a context in which no evidence has been adduced and no light can be shed on the issue by lower court judgments. There is no reason, however, to find that the duty to act in a reserved manner is void on the ground of vagueness. More precision cannot be required of ethical rules than their subject matter allows. The general nature of the duty to act in a reserved manner as it is worded does not, as far as substance is concerned, mean that an area of risk is not sufficiently delineated or that there is no adequate basis for legal debate.

Per Sopinka J. (dissenting): For the reasons given by Gonthier J., ss. 263 and 265 *CJA* do not violate the principles of judicial impartiality and independence guaranteed by s. 7 of the Canadian *Charter*. It is also premature for the Court to rule at this stage on the constitutionality of s. 8 of the *Code of Ethics*. Although this section is not void for vagueness, it is open to very broad interpretation. Before determining whether it imposes an unreasonable limitation on freedom of expression, it would be preferable to know how it will be interpreted by the Conseil or the Comité d'enquête.

Under the *CJA*, the Conseil receives and deals with complaints made against judges. Although the legislative framework does not violate the principle of judicial independence and in this sense has no inherent bias, the situation is one which approaches the threshold of tolerance. An appearance of bias may result in some circumstances even though the process followed is consistent with the statutory rules. The Chief Judge's power to file a complaint places the Conseil and the Comité d'enquête close to the edge of the fine line that separates impartiality and partiality.

When the Chief Judge's complaint in this case is analysed in a general context, a number of factors, including the tone and language of the complaint, when taken together raise a reasonable apprehension of bias. The chairman of the Conseil for the second complaint was the dissenting member of the Comité d'enquête formed to examine the first complaint, who had recommended that removal proceedings be initiated. A significant part of the Chief Judge's complaint referred to the appellant's disregard of this Comité's decision recommending that she be reprimanded: all the members of the Comité d'enquête set up to hear the second complaint were members of the Conseil which approved this decision. A majority of this new Comité was also made up of judges of the Court of Québec. Although the

l'art. 8 du *Code de déontologie*, qui consacre le devoir de réserve des juges nommés en vertu de la *LTJ*, au regard de l'al. 2b) de la *Charte* canadienne, dans un contexte où aucune preuve n'a été présentée et où il est impossible de bénéficier de l'éclairage des décisions des instances inférieures. Il n'y a pas lieu, toutefois, d'invalider le devoir de réserve pour cause d'imprécision. On ne peut exiger plus de précision à l'endroit de la règle de déontologie que celle à laquelle la matière se prête. La généralité du devoir de réserve dans sa formulation n'empêche pas, quant au fond, la délimitation suffisante d'une sphère de risque et la constitution d'un fondement adéquat pour alimenter un débat judiciaire.

Le juge Sopinka (dissident): Pour les motifs exposés par le juge Gonthier, les art. 263 et 265 *LTJ* ne portent pas atteinte aux principes d'impartialité et d'indépendance judiciaire garantis par l'art. 7 de la *Charte* canadienne. Il est également prématuré pour la Cour de se prononcer à ce stade sur la constitutionnalité de l'art. 8 du *Code de déontologie*. Bien que cet article ne soit pas nul pour cause d'imprécision, il est susceptible d'interprétation très large. Avant de déterminer s'il impose une restriction déraisonnable à la liberté d'expression, il est préférable de connaître l'interprétation que lui donnera le Conseil ou le comité d'enquête.

En vertu de la *LTJ*, le Conseil reçoit et traite des plaintes portées contre des juges. Bien que le cadre législatif ne viole pas le principe de l'indépendance judiciaire et qu'il comporte, dans ce sens, une impartialité inhérente, il s'agit toutefois d'une situation qui frise le seuil de tolérance. Dans certaines circonstances, même si le processus suivi est conforme aux règles législatives, il peut y avoir apparence de partialité. Le pouvoir du juge en chef de porter plainte place le Conseil et le comité d'enquête près de la ligne de démarcation qui sépare la partialité de l'impartialité.

En l'espèce, lorsque la plainte du juge en chef est analysée dans un contexte global, l'accumulation de nombreux éléments, dont le ton et la teneur de la plainte, soulève une crainte raisonnable de partialité. La personne qui préside le Conseil relativement à la deuxième plainte est le membre dissident du comité d'enquête formé pour examiner la première plainte qui avait recommandé des procédures de destitution. Une partie importante de la plainte du juge en chef concerne le mépris exprimé par l'appelante envers la décision de ce comité de recommander une réprimande; or tous les membres du comité d'enquête constitué pour entendre la deuxième plainte sont des membres du Conseil qui a entériné cette décision. Ce nouveau comité est également composé majoritairement de juges de la Cour du

Comité d'enquête agreed to appoint counsel to handle the presentation of evidence against the appellant, this placed the parties in a rather unusual situation where the opponent of the person defending herself against the complaint was the tribunal's counsel. Moreover, the proceedings which followed the filing of the second complaint indicate unwarranted haste. Whether or not the stage of preliminary examination of a complaint is mandatory, the Conseil's decision to bypass it gives the impression that it dealt with the Chief Judge's complaint as evidence and not merely as an allegation. At the hearing to determine whether the appellant should be suspended during the inquiry, the Conseil refused to hear her on such a serious matter as the jurisdiction of the Conseil and Comité on the ground that it had already ruled on this matter *ex parte* and *proprio motu* at the meeting of the Conseil at which it had ruled on the admissibility of the complaint. The 30-day period set out in the *CJA* for beginning the inquiry cannot explain this precipitous conduct, since this period relates simply to the calling of the parties and not the presentation of evidence. Finally, the Chief Judge's complaint is more in the nature of a judgment. It contains both opinions and conclusions expressed with considerable vehemence. The Comité's proceedings are not primarily in the nature of an inquiry, since it may make an official reprimand and may even recommend that removal proceedings be instituted. In short, although the members of the Comité harboured no prejudices against the appellant, when all the circumstances surrounding this matter are considered a well-informed person would have a reasonable apprehension of bias.

Cases Cited

By Gonthier J.

Referred to: *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369; *R. v. Beaugard*, [1986] 2 S.C.R. 56; *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869; *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259; *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796; *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114; *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91; *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623; *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631; *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181; Eur. Court H. R., *Le Compte, Van Leuven and De Meyere* judgment of 23 June 1981, Series A No. 43; Eur. Court H. R., *Albert and Le*

Québec. Bien que le comité d'enquête ait accepté de nommer un procureur chargé de présenter la preuve contre l'appelante, on se retrouve dans une situation insolite où l'adversaire de la personne visée par la plainte est le procureur du tribunal. En outre, les procédures qui ont suivi le dépôt de la deuxième plainte démontrent une précipitation à agir injustifiée. Peu importe que l'étape de l'examen préliminaire d'une plainte soit obligatoire ou non, la décision du Conseil de la contourner donne l'impression qu'il a traité la plainte du juge en chef comme une preuve et non pas comme une simple allégation. Lors de l'audition visant à déterminer si l'appelante devrait être suspendue durant l'enquête, le Conseil a refusé de l'entendre sur une question aussi sérieuse que celle de la compétence du Conseil et du comité parce qu'il s'était déjà prononcé sur cette question *ex parte* et *proprio motu*, lors de la réunion du Conseil au cours de laquelle il a statué sur la recevabilité de la plainte. Le délai de 30 jours prescrit par la *LTJ* pour commencer l'enquête ne peut expliquer cette précipitation à agir puisque ce délai ne vise que la convocation des parties et non la présentation de la preuve. Enfin, la plainte du juge en chef tient plutôt de la nature d'un jugement. Elle contient à la fois des opinions et des conclusions exprimées sans aucune retenue. Les procédures du comité ne tiennent pas principalement de la nature d'une enquête puisqu'il peut formuler une réprimande officielle et même recommander l'engagement de procédures de destitution. En somme, bien que les membres du comité n'aient pas de préjugés à l'endroit de l'appelante, lorsque l'on tient compte de toutes les circonstances de l'affaire, une personne bien renseignée éprouverait en l'espèce une crainte raisonnable de partialité.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêts mentionnés: *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369; *R. c. Beaugard*, [1986] 2 R.C.S. 56; *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869; *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259; *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796; *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114; *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91; *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623; *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631; *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181; Cour eur. D. H., arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* du 23 juin 1981, série A n° 43; Cour eur. D. H.,

Compte judgment of 10 February 1983, Series A No. 58; *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282; *Mackay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086; *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675; *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1989] R.J.Q. 2432 (Sup. Ct.), aff'd (1992), 98 D.L.R. (4th) 202 (Que. C.A.); *R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 S.C.R. 606; *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031.

By Sopinka J. (dissenting)

MacDonald Estate v. Martin, [1990] 3 S.C.R. 1235; *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369.

Statutes and Regulations Cited

An Act to amend the Courts of Justice Act, S.Q. 1945, c. 18, s. 6.
An Act to amend the Courts of Justice Act and other legislation to establish the Court of Québec, S.Q. 1988, c. 21, s. 30.
An Act to amend the Courts of Justice Act and the Code of Civil Procedure and to establish the Conseil de la magistrature, S.Q. 1978, c. 19, s. 6.
An Act to amend the Revised Statutes, 1909, respecting district magistrates, S.Q. 1922, c. 64, s. 1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, preamble, ss. 1, 2(b), 7, 11(d).
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 23 [am. 1982, c. 17, s. 42; am. 1993, c. 30, s. 17].
Code of Civil Procedure, R.S.Q., c. C-25, s. 234 [am. 1992, c. 57, s. 246].
Constitution Act, 1867, preamble.
Courts of Justice Act, R.S.O. 1990, c. C.43 [am. 1994, c. 12, s. 16], ss. 49(2)(b), (21), 51.3, 51.4(1), 51.6(6).
Courts of Justice Act, R.S.Q. 1925, c. 145, ss. 221, 269.
Courts of Justice Act, R.S.Q. 1941, c. 15, ss. 221, 269.
Courts of Justice Act, R.S.Q. 1964, c. 20, ss. 75 [sub. 1978, c. 19, s. 6], 76, 118 [am. 1965, c. 17, s. 2; am. 1974, c. 11, s. 32], 119.
Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16 [am. 1988, c. 21], ss. 86, 89, 90, 92, 93, 95, 96, 100, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 115, 116, 121, 130, 131 [am. 1989, c. 45,

arrêt *Albert et Le Compte* du 10 février 1983, série A n° 58; *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282; *Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086; *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675; *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1989] R.J.Q. 2432 (C.S.), conf. par (1992), 10 Admin. L.R. (2d) 291 (C.A. Qué.); *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606; *Ontario c. Canadien Pacifique Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031.

Citée par le juge Sopinka (dissident)

Succession MacDonald c. Martin, [1990] 3 R.C.S. 1235; *Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, préambule, art. 1, 2b), 7, 11d).
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 23 [mod. 1982, ch. 17, art. 42; mod. 1993, ch. 30, art. 17].
Code de déontologie de la magistrature, (1982) 114 G.O. II, 1648 [R.R.Q., 1981, 1271 (suppl.)], art. 5, 7, 8, 10.
Code de procédure civile, L.R.Q., ch. C-25, art. 234 [mod. 1992, ch. 57, art. 246].
Judges of the Provincial Court Act, R.S.N.S. 1989, ch. 238, art. 15 [mod. 1992, ch. 16, art. 27].
Loi amendant les Statuts refondus de 1909, relativement aux magistrats de district, S.Q. 1922, ch. 64, art. 1.
Loi constitutionnelle de 1867, préambule.
Loi des tribunaux judiciaires, S.R.Q. 1925, ch. 145, art. 221, 269.
Loi des tribunaux judiciaires, S.R.Q. 1941, ch. 15, art. 221, 269.
Loi des tribunaux judiciaires, S.R.Q. 1964, ch. 20, art. 75 [rempl. 1978, ch. 19, art. 6], 76, 118 [mod. 1965, ch. 17, art. 2; mod. 1974, ch. 11, art. 32], 119.
Loi modifiant la Loi des tribunaux judiciaires et le Code de procédure civile et instituant le Conseil de la magistrature, L.Q. 1978, ch. 19, art. 6.
Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives en vue d'instituer la Cour du Québec, L.Q. 1988, ch. 21, art. 30.

- s. 5], 132, 134, 248, 256, 262, 263, 265, 266, 267, 268, 269, 271, 272, 273, 275, 276, 277, 279 [am. 1988, c. 74, s. 9], 281.
- Courts of Justice Act*, R.S.Q. 1977, c. T-16, ss. 85, 127, 133.
- Judges of the Provincial Court Act*, R.S.N.S. 1989, c. 238, s. 15 [am. 1992, c. 16, s. 27].
- Judicial Code of Ethics*, (1982) 114 G.O. II, 1253 [R.R.Q., 1981, 1271 (Supp.)], ss. 5, 7, 8, 10.
- Provincial Court Act, 1978*, S.S. 1978, c. 42, s. 17 [am. 1983, c. 11, s. 66(8)].
- Provincial Court Act, 1991*, S.N. 1991, c. 15, ss. 8, 16(3).
- Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1979, c. 341, ss. 6.1 [ad. 1981, c. 26, s. 4; am. 1989, c. 30, s. 41], 15(4) [rep. & sub. 1981, c. 26, s. 12; am. 1989, c. 30, s. 41], (5) [rep. & sub. 1981, c. 26, s. 12], 18(4) [idem].
- Provincial Court Act*, R.S.M. 1987, c. C275, ss. 8.1 [ad. 1989-90, c. 34, s. 4; am. 1994, c. 14, s. 4], 32(9) [en. 1994, c. 14, s. 6], 36(1) [idem], 37(13) [idem].
- Provincial Court Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-21 [am. 1987, c. 45, s. 8], ss. 6.6(3), 6.8(1), 6.9(1)(b), 6.10(4).
- Provincial Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. P-25, s. 10(1) [rep. & sub. 1995, c. 32, s. 10(b)].
- Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, c. P-20.1, s. 9. R.S.Q. 1909, ss. 3263, 3291a [en. 1922, c. 64, s. 1], 3292 [sub. idem].
- Territorial Court Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. T-2, s. 5(4).
- Territorial Court Act*, R.S.Y. 1986, c. 169, s. 20.
- Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires*, S.Q. 1945, ch. 18, art. 6.
- Loi sur la Cour provinciale*, L.R.M. 1987, ch. C275, art. 8.1 [aj. 1989-90, ch. 34, art. 4; mod. 1994, ch. 14, art. 4], 32(9) [ad. 1994, ch. 14, art. 6], 36(1) [idem], 37(13) [idem].
- Loi sur la Cour provinciale*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21 [mod. 1987, ch. 45, art. 8], art. 6.6(3), 6.8(1), 6.9(1)(b), 6.10(4).
- Loi sur la Cour territoriale*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. T-2, art. 5(4).
- Loi sur la Cour territoriale*, L.R.Y. 1986, ch. 169, art. 20.
- Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43 [mod. 1994, ch. 12, art. 16], art. 49(2)(b), (21), 51.3, 51.4(1), 51.6(6).
- Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16 [mod. 1988, ch. 21], art. 86, 89, 90, 92, 93, 95, 96, 100, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 115, 116, 121, 130, 131 [mod. 1989, ch. 45, art. 5], 132, 134, 248, 256, 262, 263, 265, 266, 267, 268, 269, 271, 272, 273, 275, 276, 277, 279 [mod. 1988, ch. 74, art. 9], 281.
- Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q. 1977, ch. T-16, art. 85, 127, 133.
- Provincial Court Act, 1978*, S.S. 1978, ch. 42, art. 17 [mod. 1983, ch. 11, art. 66(8)].
- Provincial Court Act, 1991*, S.N. 1991, ch. 15, art. 8, 16(3).
- Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 341, art. 6.1 [aj. 1981, ch. 26, art. 4; mod. 1989, ch. 30, art. 41], 15(4) [abr. & rempl. 1981, ch. 26, art. 12; mod. 1989, ch. 30, art. 41], (5) [abr. & rempl. 1981, ch. 26, art. 12], 18(4) [idem].
- Provincial Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25, art. 10(1) [abr. & rempl. 1995, ch. 32, art. 10(b)].
- Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, ch. P-20.1, art. 9.
- S.R.Q. 1909, art. 3263, 3291a [ad. 1922, ch. 64, art. 1], 3292 [rempl. idem].

Authors Cited

- American Bar Association. "Model Rules for Judicial Disciplinary Enforcement", August 1994.
- Canadian Institute for the Administration of Justice. International Centre for Criminology, Université de Montréal. *Compendium of Information on the Status and Role of the Chief Justice in Canada*, 1981.
- Canadian Judicial Council. *Commentaries on Judicial Conduct*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.

Doctrine citée

- American Bar Association. «Model Rules for Judicial Disciplinary Enforcement», August 1994.
- Conseil canadien de la magistrature. *Propos sur la conduite des juges*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.
- Déclaration universelle sur l'indépendance de la justice*, adoptée à la Première conférence mondiale sur l'indépendance de la justice, Montréal, 10 juin 1983. Dans Shimon Shetreet et Jules Deschênes, dir., *Judi-*

- Dion, Léon. "Plus de démocratie pour les juges" (1981), 41 *R. du B.* 199.
- Felsky, Martin. "The Berger Affair and the Independence of the Judiciary" (1984), 42(1) *U.T. Fac. L. Rev.* 118.
- Geyh, Charles Gardner. "Means Of Judicial Discipline Other Than Those Prescribed By The Judicial Discipline Statute, 28 U.S.C. Section 372(c)". In *Research Papers of the National Commission on Judicial Discipline and Removal*, vol. 1. Washington: U.S.G.P.O., 1993, 713.
- Glenn, H. Patrick. "La responsabilité des juges" (1983), 28 *McGill L.J.* 228.
- Glenn, H. Patrick. "Professional Structures and Professional Ethics" (1990), 35 *McGill L.J.* 424.
- Lambert, Pierre. "Les droits relatifs à l'administration de la justice disciplinaire dans la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme", (1995) *Rev. trim. dr. h.* 161.
- Lubet, Steven. *Beyond Reproach: Ethical Restrictions on the Extrajudicial Activities of State and Federal Judges*. Chicago: American Judicature Society, 1984.
- MacKay, A. Wayne. "Judicial Free Speech and Accountability: Should Judges Be Seen but Not Heard?" (1993), 3 *N.J.C.L.* 159.
- McCormick, Peter. "Judicial Councils for Provincial Judges in Canada" (1986), 6 *Windsor Y.B. Access Just.* 160.
- Ouellette, Yves. "L'imprécision des codes de déontologie professionnelle" (1977), 37 *R. du B.* 669.
- Pelland, Léo. "Aperçu historique de notre organisation judiciaire depuis 1760" (1933-1934), 12 *R. du D.* 14.
- Thomas, James Burrows. *Judicial Ethics in Australia*. North Ryde, N.S.W.: Law Book Co., 1988.
- United Nations. *Basic Principles on the Independence of the Judiciary*. Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held in Milan in 1985. New York: United Nations Department of Public Information, 1988.
- Universal Declaration on the Independence of Justice*, adopted at the First World Conference on the Independence of Justice, Montreal, June 10, 1983. In Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
- Webber, Jeremy. "The Limits to Judges' Free Speech: A Comment on the Report of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr. Justice Berger" (1984), 29 *McGill L.J.* 369.
- cial Independence: The Contemporary Debate*. Dordrecht, Pays-Bas: Martinus Nijhoff Publishers, 1985.
- Dion, Léon. «Plus de démocratie pour les juges» (1981), 41 *R. du B.* 199.
- Felsky, Martin. «The Berger Affair and the Independence of the Judiciary» (1984), 42(1) *U.T. Fac. L. Rev.* 118.
- Geyh, Charles Gardner. «Means Of Judicial Discipline Other Than Those Prescribed By The Judicial Discipline Statute, 28 U.S.C. Section 372(c)». In *Research Papers on the National Commission on Judicial Discipline and Removal*, vol. 1. Washington: U.S.G.P.O., 1993, 713.
- Glenn, H. Patrick. «La responsabilité des juges» (1983), 28 *R.D. McGill* 228.
- Glenn, H. Patrick. «Professional Structures and Professional Ethics» (1990), 35 *R.D. McGill* 424.
- Institut canadien d'administration de la justice. Centre international de criminologie, Université de Montréal. *Recueil d'information sur le statut et le rôle du juge en chef au Canada*, 1981.
- Lambert, Pierre. «Les droits relatifs à l'administration de la justice disciplinaire dans la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme», (1995) *Rev. trim. dr. h.* 161.
- Lubet, Steven. *Beyond Reproach: Ethical Restrictions on the Extrajudicial Activities of State and Federal Judges*. Chicago: American Judicature Society, 1984.
- MacKay, A. Wayne. «Judicial Free Speech and Accountability: Should Judges Be Seen but Not Heard?» (1993), 3 *N.J.C.L.* 159.
- McCormick, Peter. «Judicial Councils for Provincial Judges in Canada» (1986), 6 *Windsor Y.B. Access Just.* 160.
- Nations Unies. *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature*. Septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants tenu à Milan en 1985. New York: Département de l'information de l'Organisation des Nations Unies, 1988.
- Ouellette, Yves. «L'imprécision des codes de déontologie professionnelle» (1977), 37 *R. du B.* 669.
- Pelland, Léo. «Aperçu historique de notre organisation judiciaire depuis 1760» (1933-1934), 12 *R. du D.* 14.
- Thomas, James Burrows. *Judicial Ethics in Australia*. North Ryde, N.S.W.: Law Book Co., 1988.
- Webber, Jeremy. «The Limits to Judges' Free Speech: A Comment on the Report of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr. Justice Berger» (1984), 29 *R.D. McGill* 369.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1992] R.J.Q. 1796, 98 D.L.R. (4th) 176, 48 Q.A.C. 209, 10 Admin. L.R. (2d) 296, affirming a judgment of the Superior Court, [1991] R.J.Q. 2206, dismissing the appellant's motion in evocation. Appeal dismissed, Sopinka J. dissenting.

Michel Robert, Q.C., and David Platts, for the appellant.

Pierre J. Dalphond and Carole Tremblay, for the respondents.

François Aquin, for the mis en cause the Honourable Albert Gobeil.

Jean-Yves Bernard and Marise Visocchi, for the mis en cause the Attorney General of Quebec.

Peter Landmann, for the intervener.

English version of the judgment of La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory, McLachlin and Iacobucci JJ. delivered by

1

GONTHIER J. — This appeal calls for an examination of the disciplinary procedure for provincially appointed judges instituted by the *Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16 (“CJA”). Two main issues are before this Court: (1) What is the constitutional validity of ss. 263 and 265 CJA in light of the principles of judicial impartiality and independence? (2) Is s. 8 of the *Judicial Code of Ethics*, O.C. 643-82, (1982) 114 G.O. II, 1253 (the “Code of Ethics”), which provides that judges should act in a reserved manner, void on the ground of vagueness?

I — Facts

2

The appellant is a judge of the Court of Québec, Youth Division. For a number of years now, Judge Ruffo has been noted for her many public statements and her active involvement on all fronts in ensuring that children have adequate resources.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1992] R.J.Q. 1796, 98 D.L.R. (4th) 176, 48 Q.A.C. 209, 10 Admin. L.R. (2d) 296, qui a confirmé un jugement de la Cour supérieure, [1991] R.J.Q. 2206, qui avait rejeté la requête en évocation présentée par l'appelante. Pourvoi rejeté, le juge Sopinka est dissident.

Michel Robert, c.r., et David Platts, pour l'appelante.

Pierre J. Dalphond et Carole Tremblay, pour les intimés.

François Aquin, pour le mis en cause l'honorable Albert Gobeil.

Jean-Yves Bernard et Marise Visocchi, pour le mis en cause le procureur général du Québec.

Peter Landmann, pour l'intervenant.

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

LE JUGE GONTHIER — Le présent pourvoi commande un examen de la procédure disciplinaire réservée aux juges de nomination provinciale et mise en place par la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16 («LTJ»). Deux questions principales se posent devant notre Cour: (1) Quelle est la validité constitutionnelle des art. 263 et 265 LTJ au regard des principes d'impartialité et d'indépendance judiciaire? (2) L'article 8 du *Code de déontologie de la magistrature*, décret 643-82, (1982) 114 G.O. II, 1648 (le «Code de déontologie»), consacrant le devoir de réserve des juges, est-il nul pour cause d'imprécision?

I — Les faits

L'appelante est juge à la Cour du Québec, Chambre de la jeunesse. Depuis plusieurs années déjà, Madame le juge Ruffo se démarque par ses interventions publiques nombreuses et son implication active à tous égards pour que des ressources adéquates soient prodiguées aux enfants. Elle fait montre, en effet, d'un dévouement sans borne pour

She displays unlimited devotion to a cause that everyone agrees is eminently worthy.

Strictly speaking, the appeal under consideration relates only to a complaint about Judge Ruffo filed with the Conseil de la magistrature (the "Conseil") on October 5, 1990 by the Honourable Albert Gobeil, Chief Judge of the Court of Québec and chairman of the Conseil *ex officio*. A brief outline of the events preceding and following this complaint is nevertheless necessary to understand the entire debate properly.

On June 28, 1988, the director general of the Centre des services sociaux Laurentides-Lanaudière ("CSSLL"), Miville Lapointe, filed an initial complaint against the appellant with the Conseil alleging that she had committed a number of breaches of the *Code of Ethics*. At the same time, Robert Dupont, the CSSLL's director of youth protection, served on the appellant a motion for general recusation with respect to all the cases in which he was involved. Given this state of affairs, the appellant and Chief Judge Gobeil met on July 4, 1988 and agreed that she would not sit until the complaint had been dealt with.

On July 11, 1988, the Conseil designated Judge André Desjardins to examine the complaint. He heard the appellant's and the complainant's versions of the events and, in a report submitted to the Conseil a month later, recommended that an inquiry be held into certain aspects of the complaint. On August 11, 1988, the Conseil set up a Comité d'enquête (the "Comité") composed of five persons chosen from among its members to conduct an inquiry into ten of the fifty-eight breaches alleged against the appellant by Mr. Lapointe.

On December 20, 1988, the first day of the inquiry, the appellant made preliminary objections concerning the jurisdiction and composition of the Conseil and the Comité as well as the procedure followed in examining the complaint. These objections were dismissed on January 30, 1989. A motion in evocation was made respecting the Comité's decision to Philippon J. of the Superior

une cause dont le caractère éminemment louable rallie l'unanimité.

Au sens strict, le pourvoi sous étude ne porte que sur une plainte déposée à son endroit le 5 octobre 1990 devant le Conseil de la magistrature (le «Conseil»), par le juge en chef de la Cour du Québec et président d'office du Conseil, l'honorable Albert Gobeil. Une chronologie serrée des événements antérieurs et postérieurs à cette démarche s'avère néanmoins nécessaire afin de bien cerner l'ensemble du débat.

Le 28 juin 1988, le directeur général du Centre des services sociaux Laurentides-Lanaudière («CSSLL»), M. Miville Lapointe, dépose une première plainte auprès du Conseil à l'endroit de l'appelante, lui reprochant plusieurs manquements au *Code de déontologie*. Parallèlement, M. Robert Dupont, directeur de la protection de la jeunesse du CSSLL, signifie à l'appelante une requête en récusation générale à l'égard de tous les dossiers dans lesquels il est impliqué. Devant cet état de choses, au terme d'une rencontre tenue le 4 juillet 1988, l'appelante et le juge en chef Gobeil conviennent que celle-ci s'abstiendra de siéger jusqu'à ce qu'il soit disposé de la plainte.

Le 11 juillet 1988, le Conseil confie l'examen de la plainte au juge André Desjardins, lequel entend les versions respectives de l'appelante et du plaignant. Dans un rapport remis au Conseil un mois plus tard, le juge Desjardins recommande que certains éléments de la plainte fassent l'objet d'une enquête. Le 11 août 1988, le Conseil établit un comité d'enquête (le «Comité») formé de cinq personnes choisies parmi ses membres, pour que soit menée une enquête sur dix des cinquante-huit manquements reprochés à l'appelante par M. Lapointe.

Le 20 décembre 1988, première journée d'enquête, l'appelante présente des objections préliminaires relatives à la juridiction et à la composition du Conseil et du Comité, de même qu'à la procédure suivie au stade de l'examen de la plainte. Ces objections sont rejetées le 30 janvier 1989. La décision du Comité fait l'objet d'une requête en évocation devant le juge Philippon de la Cour

3

4

5

6

Court, who on August 14, 1989 dismissed all the grounds raised by the appellant: [1989] R.J.Q. 2432. The appellant appealed this judgment, although she did not ask the Quebec Court of Appeal for a stay order. In the meantime, in a long letter dated March 21, 1989, Chief Judge Gobeil asked the appellant to make no further public statements and, in particular, to refrain from making any comments about the Youth Division's mandate, her conception of her role as a judge of that court and the situation with respect to resources available for children. This request by the Chief Judge did not deter Judge Ruffo, who said she was determined to continue her activities.

7 At the conclusion of its inquiry, the Comité concluded in a report submitted to the Conseil on September 19, 1990 that four of the breaches alleged by Mr. Lapointe had occurred. Three of the four Comité members who heard the case felt that a reprimand was a sufficient sanction in the circumstances. In a minority report, the Honourable Yvon Mercier, Senior Associate Chief Judge of the Court of Québec and the chairman of the Comité, stated that the appellant's conduct required that removal proceedings be instituted against her. That same day, the Conseil accordingly reprimanded the appellant in keeping with the Comité's recommendation. The appellant spoke out publicly as soon as the Comité's report was submitted, commented at length on the results and indicated that she fully intended to continue behaving in the same manner despite being reprimanded.

8 It was in this context that Chief Judge Gobeil laid his own complaint against the appellant with the Conseil on October 5, 1990. It is a highly detailed document, supported by numerous exhibits, in which the Chief Judge alleges that the appellant acted in a manner inconsistent with the *Code of Ethics*, in particular by breaching her duty to act in a reserved manner and uphold the independence of the judiciary.

9 On October 17, 1990 the Conseil ruled on the admissibility of the complaint and set up a Comité

supérieure qui, le 14 août 1989, rejette la totalité des moyens soulevés par l'appelante: [1989] R.J.Q. 2432. Celle-ci se pourvoit en appel de ce jugement sans toutefois requérir de la Cour d'appel du Québec un ordre de surseoir. Entre temps, dans une longue lettre datée du 21 mars 1989, le juge en chef Gobeil demande à l'appelante de mettre un terme à ses interventions publiques et, notamment, de s'abstenir de tout commentaire relatif au mandat de la Chambre de la jeunesse, à la conception qu'elle entretient de son rôle de juge auprès de ce tribunal et à l'état des ressources disponibles pour les enfants. Cette requête du juge en chef ne gêne aucunement le juge Ruffo qui se dit déterminée à poursuivre ses activités.

Au terme de son enquête, dans un rapport déposé auprès du Conseil le 19 septembre 1990, le Comité conclut que quatre des manquements formulés par M. Lapointe sont fondés. Trois des quatre membres du Comité ayant entendu l'affaire considèrent que la réprimande est une sanction suffisante dans les circonstances. Dans un rapport minoritaire, l'honorable Yvon Mercier, juge en chef associé de la Cour du Québec et président du Comité, estime pour sa part que la conduite de l'appelante commande que soient engagées des procédures de destitution à son égard. Ce même jour, en conséquence, suivant la recommandation du Comité, le Conseil réprimande l'appelante. Celle-ci intervient publiquement dès le dépôt du rapport du Comité, en commente abondamment les résultats et manifeste son intention ferme de maintenir une conduite similaire en dépit de la réprimande dont elle est l'objet.

C'est dans ce contexte que l'honorable Albert Gobeil dépose auprès du Conseil sa propre plainte à l'endroit de l'appelante le 5 octobre 1990. Il s'agit d'un document fort détaillé, appuyé de nombreuses pièces, dans le cadre duquel le juge en chef reproche à l'appelante d'adopter des comportements incompatibles avec le *Code de déontologie* et de manquer, notamment, à son devoir de réserve et à son obligation de préserver l'indépendance de la magistrature.

Le Conseil statue sur la recevabilité de la plainte le 17 octobre 1990 et constitue un comité d'en-

d'enquête made up of the respondents herein. Chief Judge Gobeil did not participate in this session. It should be noted that on this occasion the Conseil chose not to designate one of its members to receive and examine the complaint and that neither the appellant nor the complainant was heard at this stage, unlike the procedure followed when Mr. Lapointe's complaint was laid. After this session, the Conseil called the appellant to a subsequent meeting in order to hear her views on whether she should be suspended for the duration of the inquiry, pursuant to s. 276 *CJA*.

The appellant and her counsel appeared before the Conseil on October 25, 1990 and requested an adjournment in order to urge preliminary exceptions asking for the dismissal of the complaint and raising the lack of jurisdiction of the Conseil and the Comité over the case. The same day, the Conseil concluded that it did not have to reconsider jurisdictional issues on which it had already ruled and offered counsel for the appellant a brief adjournment, stating that he would be heard only on the suspension during the inquiry issue. On October 29, 1990, the appellant filed a motion in evocation with the Superior Court in respect of the Comité's decision and also requested a stay order, which was granted on November 1, 1990 by Madam Justice Hélène LeBel: J.E. 91-31. The motion in evocation was dismissed on June 18, 1991 by Mr. Justice Luc Parent: [1991] R.J.Q. 2206. The appellant appealed that judgment and, on September 10, 1991, Beaugard J.A. of the Court of Appeal ordered the respondents to suspend all proceedings relating to the October 5, 1990 complaint filed by the Chief Judge: [1992] R.D.J. 168.

In the meantime, in a letter to Chief Judge Gobeil on November 2, 1990, the appellant stated that she was available to sit again in accordance with her appointment order. Chief Judge Gobeil therefore took the necessary steps for Judge Ruffo to be reassigned to a regular roll as quickly as possible. It was agreed that she could begin sitting as of November 19, 1990. Following this decision, the CSSLL's director of youth protection, Robert

quête composé des intimés en la présente. Le juge en chef Gobeil ne participe pas à cette séance. Il est à noter que cette fois le Conseil choisit de ne pas confier la réception et l'examen de la plainte à l'un de ses membres et que ni l'appelante, ni le plaignant, ne sont entendus à cette étape, contrairement à la procédure qui avait été suivie lors du dépôt de la plainte formulée par M. Lapointe. Aux termes de cette séance, le Conseil convoque également l'appelante à une rencontre subséquente dans le but de l'entendre sur l'opportunité de la suspendre pendant la durée de l'enquête, conformément aux dispositions de l'art. 276 *LTJ*.

L'appelante et son procureur se présentent devant le Conseil le 25 octobre 1990 et demandent un ajournement afin de faire valoir des moyens préliminaires soulevant l'irrecevabilité de la plainte de même que l'absence de compétence du Conseil et du Comité dans cette affaire. Ce même jour, le Conseil conclut qu'il n'a pas à revenir sur des questions de compétence sur lesquelles il a déjà statué et offre au procureur de l'appelante un bref ajournement, en précisant que ce dernier ne sera entendu que sur la question de la suspension pendant l'enquête. Le 29 octobre 1990, l'appelante dépose en Cour supérieure une requête en évocation de la décision du Comité et requiert également la délivrance d'une ordonnance de sursis, laquelle est accordée le 1^{er} novembre 1990 par le juge Hélène LeBel: J.E. 91-31. La requête en évocation est rejetée le 18 juin 1991 par le juge Luc Parent: [1991] R.J.Q. 2206. L'appelante interjette appel de ce jugement et, le 10 septembre 1991, obtient du juge Beaugard de la Cour d'appel que soit ordonné aux intimés de surseoir à toute procédure afférente à la plainte du 5 octobre 1990 déposée par le juge en chef: [1992] R.D.J. 168.

Dans l'intervalle, par lettre adressée au juge en chef Gobeil le 2 novembre 1990, l'appelante indique sa disponibilité pour siéger à nouveau conformément à son décret de nomination. Ce dernier veille alors à prendre les mesures nécessaires pour que le juge Ruffo soit réassignée à un rôle régulier dans les meilleurs délais. Il est entendu que celle-ci puisse recommencer à siéger à compter du 19 novembre 1990. Suite à cette décision, le directeur

Dupont, discontinued the motion for general recusal he had filed on June 28, 1988, but nonetheless challenged the appellant's assignment by filing a motion for a suspension order on November 14, 1990. This motion was dismissed on November 21, 1990 by Madam Justice Danielle Grenier, and the appellant was therefore able to begin sitting again within the next few days.

de la protection de la jeunesse du CSSLL, M. Robert Dupont, se désiste de la requête en récusation générale qu'il avait déposée le 28 juin 1988 mais conteste néanmoins l'assignation de l'appelante par le dépôt, le 14 novembre 1990, d'une requête pour la délivrance d'une ordonnance de suspension. Cette requête est rejetée le 21 novembre 1990 par le juge Danielle Grenier et l'appelante peut, en conséquence, recommencer à siéger dans les jours suivants.

12 In 1991, therefore, pursuant to separate proceedings conducted at the same time, two cases were before the Quebec Court of Appeal concerning the same matter: an appeal from Philippon J.'s decision on the preliminary objections made before the inquiry on Mr. Lapointe's complaint was held and an appeal from the judgment of Parent J., who ruled, *inter alia*, on the constitutional issues now before this Court. On November 27, 1991 it was ordered that the two appeals be heard together. On June 16, 1992 they were dismissed: (1992), 10 Admin. L.R. (2d) 291, 98 D.L.R. (4th) 202; and [1992] R.J.Q. 1796, 10 Admin. L.R. (2d) 296, 98 D.L.R. (4th) 176, 48 Q.A.C. 209. On September 8, 1992 in this Court, my colleague McLachlin J. ordered a stay of all proceedings related to the October 5, 1990 complaint filed by Chief Judge Gobeil. On February 4, 1993 leave to appeal from the two Court of Appeal judgments was granted by this Court: [1993] 1 S.C.R. ix. However, the appellant has discontinued her appeal in the case initially heard by Philippon J. of the Superior Court: [1995] 1 S.C.R. x. Accordingly, only one clearly defined aspect of the matter is now before this Court: as mentioned earlier, these are the issues raised by the filing of the complaint against Judge Ruffo by Chief Judge Albert Gobeil.

En 1991, suite au cheminement parallèle de procédures distinctes, la Cour d'appel du Québec se trouve donc saisie de deux dossiers propres à cette même affaire: l'un est un appel de la décision du juge Philippon, portant sur des objections préliminaires présentées avant que ne soit tenue l'enquête sur la plainte formulée par M. Lapointe; l'autre est un appel du jugement rendu par le juge Parent, où il est statué, entre autres, sur les questions constitutionnelles dont notre Cour est maintenant saisie. Par ordonnance du 27 novembre 1991, l'audition des deux appels est jointe. Ceux-ci sont rejetés le 16 juin 1992: (1992), 10 Admin. L.R. (2d) 291, 98 D.L.R. (4th) 202; et [1992] R.J.Q. 1796, 10 Admin. L.R. (2d) 296, 98 D.L.R. (4th) 176, 48 Q.A.C. 209. Devant notre Cour, le 8 septembre 1992, ma collègue le juge McLachlin ordonne de surseoir à toute procédure afférente à la plainte du 5 octobre 1990 déposée par le juge en chef Gobeil. Le 4 février 1993, permission d'en appeler des deux jugements de la Cour d'appel est accordée par notre Cour: [1993] 1 R.C.S. ix. L'appelante se désiste néanmoins de son appel dans l'affaire initialement entendue par le juge Philippon de la Cour supérieure: [1995] 1 R.C.S. x. En conséquence, seul un aspect bien circonscrit de ce débat se trouve devant notre Cour: comme il a été mentionné plus haut, il s'agit des questions soulevées par le dépôt de la plainte à l'endroit du juge Ruffo par le juge en chef Albert Gobeil.

II — Judgments Below

Superior Court, [1991] R.J.Q. 2206

II — Les décisions des instances dont appel

Cour supérieure, [1991] R.J.Q. 2206

13 Before Parent J., the appellant argued that the Conseil and Comité members did not have the necessary impartiality to make a fair and equitable

Devant le juge Parent, l'appelante prétend que les membres du Conseil et du Comité ne possèdent pas l'impartialité requise pour rendre à son endroit

decision concerning her. She based her allegations of bias on a set of circumstances that she divided into four categories: (1) institutional structures; (2) the participation of the complainant, the Honourable Albert Gobeil, and Senior Associate Chief Judge Mercier in the first complaint laid against the appellant in 1988 by Miville Lapointe; (3) the session held by the Conseil on October 17, 1990; and (4) the Conseil's precipitous conduct and its intention to suspend the appellant pursuant to s. 276 *CJA*. She further argued that ss. 263 and 265 *CJA*, if they are to be interpreted as authorizing the Chief Judge of the Court of Québec to lodge a complaint with the Conseil, violate the rights guaranteed by ss. 7 and 11(d) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "*Canadian Charter*") and s. 23 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12 (the "*Quebec Charter*"). Parent J. dealt with each of these arguments in turn.

He began by interpreting ss. 96, 263 and 265 *CJA* together. He found that there was no doubt that the Chief Judge of the Court of Québec has the power to lodge a complaint with the Conseil against a judge of that court. He stated the following at p. 2213:

[TRANSLATION] Since s. 96(3) C.J.A. expressly gives the Chief Judge the duty "to ensure that the judicial code of ethics is observed", it would seem contrary to the scheme of that statute for the Chief Judge to be the only person incapable of initiating the disciplinary process that is designed precisely to ensure such observance.

Likewise, Parent J. saw no justification for the appellant's argument that a reasonable apprehension of bias resulted from the relationship of institutional dependence between the complainant and the respondents. He stated that the appellant could not in this respect rely on the fact that the complainant is chairman of the Conseil *ex officio*, since s. 265 *CJA* provides that a member of the Conseil who lodges a complaint cannot participate in its examination. As for the argument that the complainant would testify at the inquiry in the capacity of prosecutor, Parent J. was of the view that although the statute refers to the complainant as a "party", the Comité's inquiry is nevertheless very

une décision qui soit juste et équitable. Elle fonde ses allégations de partialité sur une série de circonstances, qu'elle répartit sous quatre chefs: (1) les structures institutionnelles; (2) la participation du plaignant, l'honorable Albert Gobeil, et du juge en chef associé Mercier à la première plainte portée contre l'appelante, en 1988, par M. Miville Lapointe; (3) la séance tenue par le Conseil le 17 octobre 1990 et (4) la précipitation à agir du Conseil de même que son intention de suspendre l'appelante en vertu de l'art. 276 *LTJ*. Elle soumet aussi que les art. 263 et 265 *LTJ*, s'ils doivent être interprétés comme permettant au juge en chef de la Cour du Québec de porter plainte devant le Conseil, portent atteinte aux droits garantis par l'art. 7 et l'al. 11d) de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la «*Charte canadienne*») et par l'art. 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12 (la «*Charte québécoise*»). Le juge Parent dispose de ces moyens dans l'ordre.

Celui-ci procède d'abord à l'interprétation conjugée des art. 96, 263 et 265 *LTJ* et conclut qu'il ne subsiste aucun doute sur le pouvoir du juge en chef de la Cour du Québec de porter plainte contre un juge de cette cour devant le Conseil. Il tient les propos suivants à la p. 2213:

Le juge en chef étant expressément chargé «de veiller au respect de la déontologie judiciaire» en vertu du paragraphe 3 de l'article 96 L.T.J., il semblerait contraire à l'économie de cette loi qu'il soit le seul à ne pouvoir mettre en marche le processus disciplinaire ayant précisément pour objet d'assurer ce respect.

Dans un même ordre d'idées, le juge Parent estime dénué de fondement l'argument de l'appelante qui veut qu'une crainte raisonnable de partialité émane du lien de dépendance institutionnelle entre le plaignant et les intimés. Il souligne qu'on ne peut invoquer, à cet égard, le fait que le plaignant soit président d'office du Conseil puisque l'art. 265 *LTJ* impose à tout membre du Conseil qui dépose une plainte de s'abstenir de participer à son examen. Quant à la prétention selon laquelle le plaignant témoignera à l'enquête à titre de poursuivant, le juge Parent estime que s'il est vrai que la loi réfère au plaignant comme étant une «partie», l'enquête menée par le Comité n'en est pas moins

different from the *lis inter partes* that exists in the regular courts. Because of the pre-eminent role given to the Comité in conducting the inquiry, there could be no apprehension of bias in the assessment of the testimony of the Chief Judge and chairman of the Conseil.

fort distincte du *lis inter partes* qui prend place devant les tribunaux ordinaires. En raison même du rôle prééminent qui est confié au Comité dans la conduite de l'enquête, on ne saurait craindre que l'évaluation du témoignage du juge en chef et président du Conseil soit teintée de partialité.

16

Parent J. continued his examination of institutional dependence by looking at the provisions of the *CJA* pursuant to which, in the appellant's submission, the Chief Judge had an influence on a majority of Conseil and Comité members that might compromise their impartiality. He found that the powers conferred on the Chief Judge are administrative in nature and ultimately give him very limited authority. He therefore did not accept this argument. He likewise rejected the argument that it would be difficult for Conseil members to disregard the fraternal relationship they had established with the Chief Judge at frequent meetings.

Toujours au chapitre de la dépendance institutionnelle, le juge Parent se livre ensuite à un examen des dispositions de la *LJJ* en vertu desquelles, selon l'appelante, le juge en chef exercerait sur la majorité des membres du Conseil et du Comité un ascendant susceptible de compromettre leur impartialité. Il en conclut que les pouvoirs confiés au juge en chef sont de nature administrative et qu'ils lui confèrent, en définitive, une autorité fort limitée. Il n'est pas, par conséquent, donné suite à ce moyen. Au même titre, est rejetée la prétention selon laquelle il sera difficile pour les membres du Conseil de faire abstraction des liens fraternels qu'ils ont établis avec le juge en chef à l'occasion de fréquentes réunions.

17

The second set of circumstances relied on by the appellant relates to the participation of the complainant and Senior Associate Chief Judge Mercier in the first complaint made against her by Miville Lapointe in 1988. On this point, Parent J. began by stating that despite the analogy that might be drawn between the 1988 and 1990 complaints, Chief Judge Gobeil's complaint related to new facts. He also noted that every time Chief Judge Gobeil was present, particularly at the Conseil sessions in the summer of 1988 and the one on September 19, 1990, at which the recommendations contained in the Comité's report were implemented, he did not take part in the deliberations concerning the appellant. As for Senior Associate Chief Judge Mercier, who chaired the committee formed in 1988, Parent J. stated that he was required to chair the Conseil meetings on October 17 and 25, 1990 to make up a quorum, in light of the fact that Chief Judge Gobeil, as the complainant, was prohibited from participating in the examination of the complaint. He noted, finally, that none of the members of the committee formed in 1988, including Senior Associate Chief Judge Mercier, was part of the new committee set up to

La deuxième série de circonstances qu'invoque l'appelante a trait à la participation du plaignant et du juge en chef associé Mercier à la première plainte portée contre elle par M. Miville Lapointe en 1988. À cet effet, le juge Parent fait d'abord remarquer qu'en dépit de l'analogie qui peut être tracée entre les plaintes de 1988 et 1990, celle formulée par le juge en chef Gobeil se rapporte à des faits nouveaux. Il relève également qu'en chaque occasion où il était présent, nommément les séances du Conseil tenues au cours de l'été 1988 ainsi que celle du 19 septembre 1990 où il a été donné suite aux recommandations du rapport du Comité, le juge en chef Gobeil n'a jamais pris part aux délibérations concernant l'appelante. Quant au juge en chef associé Mercier, président du Comité formé en 1988, le juge Parent souligne que celui-ci se devait de présider les réunions du Conseil des 17 et 25 octobre 1990 pour qu'il y ait quorum, étant donné l'interdiction faite au juge en chef Gobeil, en tant que plaignant, de participer à l'examen de la plainte. Il note, enfin, qu'aucun des membres du Comité formé en 1988, le juge en chef associé Mercier y compris, ne fait partie du nouveau Comité constitué pour enquêter sur la

inquire into Chief Judge Gobeil's complaint. In Parent J.'s opinion, it could not in the final analysis be concluded that the intellectual independence of the Conseil members was adversely affected by these events.

As regards the circumstances relating to the Conseil's session on October 17, 1990, Parent J. found that the appellant had not established any illegality or impropriety by the Conseil that would give rise to a reasonable apprehension of bias on its part. He stated the following at p. 2220:

[TRANSLATION] It is easy to understand why the Conseil did not appoint someone to conduct a preliminary examination of Chief Judge Gobeil's complaint.

The complaint was set out in a highly detailed 34-page document supported by considerable documentation.

It is difficult to see what additional information the Conseil could have thought it necessary to obtain from an examiner before deciding to conduct an inquiry.

Parent J. was also of the view that the Conseil had seriously examined the complaint since, in addition to devoting an hour to it at the October 17 session, its members had already had seven days to study it, as a copy of all relevant documents had been received a week earlier.

Finally, Parent J. rejected the appellant's fourth set of arguments concerning circumstances that could give rise to a reasonable apprehension of bias. On the allegations of precipitous conduct, he concluded as follows, at p. 2221:

[TRANSLATION] By inviting [the appellant] to present her views on the application of s. 276 within the 30-day period provided for by s. 271, the Conseil was ensuring that it could make an informed decision about her suspension before beginning the inquiry within the time prescribed.

In Parent J.'s view, this method of proceeding was in no way unreasonable and could not be a basis for concluding that, by the October 25, 1990 meet-

plainte de l'honorable Albert Gobeil. De l'avis du juge Parent, on ne saurait, en définitive, conclure que l'indépendance intellectuelle des membres du Conseil a été troublée du fait de ces événements.

Quant aux circonstances relatives à la séance du Conseil tenue le 17 octobre 1990, le juge Parent conclut que l'appelante n'a pas fait la preuve de quelque illégalité ou irrégularité de la part du Conseil qui serait de nature à faire naître une crainte raisonnable de partialité à son égard. Il tient les propos suivants, à la p. 2220:

Il est facile de concevoir pourquoi le Conseil s'est abstenu de nommer un examinateur pour procéder à une étude préliminaire de la plainte de M. le juge Gobeil.

Cette dernière, contenue dans un document de 34 pages, est en effet très détaillée et s'appuie sur une documentation considérable.

On voit mal quels renseignements additionnels le Conseil aurait pu juger nécessaire d'obtenir d'un examinateur avant de décider de tenir une enquête.

À cet égard, il estime également que le Conseil a procédé à un examen véritable de la plainte, car en plus d'y consacrer une heure lors de la séance du 17 octobre, ses membres avaient déjà disposé de sept jours pour l'étudier, copie de tous les documents pertinents ayant été reçue une semaine auparavant.

Le juge Parent rejette enfin les arguments de l'appelante réunis sous le quatrième volet de circonstances susceptibles de soulever une crainte raisonnable de partialité. Sur les allégations de précipitation à agir, il conclut en ces termes, à la p. 2221:

En convoquant [l'appelante] pour lui permettre de faire valoir ses vues sur l'application de l'article 276, à l'intérieur des 30 jours prévus par l'article 271, le Conseil agissait de façon à être en mesure de prendre une décision éclairée relativement à la suspension de cette dernière avant que ne débute l'enquête dans les délais prévus par la loi.

De l'avis du juge Parent, cette façon de procéder n'a rien de déraisonnable et ne permet pas de conclure que le Conseil avait, en date de la séance du

ing, the Conseil had prejudged the question of the appellant's suspension during the inquiry.

25 octobre 1990, préjugé de la question de la suspension de l'appelante pendant l'enquête.

20 In the final part of his analysis, Parent J. dealt with the constitutional issues raised by the case. With respect to the alleged violation of s. 7 of the Canadian *Charter*, he agreed with the appellant's argument that the right to liberty includes the right to practise a profession and [TRANSLATION] "that depriving a judge of the right to carry out his or her duties involves much more than the loss of the salary attached thereto" (p. 2223). He was accordingly of the view that the risk of removal at the conclusion of the disciplinary proceedings under the *CJA* involved a limit on the freedom to carry out the judicial function. However, he found that the infringement resulting from the fact that ss. 263 and 265 *CJA* authorize the Chief Judge to commence the disciplinary process does not contravene the principles of fundamental justice, including the maxim *nemo iudex in sua causa*. He referred in this respect to his earlier comments and pointed out that carefully designed mechanisms under the *CJA* prevented the Chief Judge from acting as judge of his own case. He noted, finally, that the ultimate decision to remove a judge accused of breaching the *Code of Ethics* is not made by either the Conseil or the Comité.

En dernière partie de son analyse, le juge Parent aborde les aspects constitutionnels soulevés par ce dossier. En ce qui concerne la violation alléguée de l'art. 7 de la *Charte* canadienne, celui-ci se dit d'accord avec la prétention de l'appelante qui veut que le droit à la liberté embrasse le droit à l'exercice d'une profession et «que la privation du droit pour un juge d'exercer sa charge implique beaucoup plus que la perte du salaire qui y est attaché» (p. 2223). Il estime, par conséquent, que le risque d'une destitution, au terme de la procédure disciplinaire mise en place par la *LTJ*, emporte restriction à la liberté d'exercice de la charge de magistrat. Il conclut néanmoins que l'atteinte portée par les art. 263 et 265 *LTJ*, en autorisant le juge en chef à mettre en branle le processus disciplinaire, ne contrevient pas aux principes de justice fondamentale, parmi lesquels, notamment, la maxime *nemo iudex in sua causa*. Il renvoie, à cet égard, aux propos tenus précédemment et rappelle qu'en vertu des mécanismes soigneusement conçus par la *LTJ*, le juge en chef ne peut agir comme juge de sa propre cause. Il souligne enfin, à ce titre, que la décision ultime de destituer un juge à qui un manquement au *Code de déontologie* est reproché n'est pas du ressort du Conseil ni du Comité.

21 Parent J. dealt briefly with s. 11(d) of the Canadian *Charter*, which applies only to criminal and penal matters and also to disciplinary proceedings that may lead to the imposition of true penal sanctions, which is not the case here. He also briefly addressed s. 23 of the Quebec *Charter*, finding that the circumstances did not require that the appellant be heard at the stage of admissibility of the complaint, despite the serious consequences of the decision to conduct an inquiry concerning her.

Le juge Parent dispose brièvement de l'al. 11d) de la *Charte* canadienne, dont l'application se limite aux seules affaires criminelles et pénales ou encore aux instances disciplinaires susceptibles de mener à l'imposition de véritables sanctions pénales, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Il fait de même avec l'art. 23 de la *Charte* québécoise, estimant que les circonstances ne requéraient pas que l'appelante soit entendue au stade de la recevabilité de la plainte, en dépit des conséquences sérieuses engendrées par la décision de tenir une enquête à son sujet.

22 The motion in evocation was dismissed.

La requête en évocation est rejetée.

Court of Appeal (1992), 98 D.L.R. (4th) 176

Rothman J.A., dissenting

In the Court of Appeal the appellant essentially relied on the same four grounds on the basis of which, in her submission, the Conseil and Comité members did not have the impartiality required to perform their duties. Before examining those grounds Rothman J.A., at pp. 181-82, discussed the test for bias developed by de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R. 369. He then disposed summarily of three of the four grounds raised by the appellant, namely the participation of Chief Judge Gobeil and Senior Associate Chief Judge Mercier in the proceedings instituted in respect of the first complaint, the Conseil's failure to examine seriously the complaint and the Conseil's precipitous conduct in dealing with the case. With regard to the first of these grounds, he supported the trial judge's conclusions, noting that the two complaints concerned separate incidents. He rejected the second ground on the basis that the *CJA* in no way requires the Conseil to appoint someone to examine the complaint on a preliminary basis and that in the case at bar, Chief Judge Gobeil's allegations were carefully considered before an inquiry by the Comité was ordered. As for the allegations of precipitous conduct, Rothman J.A. found that the proceedings against the appellant may have been conducted with diligence, but it was difficult to see in this any evidence of malice or bias.

Rothman J.A. spent more time, however, dealing with the issue of the status and role of the complainant, who, as we know, was both the Chief Judge of the Court of Québec and the chairman of the Conseil. On this point, Rothman J.A. agreed with Parent J. of the Superior Court, noting that the powers conferred on the Chief Judge by the *CJA* are largely administrative in nature and as such are not liable to compromise the impartiality of Conseil members in dealing with a complaint lodged by the Chief Judge. Likewise, in light of ss. 96,

Cour d'appel, [1992] R.J.Q. 1796

Le juge Rothman, dissident

Devant la Cour d'appel, l'appelante reprend en substance les quatre motifs pour lesquels, à son avis, les membres du Conseil et du Comité ne possèdent pas l'impartialité nécessaire à l'accomplissement de leurs tâches. Avant de procéder à leur étude, le juge Rothman fait d'abord état, aux pp. 1799 et 1800, de la norme applicable en matière d'impartialité, telle que développée par le juge de Grandpré dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty c. Office nationale de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369. Il dispose alors sommairement de trois des quatre moyens soulevés par l'appelante, nommément, la participation du juge en chef Gobeil et du juge en chef associé Mercier aux procédures entamées dans le cadre de la première plainte, l'absence d'examen véritable de la plainte par le Conseil ainsi que la précipitation à agir de ce dernier dans le traitement de cette affaire. À l'égard du premier d'entre eux, il appuie les conclusions du juge de première instance, soulignant que les deux plaintes se rapportent à des incidents distincts. Le second moyen est rejeté par le juge Rothman au motif que la *LTJ* n'oblige aucunement le Conseil à nommer un examinateur pour procéder à l'étude préliminaire d'une plainte et qu'en l'espèce, les reproches formulés par le juge en chef Gobeil ont été soigneusement considérés avant d'être confiés au Comité pour enquête. Quant aux allégations de précipitation à agir, le juge Rothman conclut que si les procédures contre l'appelante ont été menées avec diligence, il est difficile d'y percevoir quelque manifestation d'intention malicieuse ou de partialité.

Plus d'attention est cependant accordée à la question du statut et du rôle du plaignant, que l'on sait être à la fois juge en chef de la Cour du Québec et président du Conseil. À cet égard, partageant l'avis du juge Parent de la Cour supérieure, le juge Rothman souligne que les pouvoirs attribués au juge en chef en vertu de la *LTJ* sont en grande partie de nature administrative et, dès lors, non susceptibles de compromettre l'impartialité des membres du Conseil dans le traitement d'une plainte portée par le juge en chef. Au même titre,

263 and 265 *CJA*, he also rejected any interpretation that would tend to prevent the Chief Judge from laying a complaint with the Conseil. He concluded as follows at p. 185:

Not without some initial hesitation, I conclude that the status of Albert Gobeil as Chief Judge and as Chairman of the Conseil did not, *in itself*, disqualify him from bringing a complaint. Nor did his status, *in itself*, create a problem of bias arising out of institutional dependence in the Conseil or the Comité. The members of the Conseil and Comité were sufficiently independent, objective and professional, so that no fear of their impartiality in deciding a complaint by the Chief Judge ought to have arisen on that account. Under normal circumstances, I do not believe a reasonable and well-informed person would have had any apprehension that the Conseil or the Comité might be biased in deciding a complaint against a judge merely because it was signed by the Chief Judge. [Emphasis in original.]

25

Rothman J.A. continued in the following terms. I have reproduced the passage in full so that it can be properly understood (at pp. 185-86):

But if the Chief Judge was legally entitled to lay a disciplinary complaint against a judge of his court, and if his status as complainant would not, *in itself*, have created an apprehension of bias in the Conseil or the Comité d'enquête, his status as Chief Judge and Chairman of the Conseil, and the moral authority of his position, demanded that the complaint he was bringing before the Conseil be objectively and dispassionately framed and that his role in bringing and supporting the complaint be, and be seen to be, scrupulously fair.

In my respectful opinion, this required, at the outset, that the complaint be expressed in a factual, moderate and objective fashion. There was no place, in my view, for personal opinions as to the seriousness or consequences of the judge's misconduct, and any appearance of collegial pressure or influence had to be avoided. The complaint could not be framed so as to give the appearance that, in the opinion of the Chief Judge, the outcome of the complaint was a foregone conclusion or that the dismissal of the complaint would offend strongly held

et à la lumière des dispositions prévues aux art. 96, 263 et 265 *LTJ*, il écarte également toute interprétation qui tendrait à empêcher le juge en chef de déposer une plainte devant le Conseil. Il conclut de la manière suivante, à la p. 1802:

[TRADUCTION] Non sans quelque hésitation de prime abord, je conclus que le statut d'Albert Gobeil à titre de juge en chef et de président du Conseil ne l'empêche pas *en soi* de déposer une plainte. Son statut, *en soi*, ne crée pas non plus un problème de partialité qui découlerait de la dépendance institutionnelle du Conseil ou du comité. Les membres du Conseil et du comité étaient suffisamment indépendants, objectifs et professionnels pour qu'aucune crainte quant à leur capacité à statuer avec impartialité sur une plainte déposée par le juge en chef ne soit soulevée pour cette raison. Je ne crois pas que, dans des circonstances normales, une personne raisonnable et bien informée aurait pu craindre que le Conseil ou le comité fasse preuve de partialité en rendant une décision sur une plainte contre un juge simplement parce que cette plainte a été portée par le juge en chef. [En italique dans l'original.]

Là ne s'arrêtent pourtant pas les constatations du juge Rothman qui poursuit en ces termes, dans un passage que je reproduis au long pour une meilleure compréhension (à la p. 1802):

[TRADUCTION] Cependant, si le juge en chef avait légalement le droit de déposer, à titre de mesure disciplinaire, une plainte contre l'un des juges de sa juridiction, et si son statut de plaignant ne soulevait pas, *en soi*, de doutes quant à l'impartialité du Conseil ou du comité d'enquête, son statut de juge en chef et de président du Conseil, de même que l'autorité morale qu'il exerce en raison de sa position, lui commandait que la plainte qu'il a déposée devant le Conseil soit formulée de façon objective et impartiale, et que son rôle quant au dépôt de la plainte et au soutien qu'il lui a accordé soit scrupuleusement équitable, et soit vu comme tel.

En toute déférence, cela nécessitait au départ que la plainte soit rédigée de façon modérée, factuelle et objective. Il était déplacé, à mon avis, d'y exprimer des opinions personnelles quant à la gravité, ou aux conséquences de la conduite du juge, et toute apparence de pression ou d'influence collégiale devait être évitée. La plainte ne pouvait pas être formulée de manière à donner l'impression que, dans l'opinion du juge en chef, le résultat de la plainte était réglé d'avance, ou que son rejet heurterait les convictions fermes du juge en chef ou

views of the Chief Judge or diminish the honour and dignity or the collegiality of the court.

Unfortunately, with great respect, I do not believe the language of the complaint met the required standard of objectivity. I am far from satisfied that a reasonable person, fully informed, would not conclude that the status and moral authority of the Chief Judge in combination with the conclusive and strongly opinionated language of the complaint might well create an apprehension of bias. [Emphasis in original.]

Rothman J.A. then examined the complaint in detail and quoted the most significant passages. On this basis, he concluded at p. 189 that the complaint did not simply put the facts before the Conseil and invite it to draw its own conclusions, but instead exhorted it to adhere to a conclusion already reached by Chief Judge Gobeil that the appellant had placed herself in a situation where she could not usefully continue to fulfil her functions. In Rothman J.A.'s opinion, a reasonable and well-informed observer would be left with an apprehension that the proceedings before the Conseil might not be impartial.

For these reasons, Rothman J.A. would have allowed the appeal.

Chevalier J.A. for the majority

In Chevalier J.A.'s opinion, there was nothing further to add to Rothman J.A.'s disposition of the first three grounds raised by the appellant. He also agreed with Rothman J.A.'s conclusions on the lack of a relationship of institutional dependence between the Chief Judge and the Conseil members that would give rise to an apprehension of any bias on their part. However, Chevalier J.A. disagreed with his colleague on the issue of the tone and language of the complaint, which he felt were not such as to influence the conduct of the judges examining it. He also expressed some reservations about the advisability of making this issue the determining factor in the outcome of the case, given that the appellant had deliberately limited the debate to the issue of institutional bias. He stated the following, at p. 193:

porterait atteinte à l'honneur, à la dignité ou à la collégialité de la cour.

Malheureusement, en toute déférence, je ne crois pas que la formulation de la plainte respectait les normes de l'objectivité. Je suis loin d'être convaincu qu'une personne raisonnable et bien informée ne conclurait pas que le statut et l'autorité morale du juge en chef, en plus de la formulation appuyée et du ton très dogmatique de la plainte, risquent de susciter une crainte de partialité. [En italique dans l'original.]

Le juge Rothman se livre alors à une étude détaillée de la plainte et en relève les passages les plus significatifs. Il conclut de cet examen, à la p. 1804, que la plainte ne constitue pas qu'un exposé des faits invitant le Conseil à tirer ses propres conclusions, mais qu'il s'agit plutôt d'une exhortation à épouser les vues du juge en chef Gobeil sur la question, lequel décide que l'appelante s'est placée dans une situation telle qu'elle ne peut plus exercer utilement ses fonctions. De l'avis du juge Rothman, il y a là matière à soulever chez un observateur raisonnable et bien renseigné la crainte que les procédures devant le Conseil ne soient pas dénuées de partialité.

Le juge Rothman accueillerait l'appel pour ces motifs.

Le juge Chevalier, pour la majorité

Selon le juge Chevalier, il n'y a pas à revenir sur la façon dont le juge Rothman dispose des trois premiers moyens soulevés par l'appelante. Il partage également les conclusions de ce dernier sur l'inexistence, entre le juge en chef et les membres du Conseil, d'un lien de dépendance institutionnelle qui donnerait lieu de craindre à quelque partialité de leur part. Le juge Chevalier se démarque néanmoins de son collègue sur la question du ton et du langage de la plainte, qu'il estime ne pas être de nature à influencer le comportement des juges appelés à l'étudier. Il exprime cependant des réserves sur l'opportunité de faire de cette question l'élément déterminant de l'issue du litige, étant donné que l'appelante a volontairement circonscrit le débat à la seule question de la partialité institutionnelle. Il tient les propos suivants, à la p. 1806:

26

27

28

[TRANSLATION] Given the limited and quite specific framework in which the appellant has herself chosen to situate the dispute, I ask myself whether, by adding an issue that was not discussed by her in her factum, we might be creating, with regard to the parties, a situation that the appellant did not consider appropriate to raise, and that counsel were correspondingly limited in their ability to address in the course of the hearing.

Chevalier J.A. recognized, however, that when the appeal was heard, the court had itself expressed concerns about this matter and had invited counsel to state their views on it.

29 In his opinion, if the members of the Conseil responsible for examining a complaint against one of their colleagues were not likely to be influenced because the complaint was lodged by the Chief Judge, neither would they be influenced [TRANSLATION] “by the sole fact that the complaint is worded vigorously and contains an instigation to convict the judge in question” (p. 193).

30 Chevalier J.A. also adopted the test for bias set out by this Court in *Committee for Justice and Liberty, supra*. He concluded that in the case at bar, two types of information were available to a reasonable and well-informed person in assessing whether or not there was an appearance of bias: information relating to the category of persons who make up the Comité and information concerning the individuals who are members thereof.

31 In this regard, Chevalier J.A. looked at the key provisions of the *CJA* and noted the composition of the Conseil, the lack of participation by the Chief Judge in the appointment of its members and the fact that the Chief Judge, as a member of the Conseil, is prohibited from being involved in examining a complaint initially laid by him. He also noted that the Comité is made up of persons chosen from among the members of the Conseil by a resolution of the Conseil passed during a meeting at which a quorum must be present and that neither the chairman nor the vice-chairman has a deciding vote. He stated, finally, that before judges begin

Compte tenu du cadre limité et très précis dans lequel l'appelante a elle-même choisi de situer le débat, je me pose la question de savoir si, en ajoutant un volet qui n'a pas été traité par elle dans son mémoire, nous ne créons pas à l'égard des parties une situation dont l'appelante n'a pas jugé à propos de faire état et, partant, où la faculté des procureurs d'en discuter à l'audience s'en est trouvée diminuée d'autant.

Le juge Chevalier reconnaît néanmoins que lors de l'audition du pourvoi, la cour avait elle-même exprimé des inquiétudes à cet égard et qu'elle avait invité les procureurs à faire valoir leur point de vue sur la question.

À son avis, si les membres du Conseil chargés d'étudier une plainte contre l'un de leurs collègues ne risquent pas d'être influencés parce que celle-ci émane du juge en chef, il ne peut non plus en être ainsi «du seul fait que la plainte est rédigée de façon vigoureuse et qu'elle contient une incitation à déclarer coupable le ou la juge impliquée» (p. 1807).

Le juge Chevalier adopte à son tour le critère relatif à l'impartialité tel qu'exposé dans l'arrêt de notre Cour *Committee for Justice and Liberty*, précité. En l'espèce, il conclut qu'afin de juger s'il y a ou non apparence de partialité, la personne raisonnable et bien informée dispose de renseignements de deux ordres: ceux qui s'attachent à la catégorie de personnes qui forment le Comité et ceux qui ont trait aux individus qui en sont membres.

À cet égard, le juge Chevalier se penche sur les dispositions-clés de la *LTJ* et fait état de la composition du Conseil, de l'absence de participation du juge en chef dans la nomination de ses membres et de l'interdiction qui est faite à ce dernier, en tant que membre du Conseil, d'intervenir dans l'examen d'une plainte qu'il a pris l'initiative de déposer. Il rappelle aussi que le Comité est formé de personnes choisies parmi les membres du Conseil, au terme d'une résolution prise par ce dernier dans le cadre d'une séance nécessitant quorum et ce, sans que le président ou le vice-président du Conseil bénéficie d'un vote prépondérant. Il souligne

performing their duties, they must take an oath or make a solemn affirmation and that, under the *Code of Ethics* with which they must comply, they must, with regard to the public, lawyers and the parties to a case, be impartial and objective and defend the independence of the judiciary.

Chevalier J.A. was also of the view that a reasonable and well-informed person who considers the role of a judge and the manner in which judges must do their work could not apprehend any bias on the part of Conseil members. He explained this as follows at p. 199:

[TRANSLATION] [A] well-informed citizen cannot be unaware that hearing and determining disputes is a judge's bread and butter. He is therefore, by necessity, required to work in an essentially adversarial context in which the parties naturally display hostility toward each other, accusing each other, attacking and counter-attacking, and in which the exaggeration with which they often present their respective positions is commonplace in his court.

This typical judge is thus, to the knowledge of the informed citizen, a professional accustomed to presiding day after day over acrimonious debates in the midst of which he must remain serene, keep calm and in all circumstances separate what is receivable from what is not.

In concluding his reasons, Chevalier J.A. discussed certain specific circumstances in the case at bar that would support a reasonable and well-informed person's conclusion that there was no bias. Those facts included Chief Judge Gobeil's decision not to call witnesses at the inquiry or cross-examine the witnesses who were heard in order to avoid giving the proceedings an adversarial character that would obviously not be compatible with the office of chief judge.

Judge Ruffo's appeal was dismissed.

enfin qu'avant d'entrer en fonction, un juge doit prêter le serment ou l'affirmation solennelle et qu'en vertu du *Code de déontologie* auquel il est soumis, autant à l'égard du public, des avocats, que des parties à une instance, ce dernier se doit d'être impartial et objectif et de défendre l'indépendance de la magistrature.

Le juge Chevalier estime, par ailleurs, que la personne raisonnable et bien informée qui prend connaissance de ce qu'est un juge et de la façon dont celui-ci est appelé à accomplir sa tâche ne peut appréhender quelque partialité de la part des membres du Conseil. Il s'explique ainsi, à la p. 1810:

[Le] citoyen bien renseigné ne pourra ignorer que le pain quotidien du juge consiste à entendre des litiges et à en adjuger. Il est donc, par la force des choses, appelé à œuvrer dans un contexte essentiellement contradictoire où les parties font naturellement montre d'hostilité l'une à l'égard de l'autre, où elles s'accusent, attaquent et contre-attaquent, et où l'outrance avec laquelle elles présentent souvent leurs positions respectives est lieu commun devant son tribunal.

Ce juge type est donc, à la connaissance du citoyen informé, un professionnel habitué à présider jour après jour des débats acrimonieux au milieu desquels il doit rester serein, garder son calme et faire en toutes circonstances la part de ce qui est recevable comme de ce qui ne l'est pas.

Pour clore ses motifs, le juge Chevalier fait part de certaines circonstances spécifiques à cette affaire et destinées à étayer les conclusions de la personne raisonnable et bien renseignée sur l'absence de partialité en la présente. À cet effet, il relève, notamment, la décision du juge en chef Gobeil de s'abstenir de produire des témoins à l'enquête ou de contre-interroger ceux qui y seraient entendus et ce, pour éviter que ne soit donnée aux procédures une coloration contradictoire incompatible, il va de soi, avec les fonctions de juge en chef.

L'appel du juge Ruffo est rejeté.

32

33

34

III — Issues

35

The following constitutional questions, as stated by my colleague La Forest J. on February 11, 1994, are now before this Court:

1. Do ss. 263 and 265 of the *Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16, if they are to be interpreted as allowing the Chief Judge of the Court of Québec and Chairman of the Conseil de la magistrature to bring a complaint against a judge of the Court of Québec before the Conseil de la magistrature, violate the principles of judicial impartiality and independence guaranteed *inter alia* by the preambles to the *Constitution Act, 1867* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, as well as by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. If the answer to question 1 is affirmative, do ss. 263 and 265 of the *Courts of Justice Act* constitute reasonable limits prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
3. Does s. 8 of the *Judicial Code of Ethics*, O.C. 643-82, (1982) 114 G.O. II, 1253, which provides that judges of the Court of Québec should act in a reserved manner, violate s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
4. If the answer to question 3 is affirmative, does s. 8 of the Code constitute a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

36

In addition to the constitutional questions stated, the appellant is asking the Court to assess the disciplinary procedure to which she is subject in light of s. 23 of the *Quebec Charter*. In the alternative, she argues that the specific circumstances of this case show that the Conseil and the Comité do not have the impartiality required to perform their duties. She argues, finally, that in the instant case, the form and content of the complaint lodged by Chief Judge Gobeil violate her freedom of expression.

III — Les questions en litige

Devant notre Cour, il s'agit maintenant de répondre aux questions constitutionnelles suivantes, telles que formulées par mon collègue le juge La Forest le 11 février 1994:

1. Les articles 263 et 265 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16, s'ils doivent être interprétés comme permettant au juge en chef de la Cour du Québec et président du Conseil de la magistrature de porter plainte contre un juge de la Cour du Québec devant le Conseil de la magistrature, sont-ils contrairement aux principes d'impartialité et d'indépendance judiciaire garantis notamment par les préambules de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de même que par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, les art. 263 et 265 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* constituent-ils des règles de droit qui restreignent des droits et libertés dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique selon l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
3. L'article 8 du *Code de déontologie de la magistrature*, décret 643-82, (1982) 114 G.O. II, 1648, consacrant le devoir de réserve des juges de la Cour du Québec est-il contraire à l'al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, l'art. 8 du Code constitue-t-il une règle de droit qui restreigne des droits et libertés dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique selon l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

En sus des questions constitutionnelles au dossier, l'appelante demande à la Cour d'examiner la procédure disciplinaire à laquelle elle est soumise au regard de l'art. 23 de la *Charte québécoise*. Alternativement, elle prétend que les circonstances particulières de cette affaire démontrent que le Conseil et le Comité ne possèdent pas l'impartialité nécessaire à l'accomplissement de leurs tâches. Elle soumet enfin qu'en l'espèce, la forme et le contenu de la plainte déposée par le juge en chef Gobeil constituent une atteinte à sa liberté d'expression.

IV — Statutory Provisions

The relevant statutory provisions are as follows:

A. The preamble to the *Constitution Act, 1867*:

Whereas the Provinces of Canada, Nova Scotia, and New Brunswick have expressed their Desire to be federally united into One Dominion under the Crown of the United Kingdom of Great Britain and Ireland, with a Constitution similar in Principle to that of the United Kingdom: . . .

B. The preamble to and ss. 1 and 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*:

Whereas Canada is founded upon principles that recognize the supremacy of God and the rule of law:

1. The *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees the rights and freedoms set out in it subject only to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society.

7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.

C. Section 23 of the *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12:

23. Every person has a right to a full and equal, public and fair hearing by an independent and impartial tribunal, for the determination of his rights and obligations or of the merits of any charge brought against him.

D. At the relevant times, the *Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16, provided as follows:

95. The Government may remove a judge only upon a report of the Court of Appeal made after inquiry at the request of the Minister of Justice.

IV — Les dispositions législatives

Les dispositions législatives pertinentes sont les suivantes:

A. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

Considérant que les provinces du Canada, de la Nouvelle-Écosse et du Nouveau-Brunswick ont exprimé le désir de contracter une Union Fédérale pour ne former qu'une seule et même Puissance (*Dominion*) sous la couronne du Royaume-Uni de la Grande-Bretagne et d'Irlande, avec une constitution reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni: . . .

B. Le préambule, l'article premier et l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*:

Attendu que le Canada est fondé sur des principes qui reconnaissent la suprématie de Dieu et la primauté du droit:

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.

7. Chacun a droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne; il ne peut être porté atteinte à ce droit qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale.

C. L'article 23 de la *Charte des droits et libertés de la personne*, L.R.Q., ch. C-12:

23. Toute personne a droit, en pleine égalité, à une audition publique et impartiale de sa cause par un tribunal indépendant et qui ne soit pas préjugé, qu'il s'agisse de la détermination de ses droits et obligations ou du bien-fondé de toute accusation portée contre elle.

D. Aux dates pertinentes au litige, la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16, prévoyait ce qui suit:

95. Le gouvernement ne peut démettre un juge que sur un rapport de la Cour d'appel fait après enquête, sur requête du ministre de la Justice.

96. The chief judge has the direction of the Court.

The functions of the chief judge shall be, in particular,

(1) to ensure that the general policy of the Court in judicial matters is applied;

(2) to coordinate, apportion and supervise the work of the judges, who must comply with his orders and directives in that regard;

(3) to ensure that the judicial code of ethics is observed.

248. The council shall be composed of 14 members, namely,

(a) the chief judge of the Court of Québec who shall be the chairman of the council;

(b) the two senior associate chief judges of the Court of Québec;

(c) three associate chief judges representing the Civil Division, the Criminal and Penal Division, and the Youth Division of the Court of Québec, respectively, and appointed upon the recommendation of the chief judge of the Court of Québec;

(d) one of the chief judges of the Municipal Courts of Laval, Montréal or Québec;

(e) two judges chosen among the judges of the Court of Québec or the Municipal Courts of Laval, Montréal or Québec and appointed upon the recommendation of the Conférence des juges du Québec;

(f) one judge chosen among the judges of the Municipal Courts other than those of Laval, Montréal or Québec and appointed upon the recommendation of the Conférence des juges municipaux du Québec;

(g) two advocates appointed upon the recommendation of the Barreau du Québec;

(h) two persons who are neither judges nor advocates.

256. The functions of the council are:

. . .

(b) to adopt, in accordance with Chapter III of this Part, a judicial code of ethics;

(c) to receive and examine any complaint lodged against a judge to whom Chapter III of this Part applies;

. . .

96. Le juge en chef est chargé de la direction de la Cour.

Il a notamment pour fonctions:

1^o de voir au respect, en matière judiciaire, des politiques générales de la Cour;

2^o de coordonner, de répartir et de surveiller le travail des juges qui, à cet égard, doivent se soumettre à ses ordres et directives;

3^o de veiller au respect de la déontologie judiciaire.

248. Le conseil est formé de 14 membres, soit:

a) du juge en chef de la Cour du Québec qui en est le président;

b) des 2 juges en chef associés de la Cour du Québec;

c) de 3 juges en chef adjoints représentant respectivement la chambre civile, la chambre criminelle et pénale et la chambre de la jeunesse de la Cour du Québec et nommés sur la recommandation du juge en chef de cette cour;

d) de l'un des juges en chef des cours municipales de Laval, de Montréal ou de Québec;

e) de 2 juges choisis parmi les juges de la Cour du Québec ou des cours municipales de Laval, de Montréal ou de Québec et nommés sur la recommandation de la Conférence des juges du Québec;

f) d'un juge choisi parmi les juges des cours municipales autres que celles de Laval, de Montréal ou de Québec et nommé sur la recommandation de la Conférence des juges municipaux du Québec;

g) de 2 avocats nommés sur la recommandation du Barreau du Québec;

h) de 2 personnes qui ne sont ni juges ni avocats.

256. Le conseil a pour fonctions:

. . .

b) d'adopter, conformément au chapitre III de la présente partie, un code de déontologie de la magistrature;

c) de recevoir et d'examiner toute plainte formulée contre un juge auquel s'applique le chapitre III de la présente partie;

. . .

262. The code of ethics determines the rules of conduct and the duties of the judges towards the public, the parties to an action and the advocates, and it indicates in particular which acts or omissions are derogatory to the honour, dignity or integrity of the judiciary. . . .

263. The council receives and examines a complaint lodged by any person against a judge alleging that he has failed to comply with the code of ethics.

265. The council shall examine the complaint; it may, for that purpose, require from any person such information as it may deem necessary and examine the relevant record, even if the record is confidential under the Youth Protection Act (chapter P-34.1).

If the complaint is lodged by a member of the council, he cannot participate in the examination of the complaint by the council.

269. To conduct an inquiry on a complaint, the council establishes a committee consisting of five persons chosen from among its members and designates a chairman among them.

. . .

271. The committee communicates to the judge a copy of the complaint

Within thirty days after the communication of the complaint, the committee calls the judge concerned and the plaintiff; . . .

272. The committee hears the parties, their attorneys and their witnesses.

It may inquire into the relevant facts and call any person apt to testify on such facts.

The witnesses may be examined or cross-examined by the parties.

273. The members of the committee enjoy, for the purposes of an inquiry, the powers and immunity of commissioners appointed under the Act respecting public inquiry commissions (chapter C-37).

276. The council may suspend a judge for the duration of an inquiry on him.

E. Sections 5, 7, 8 and 10 of the *Judicial Code of Ethics*, (1982) 114 G.O. II, 1253:

5. The judge should be, and be seen to be, impartial and objective.

262. Le code de déontologie détermine les règles de conduite et les devoirs des juges envers le public, les parties à une instance et les avocats et il indique notamment les actes ou les omissions dérogatoires à l'honneur, à la dignité ou à l'intégrité de la magistrature . . .

263. Le conseil reçoit et examine une plainte portée par toute personne contre un juge et lui reprochant un manquement au code de déontologie.

265. Le conseil examine la plainte; il peut requérir de toute personne les renseignements qu'il estime nécessaires et prendre connaissance du dossier pertinent même si ce dossier est confidentiel en vertu de la Loi sur la protection de la jeunesse (chapitre P-34.1).

Si la plainte est portée par un membre du conseil, celui-ci ne peut participer à l'examen de la plainte par le conseil.

269. Pour mener l'enquête sur une plainte, le conseil établit un comité formé de cinq personnes choisies parmi ses membres et il désigne parmi elles un président.

. . .

271. Le comité communique au juge une copie de la plainte . . .

Dans les trente jours qui suivent la communication de la plainte, le comité convoque le juge concerné et le plaignant pour procéder à l'enquête et à l'audition; . . .

272. Le comité entend les parties, leur procureur ainsi que leurs témoins.

Il peut s'enquérir des faits pertinents et convoquer toute personne apte à témoigner sur ces faits.

Les témoins peuvent être interrogés ou contre-interrogés par les parties.

273. Les membres du comité sont investis, aux fins d'une enquête, des pouvoirs et immunités des commissaires nommés en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (chapitre C-37).

276. Le conseil peut suspendre un juge pendant la durée d'une enquête sur lui.

E. Les articles 5, 7, 8 et 10 du *Code de déontologie de la magistrature*, (1982) 114 G.O. II, 1648:

5. Le juge doit de façon manifeste être impartial et objectif.

7. The judge should refrain from any activity which is not compatible with his judicial office.

8. In public, the judge should act in a reserved, serene and courteous manner.

10. The judge should uphold the integrity and defend the independence of the judiciary, in the best interest of justice and society.

V — Analysis

A. *A Violation of the Constitutional Guarantees of Judicial Impartiality and Independence*

(1) Impartiality: Principles and Test

38 It should be mentioned at the outset that the right to be tried by an independent and impartial tribunal is an integral part of the principles of fundamental justice protected by s. 7 of the Canadian Charter (see, *inter alia*, *R. v. Beauregard*, [1986] 2 S.C.R. 56, *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, [1991] 2 S.C.R. 869, and *R. v. Généreux*, [1992] 1 S.C.R. 259).

39 The parties to the case at bar view this aspect of the matter in the same way: it is clear from the arguments made by them that judicial independence is not in issue here, and their submissions are therefore limited to the issue of impartiality. I note, however, that it has not always been easy to distinguish these two concepts and that even today it is difficult to determine the exact relationship between them. It thus seems appropriate in this regard to consider some of this Court's decisions that have directly addressed the issues of judicial impartiality and independence over the past few years. I do not intend to examine them in detail, but simply to identify their main points in order to be able to trace the evolution of the principles underlying them.

40 *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, marked the beginning of efforts by this Court to clarify the content of the judicial independence requirement. Le Dain J. set out three essential conditions of judicial independence: security of tenure, financial security and the institutional inde-

7. Le juge doit s'abstenir de toute activité incompatible avec l'exercice du pouvoir judiciaire.

8. Dans son comportement public le juge doit faire preuve de réserve, de courtoisie et de sérénité.

10. Le juge doit préserver l'intégrité et défendre l'indépendance de la magistrature, dans l'intérêt supérieur de la justice et de la société.

V — Analyse

A. *Une atteinte aux garanties constitutionnelles d'impartialité et d'indépendance judiciaire*

(1) L'impartialité: principes et norme

Il convient de rappeler, en premier lieu, que le droit d'être jugé par un tribunal indépendant et impartial fait partie intégrante des principes de justice fondamentale, dont l'art. 7 de la *Charte* canadienne vise à assurer le respect (voir, notamment, les arrêts *R. c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56, *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, [1991] 2 R.C.S. 869, et *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259).

Les parties au litige s'entendent sur la qualification de cet aspect du débat: d'après les arguments soumis par elles, en effet, il est clair que l'indépendance judiciaire n'est pas en cause dans cette affaire et leurs arguments sont restreints, en conséquence, à la seule question de l'impartialité. Je note, néanmoins, qu'il n'a pas toujours été aisé de départager ces deux notions et qu'encore aujourd'hui, l'établissement de leur rapport précis s'avère une tâche délicate. Il apparaît donc approprié, à ce titre, de se pencher sur certaines décisions de notre Cour qui ont abordé directement les questions de l'impartialité et de l'indépendance judiciaires au cours des dernières années. Mon intention n'est pas de les passer en revue mais plutôt d'en dégager l'essence, afin de cerner adéquatement l'évolution de leurs principes sous-jacents.

C'est l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, qui marque les débuts de la démarche entreprise par notre Cour afin de préciser le contenu de l'exigence d'indépendance judiciaire. À ce chapitre, sous la plume du juge Le Dain, trois conditions essentielles sont énoncées: l'inamovibilité,

pendence of the tribunal with respect to matters of administration bearing on the exercise of its judicial function.

In that case, the concept of impartiality was consistently seen as a principle separate from judicial independence, despite the relationship between them. This is illustrated by the following comments by Le Dain J., at p. 685:

Although there is obviously a close relationship between independence and impartiality, they are nevertheless separate and distinct values or requirements. Impartiality refers to a state of mind or attitude of the tribunal in relation to the issues and the parties in a particular case. The word "impartial" . . . connotes absence of bias, actual or perceived. The word "independent" in s. 11(d) reflects or embodies the traditional constitutional value of judicial independence. As such, it connotes not merely a state of mind or attitude in the actual exercise of judicial functions, but a status or relationship to others, particularly to the executive branch of government, that rests on objective conditions or guarantees.

In *MacKeigan v. Hickman*, [1989] 2 S.C.R. 796, McLachlin J., while not departing from this premise, emphasized the close interaction between these concepts and, at p. 826, noted that judicial independence is an underlying condition that contributes to the guarantee of an impartial trial.

The connection between these related concepts was further explained by Lamer C.J. in *R. v. Lippé*, [1991] 2 S.C.R. 114, at p. 139. Speaking for the Court on this point, he stated the following:

The overall objective of guaranteeing judicial independence is to ensure a reasonable perception of impartiality; judicial independence is but a "means" to this "end". If judges could be perceived as "impartial" without judicial "independence", the requirement of "independence" would be unnecessary. However, judicial independence is critical to the public's perception of impartiality. Independence is the cornerstone, a necessary prerequisite, for judicial impartiality. [Emphasis added.]

la sécurité financière et l'indépendance institutionnelle du tribunal au regard des questions administratives qui ont un effet sur l'exercice de ses fonctions judiciaires.

La notion d'impartialité, dans cette affaire, est résolument envisagée comme un principe distinct de l'indépendance judiciaire et ce, en dépit des liens qui les unissent. Comme en font foi les propos du juge Le Dain, à la p. 685:

Même s'il existe de toute évidence un rapport étroit entre l'indépendance et l'impartialité, ce sont néanmoins des valeurs ou exigences séparées et distinctes. L'impartialité désigne un état d'esprit ou une attitude du tribunal vis-à-vis des points en litige et des parties dans une instance donnée. Le terme «impartial» [...] connote une absence de préjugé, réel ou apparent. Le terme «indépendant», à l'al. 11d), reflète ou renferme la valeur constitutionnelle traditionnelle qu'est l'indépendance judiciaire. Comme tel, il connote non seulement un état d'esprit ou une attitude dans l'exercice concret des fonctions judiciaires, mais aussi un statut, une relation avec autrui, particulièrement avec l'organe exécutif du gouvernement, qui repose sur des conditions ou garanties objectives.

Dans l'arrêt *MacKeigan c. Hickman*, [1989] 2 R.C.S. 796, par ailleurs, sans se départir de cette prémisse, le juge McLachlin met pourtant l'emphasis sur l'interaction étroite de ces notions et note, à la p. 826, que l'indépendance judiciaire est une condition fondamentale qui contribue à la garantie d'un procès dénué de partialité.

Les rapports qui relient ces concepts voisins sont à leur tour explicités par le juge en chef Lamer dans l'arrêt *R. c. Lippé*, [1991] 2 R.C.S. 114, à la p. 139. Ralliant l'unanimité sur cette question, le Juge en chef s'exprime en ces termes:

La garantie d'indépendance judiciaire vise dans l'ensemble à assurer une perception raisonnable d'impartialité; l'indépendance judiciaire n'est qu'un «moyen» pour atteindre cette «fin». Si les juges pouvaient être perçus comme «impartiaux» sans l'«indépendance» judiciaire, l'exigence d'«indépendance» serait inutile. Cependant, l'indépendance judiciaire est essentielle à la perception d'impartialité qu'a le public. L'indépendance est la pierre angulaire, une condition préalable nécessaire, de l'impartialité judiciaire. [Je souligne.]

41

42

43

44

The contribution of *Lippé* is not limited to this observation, however, as it was also recognized that the concept of institutional impartiality must be included in the constitutional guarantee of an independent and impartial tribunal. The Chief Justice stated the following, at pp. 140-41:

Notwithstanding judicial independence, there may also exist a reasonable apprehension of bias on an institutional or structural level. Although the concept of institutional impartiality has never before been recognized by this Court, the constitutional guarantee of an "independent and impartial tribunal" has to be broad enough to encompass this. Just as the requirement of judicial independence has both an individual and institutional aspect (*Valente, supra*, at p. 687), so too must the requirement of judicial impartiality. I cannot interpret the Canadian *Charter* as guaranteeing one on an institutional level and the other only on a case-by-case basis.

The objective status of the tribunal can be as relevant for the "impartiality" requirement as it is for "independence". Therefore, whether or not any particular judge harboured pre-conceived ideas or biases, if the system is structured in such a way as to create a reasonable apprehension of bias on an institutional level, the requirement of impartiality is not met. As this Court stated in *Valente, supra*, the appearance of impartiality is important for public confidence in the system (at p. 689):

Both independence and impartiality are fundamental not only to the capacity to do justice in a particular case but also to individual and public confidence in the administration of justice. Without that confidence the system cannot command the respect and acceptance that are essential to its effective operation. It is, therefore, important that a tribunal should be perceived as independent, as well as impartial . . . [Emphasis in original.]

45

In the same case, it was established that the test for institutional impartiality should be that set out by de Grandpré J. in *Committee for Justice and Liberty, supra*, at p. 394:

. . . the apprehension of bias must be a reasonable one, held by reasonable and right minded persons, applying

La contribution de l'arrêt *Lippé* ne se limite pourtant pas à cette constatation puisqu'on y reconnaît, en effet, que le concept de l'impartialité institutionnelle doit être inclus au chapitre de la garantie constitutionnelle du tribunal indépendant et impartial. Je reproduis au long ce passage du Juge en chef, aux pp. 140 et 141:

Nonobstant l'indépendance judiciaire, il peut aussi exister une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel ou structurel. Bien que le concept de l'impartialité institutionnelle n'ait jamais été reconnu par notre Cour, la garantie constitutionnelle d'un «tribunal indépendant et impartial» doit être suffisamment étendue pour le renfermer. Tout comme l'exigence d'indépendance judiciaire comporte un aspect individuel aussi bien qu'institutionnel (*Valente*, précité, à la p. 687), il en va de même pour l'exigence d'impartialité judiciaire. Je ne saurais interpréter la *Charte* canadienne comme garantissant l'une sur le plan institutionnel, et l'autre simplement au cas par cas.

Le statut objectif du tribunal peut s'appliquer tout autant à l'exigence d'«impartialité» qu'à celle d'«indépendance». Par conséquent, qu'un juge particulier ait ou non entretenu des idées préconçues ou des préjugés, si le système est structuré de façon à susciter une crainte raisonnable de partialité sur le plan institutionnel, on ne satisfait pas à l'exigence d'impartialité. Comme l'a déclaré notre Cour dans l'arrêt *Valente*, précité, l'apparence d'impartialité est importante pour assurer la confiance du public dans le système (à la p. 689):

Tant l'indépendance que l'impartialité sont fondamentales non seulement pour pouvoir rendre justice dans un cas donné, mais aussi pour assurer la confiance de l'individu comme du public dans l'administration de la justice. Sans cette confiance, le système ne peut commander le respect et l'acceptation qui sont essentiels à son fonctionnement efficace. Il importe donc qu'un tribunal soit perçu comme indépendant autant qu'impartial . . . [Souligné dans l'original.]

Dans cette même affaire, il est donc établi que le critère applicable à l'impartialité institutionnelle doit être celui qu'a exposé le juge de Grandpré dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty*, précité, à la p. 394:

. . . la crainte de partialité doit être raisonnable et le fait d'une personne sensée et raisonnable qui se poserait

themselves to the question and obtaining thereon the required information. In the words of the Court of Appeal, that test is “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically — and having thought the matter through — conclude . . .” [Emphasis added.]

This test is similar to that used to assess individual or case-by-case impartiality, with the difference that according to *Lippé, supra*, the assessment of institutional bias assumes that there will be a reasonable apprehension of bias in the mind of the informed person mentioned above in a substantial number of cases. Since *Committee for Justice and Liberty*, this test has been applied consistently by this Court, *inter alia*, in *R. v. Bain*, [1992] 1 S.C.R. 91, *Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 S.C.R. 623, and *Idziak v. Canada (Minister of Justice)*, [1992] 3 S.C.R. 631. Accordingly, the appellant’s allegations of institutional bias should now be examined. As the protection provided by the Canadian *Charter* (s. 7) and the Quebec *Charter* (s. 23) is essentially the same in this regard, the following analysis will be presented in general terms to address both these aspects of the issue at the same time.

(2) Institutional Bias

(a) *Preliminary Remarks*

In this Court, the appellant is arguing that a relationship of dependence exists between Chief Judge Gobeil and the members of the Conseil and the Comité. In her view, such a relationship results from the complainant’s status and moral authority, the powers conferred on him by the *CJA* and the friendly relationship that is likely to have developed among these individuals at frequent meetings.

As regards the first issue in this case, examining the ground of institutional bias first requires an interpretation of ss. 263 and 265 *CJA*. The appellant maintains that these sections must be read as

elle-même la question et prendrait les renseignements nécessaires à ce sujet. Selon les termes de la Cour d’appel, ce critère consiste à se demander «à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique . . .» [Je souligne.]

Je note que cette norme est semblable à celle que l’on emploie en matière d’impartialité individuelle, ou relative aux circonstances de chaque cas, à la différence qu’au sens de l’arrêt *Lippé*, précité, la détermination de la partialité institutionnelle postule que la personne bien renseignée dont il est fait état ci-haut éprouve une crainte raisonnable de partialité dans un grand nombre de cas. Depuis la décision rendue dans *Committee for Justice and Liberty*, ce critère a été appliqué uniformément par notre Cour, tel qu’en témoignent, notamment, les affaires *R. c. Bain*, [1992] 1 R.C.S. 91, *Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities)*, [1992] 1 R.C.S. 623, et *Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)*, [1992] 3 R.C.S. 631. Ceci étant, il convient maintenant de procéder à l’examen des allégations de partialité institutionnelle telles que formulées par l’appelante. À cet égard, puisque l’essence des protections offertes par les *Chartes* canadienne (art. 7) et québécoise (art. 23) est la même, l’analyse à suivre sera présentée de façon globale, en vue de répondre simultanément à ces deux aspects de la question.

(2) La partialité institutionnelle

a) *Remarques liminaires*

Devant notre Cour, l’appelante prétend qu’il existe entre le juge en chef Gobeil et les membres du Conseil ainsi que ceux du Comité un lien de dépendance qui résulterait du statut du plaignant, de son autorité morale et des pouvoirs que lui confie la *LTJ*, de même que des liens familiaux que ceux-ci sont susceptibles de développer à l’occasion de fréquentes réunions.

Aux termes de la première question en litige, l’examen du motif de partialité institutionnelle postule que l’on se penche en premier lieu sur l’interprétation des art. 263 et 265 *LTJ*. L’appelante

not authorizing the Chief Judge, given his position and powers, to lay a complaint with the Conseil against a judge of his court.

soutient en effet que ces articles doivent être lus comme ne permettant pas au juge en chef, vu sa fonction et ses pouvoirs, de déposer une plainte devant le Conseil contre un juge de sa cour.

49 I note at the outset that such a suggestion challenges the operation of any disciplinary jurisdiction based on the principle of peer review of professional conduct. The appropriateness of this method was, however, unanimously recognized by this Court, *per Iacobucci J.*, in *Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee*, *supra*.

D'entrée de jeu, je note que pareille proposition remet en question le fonctionnement de toute juridiction disciplinaire fondée sur le principe de l'examen de la conduite professionnelle par les pairs. Or notre Cour, sous la plume du juge Iacobucci, a unanimement reconnu le caractère approprié de cette méthode dans l'affaire *Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba*, précitée.

50 It is clear from a mere reading of the statutory provisions in question that the appellant's suggested interpretation cannot stand. The *CJA* provides that the Chief Judge of the Court of Québec is *ex officio* a member of the Conseil and the chairman thereof (s. 248(a)). It also provides that any person may lodge a complaint with the Conseil (s. 263), including a member of the Conseil, although a member cannot participate in the examination of the complaint in such a case (s. 265, para. 2). Finally, as noted by Parent J. of the Superior Court, at p. 2213:

De fait, la simple lecture des dispositions législatives en cause ne tolère pas l'interprétation que cherche à lui conférer l'appelante. La *LTJ*, en effet, prévoit que le juge en chef de la Cour du Québec est membre d'office du Conseil, dont il est le président (par. 248a)). Elle prescrit également que toute personne peut porter plainte devant le Conseil (art. 263), un membre du Conseil y compris, auquel cas, cependant, celui-ci doit s'abstenir de participer à l'examen de la plainte (art. 265, al. 2). Enfin, comme le fait remarquer le juge Parent, de la Cour supérieure, à la p. 2213:

[TRANSLATION] Since s. 96(3) C.J.A. expressly gives the Chief Judge the duty "to ensure that the judicial code of ethics is observed", it would seem contrary to the scheme of that statute for the Chief Judge to be the only person incapable of initiating the disciplinary process that is designed precisely to ensure such observance.

Le juge en chef étant expressément chargé «de veiller au respect de la déontologie judiciaire» en vertu du paragraphe 3 de l'article 96 L.T.J., il semblerait contraire à l'économie de cette loi qu'il soit le seul à ne pouvoir mettre en marche le processus disciplinaire ayant précisément pour objet d'assurer ce respect.

51 With this aspect of the issue clarified, an examination of ss. 263 and 265 *CJA* in light of the constitutional guarantees of independence and impartiality requires that the Chief Judge's role with respect to judicial ethics and the actual content of his functions and powers in the Court of Québec be properly defined. It also requires an examination of the specific nature of the bodies responsible for deciding the outcome of the complaint. These are the only two aspects I shall analyse in this section. I am of the view that the existence of a friendly relationship between the Chief Judge and the members of the Conseil and the Comité would not give rise to a reasonable apprehension of bias in the mind of a reasonable and well-informed

Cet aspect de la question étant clarifié, l'étude des art. 263 et 265 *LTJ* au regard des garanties constitutionnelles d'indépendance et d'impartialité commande que soient adéquatement cernés le rôle du juge en chef en matière de déontologie judiciaire ainsi que la teneur réelle de ses fonctions et pouvoirs au sein de la Cour du Québec. Elle requiert également un examen de la nature particulière des organismes chargés de décider du sort de la plainte. Il s'agit là des seuls aspects que je retiens pour analyse dans cette section. Je suis d'avis, en effet, que l'existence de liens familiers entre le juge en chef et les membres du Conseil et du Comité n'est pas de nature à soulever une crainte raisonnable de partialité chez un observa-

observer. With respect, such an assertion has no legal basis and challenges the dignity and professionalism of the judiciary and its Conseil. In this respect, I agree with the reasons of the Superior Court and the Court of Appeal.

(b) *The Chief Judge: Functions and Powers*

(i) With Respect to Judicial Ethics

Current provincial and territorial legislation in Canada is intended to reflect a marked awareness of judicial ethics and in many cases gives the chief judge a key role in ensuring compliance with them (see, *inter alia*, the *Judges of the Provincial Court Act*, R.S.N.S. 1989, c. 238, s. 15; the *Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, c. P-20.1, s. 9; the *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1979, c. 341, s. 6.1; the *Provincial Court Act*, R.S.M. 1987, c. C275, s. 8.1; the *Provincial Court Act, 1991*, S.N. 1991, c. 15, s. 8; the *Provincial Court Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-21, s. 6.6(3); the *Territorial Court Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. T-2, s. 5(4); and the *Territorial Court Act*, R.S.Y. 1986, c. 169, s. 20; see also Peter McCormick, "Judicial Councils for Provincial Judges in Canada" (1986), 6 *Windsor Y.B. Access Just.* 160, at pp. 174-75, where the author presents a very useful comparative table on this question). I note, however, that such explicit legislative developments are relatively recent.

This is also true in Quebec, where express references to the supervisory power of the chief district judge of the Magistrate's Court, the predecessor of the Provincial Court and of what in 1988 became the Court of Québec in its present form (S.Q. 1988, c. 21, s. 30), cannot be found prior to 1945. In this regard, s. 6 of the *Act to amend the Courts of Justice Act*, S.Q. 1945, c. 18, introduced the following provision:

The district magistrates shall be subject to the supervision, orders and control of such chief magistrates as

teur raisonnable et bien renseigné. Avec égards, une telle assertion ne repose sur aucun fondement juridique et met en question la dignité et le professionnalisme de la magistrature et de son Conseil. Je renvoie, à cet effet, aux motifs exprimés en Cour supérieure et en Cour d'appel sur cette question.

b) *Le juge en chef: fonctions et pouvoirs*

(i) En matière de déontologie judiciaire

À l'échelle provinciale et territoriale, la législation canadienne actuelle se veut le reflet d'une sensibilisation marquée à l'endroit de la déontologie judiciaire et, dans de nombreux cas, confie au juge en chef un rôle de premier ordre en vue d'en assurer le respect (voir, notamment, la *Judges of the Provincial Court Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 238, art. 15; la *Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, ch. P-20.1, art. 9; la *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 341, art. 6.1; la *Loi sur la Cour provinciale*, L.R.M. 1987, ch. C275, art. 8.1; la *Provincial Court Act, 1991*, S.N. 1991, ch. 15, art. 8; la *Loi sur la Cour provinciale*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21, par. 6.6(3); la *Loi sur la Cour territoriale*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. T-2, par. 5(4), et la *Loi sur la Cour territoriale*, L.R.Y. 1986, ch. 169, art. 20; voir également l'article de Peter McCormick, «Judicial Councils for Provincial Judges in Canada» (1986), 6 *Windsor Y.B. Access Just.* 160, aux pp. 174 et 175, où l'auteur dresse un tableau comparatif fort utile à ce propos). Je note que de tels développements législatifs explicites sont toutefois relativement récents.

Cette dernière constatation s'applique également au Québec, où les références expresses au pouvoir de surveillance du juge en chef de district de la Cour de magistrat, ancêtre de la Cour provinciale et de ce qui allait devenir, en 1988, la Cour du Québec telle qu'on la connaît aujourd'hui (L.Q. 1988, ch. 21, art. 30), ne peuvent être retracées antérieurement à 1945. À cet égard, l'art. 6 de la *Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires*, S.Q. 1945, ch. 18, introduisait la disposition suivante:

Les magistrats de district sont soumis à la surveillance, aux ordres et au contrôle de ces magistrats en

regards the distribution of cases, the holding of sittings and generally all administrative matters concerning them.

chef en ce qui regarde la distribution des causes, la tenue des séances et généralement toutes matières d'administration qui les concernent.

54

Although this section was amended in subsequent years, its substance was not affected (S.Q. 1965, c. 17, s. 2, and S.Q. 1974, c. 11, s. 32). It was only after the 1977 revision that the *Act to amend the Courts of Justice Act and the Code of Civil Procedure and to establish the Conseil de la magistrature*, S.Q. 1978, c. 19, came into force. Section 6 of that statute replaced s. 75 of the old *Courts of Justice Act*, R.S.Q. 1964, c. 20, with a new s. 75 that included an explicit reference to the chief judge's role with respect to ethics:

75. The chief judge has charge of the general policy of the Court in judicial matters.

His function is also to ensure that the judges of the sessions make due exercise of their functions and that they comply with the code of ethics. [Section 27 of the same statute made s. 75 applicable to Provincial Court judges.]

Des modifications sont apportées à cet article au cours des années suivantes, sans toutefois que la substance en soit affectée (L.Q. 1965, ch. 17, art. 2, et L.Q. 1974, ch. 11, art. 32). Ce n'est que postérieurement à la refonte de 1977 qu'entre en vigueur la *Loi modifiant la Loi des tribunaux judiciaires et le Code de procédure civile et instituant le Conseil de la magistrature*, L.Q. 1978, ch. 19, et qu'est apportée, aux termes de l'art. 6, une modification qui a pour effet de remplacer l'art. 75 de l'ancienne *Loi des tribunaux judiciaires*, S.R.Q. 1964, ch. 20; on y trouve alors un renvoi explicite au rôle du juge en chef en matière de déontologie:

75. Le juge en chef est chargé, en matière judiciaire, des politiques générales de la Cour.

Il a aussi pour fonction de s'assurer que les juges des sessions exercent utilement leurs fonctions et qu'ils respectent le code de déontologie. [L'article 27 de cette même loi a pour effet de rendre l'art. 75 applicable aux juges de la Cour provinciale.]

. . .

. . .

75c. In the division where he resides, the chief judge . . . coordinates, apportions and supervises the work of the judges, and they must comply with his orders and directives in that regard. [Emphasis added.]

75c. Dans la division où il a sa résidence, le juge en chef [. . .] coordonne, répartit et surveille le travail des juges qui, à cet égard, doivent se soumettre à ses ordres et à ses directives. [Je souligne.]

55

This provision was itself amended by s. 30 of the *Act to amend the Courts of Justice Act and other legislation to establish the Court of Québec*, S.Q. 1988, c. 21, which introduced s. 96 *CJA* as it was worded on the dates relevant here, and in particular conferred on the Chief Judge the duty "to ensure that the judicial code of ethics is observed".

Cette disposition sera à son tour modifiée par l'art. 30 du ch. 21 des Lois de 1988, dans le cadre de la *Loi modifiant la Loi sur les tribunaux judiciaires et d'autres dispositions législatives en vue d'instituer la Cour du Québec*, pour y introduire l'art. 96 *LTJ* dans la formulation qu'on lui connaît aux dates pertinentes au litige et qui veut, notamment, que le juge en chef soit chargé «de veiller au respect de la déontologie judiciaire».

56

The relatively recent date of these statutory provisions may be explained in part, at least in Québec, by the fact that the position of chief district judge was not established until 1922. On this point, see *An Act to amend the Revised Statutes, 1909, respecting district magistrates*, S.Q. 1922, c. 64, s. 1, which read in part as follows:

La relative nouveauté de ces dispositions législatives peut être expliquée en partie, du moins au Québec, par le fait que la charge de juge en chef de district ne fut établie qu'en 1922. Voir à cet égard la *Loi amendant les Statuts refondus de 1909, relativement aux magistrats de district*, S.Q. 1922, ch. 64, art. 1, qui se lisait en partie comme suit:

3291a. The Lieutenant-Governor in Council may appoint, from amongst the district magistrates of this Province, a Chief District Magistrate, with residence at the place he shall determine.

However, according to H. Patrick Glenn, “La responsabilité des juges” (1983), 28 *McGill L.J.* 228, at p. 234, the principle of judges’ disciplinary responsibility, although still in its infancy, can be traced back to before the Conquest of New France in 1759. The position of chief justice in courts now known as “superior” courts has existed in Canada since 1764 (see *Compendium of Information on the Status and Role of the Chief Justice in Canada*, prepared in 1981 for the Canadian Institute for the Administration of Justice; and Léo Pelland, “Aperçu historique de notre organisation judiciaire depuis 1760” (1933-1934), 12 *R. du D.* 14). It must therefore be thought that chief judges or justices, because of their role as co-ordinators, were able to have a certain influence on compliance with rules of conduct in the specific context of a disciplinary authority that was initially in the hands of the executive branch and then, starting in the 19th century after the principle of security of tenure for judges was established, belonged exclusively to the legislative branch.

In my opinion, this last observation also applies to the chief district judge. Until 1940, disciplinary control of judges of the chief district judge’s court was subject to the dismissal procedure, which required a vote by both legislative assemblies in favour of dismissal (R.S.Q. 1909, ss. 3263 and 3292; R.S.Q. 1925, c. 145, ss. 221 and 269); starting in 1941 it required a report of the Court of King’s Bench (Appeal Side), the predecessor of the present Court of Appeal (R.S.Q. 1941, c. 15, ss. 221 and 269; R.S.Q. 1964, c. 20, ss. 76 and 119; R.S.Q. 1977, c. T-16, ss. 85, 127 and 133; S.Q. 1988, c. 21, s. 30; and R.S.Q., c. T-16, s. 95). It must not be forgotten that a large part of the chief judge’s role in maintaining high-quality justice was defined gradually over the years, in the same way as judicial precedents. Many aspects of this role derived from judicial tradition without being transferred to legislation. Therefore, the fact that there was no explicit legislation on ethics until

3291a. Le lieutenant-gouverneur en conseil peut nommer, parmi les magistrats de district de cette province, un magistrat de district en chef, avec résidence à l’endroit qu’il détermine.

Pourtant, selon l’auteur H. Patrick Glenn, «La responsabilité des juges» (1983), 28 *R.D. McGill* 228, à la p. 234, le principe de la responsabilité disciplinaire des juges, quoique encore à l’état embryonnaire, a pu être retracé jusqu’à l’époque précédant la Conquête de la Nouvelle-France, en 1759. La fonction de juge en chef, quant à elle, auprès des tribunaux que l’on qualifie aujourd’hui de «supérieurs», fut instituée au Canada dès 1764 (voir *Recueil d’information sur le statut et le rôle du juge en chef au Canada*, préparé en 1981 pour l’Institut canadien d’administration de la justice, et Léo Pelland, «Aperçu historique de notre organisation judiciaire depuis 1760» (1933-1934), 12 *R. du D.* 14). On doit donc penser, à ce titre, que les juges en chef, en raison de leur fonction de coordination, ont pu exercer une certaine influence en ce qui concerne le respect de règles de conduite et ce, dans les contextes particuliers d’un contrôle disciplinaire d’abord entre les mains du pouvoir exécutif et, à partir du XIX^e siècle, après l’implantation du principe de l’inamovibilité des juges, réservé au pouvoir législatif.

Cette dernière observation vaut également, à mon sens, pour le juge en chef de district qui, jusqu’à 1940, a vu le contrôle disciplinaire des juges de sa cour soumis à la procédure de destitution, effectuée après le vote favorable des deux assemblées législatives (S.R.Q. 1909, art. 3263 et 3292; S.R.Q. 1925, ch. 145, art. 221 et 269) et, de 1941 à nos jours, au terme d’un rapport de la Cour du Banc du Roi (juridiction d’appel), ancêtre de la Cour d’appel actuelle (S.R.Q. 1941, ch. 15, art. 221 et 269; S.R.Q. 1964, ch. 20, art. 76 et 119; L.R.Q. 1977, ch. T-16, art. 85, 127 et 133; L.Q. 1988, ch. 21, art. 30, et L.R.Q., ch. T-16, art. 95). Il ne faut pas perdre de vue, en effet, qu’une vaste part du rôle du juge en chef, en ce qui a trait au maintien d’une justice de qualité, s’est définie au cours des ans par petites touches, à la manière de la règle prétorienne. Nombreux sont ses aspects qui relèvent de la tradition judiciaire, loin de toute transposition en termes législatifs. Aussi l’absence

quite recently does not mean we can doubt the continuity that marked the development of the chief judge's responsibilities in this regard. It accordingly cannot be argued that the supervisory powers conferred on the chief judge by the present s. 96 *CJA* were assigned spontaneously by the legislature; in my view, they must rather be seen as the expression of a reality that is consistent with general practice and gradual developments over time.

de textes explicites en matière de déontologie, jusqu'à une époque somme toute récente, ne nous autorise-t-elle pas à douter de la continuité qui a marqué l'évolution des responsabilités du juge en chef à cet égard. Dans cette perspective, on ne saurait prétendre que les pouvoirs de supervision qui lui sont confiés aux termes de l'art. 96 *LJT* actuel sont le fruit d'une attribution spontanée de la part du législateur; à mon sens, ils doivent plutôt être perçus comme l'expression d'une réalité conforme à la pratique générale et aux développements graduels de l'histoire.

58 This opinion is shared by the American author C. G. Geyh, who asserts that the chief judge's supervisory powers over ethics are inherent in the exercise of his or her functions and need not be conferred by specific statutory provisions ("Means Of Judicial Discipline Other Than Those Prescribed By The Judicial Discipline Statute, 28 U.S.C. Section 372(c)", in *Research Papers of the National Commission on Judicial Discipline and Removal* (1993), vol. 1, 713, at p. 756). I agree.

En conformité avec ces propos, par ailleurs, l'auteur américain C. G. Geyh avance la proposition selon laquelle les pouvoirs de supervision du juge en chef à l'égard de la déontologie sont inhérents à l'exercice de ses fonctions et ne requièrent aucune attribution par le biais de dispositions législatives spécifiques («Means Of Judicial Discipline Other Than Those Prescribed By The Judicial Discipline Statute, 28 U.S.C. Section 372(c)», dans *Research Papers on the National Commission on Judicial Discipline and Removal* (1993), vol. 1, 713, à la p. 756). J'y souscris.

59 We must recognize that the chief judge, as *primus inter pares* in the court, the efficient operation of which he or she oversees in all other respects, is in a preferred position to ensure compliance with judicial ethics. First, because of the chief judge's role as co-ordinator, events that may raise ethical issues are more readily brought to his or her attention. As well, because of the chief judge's status, he or she is often the best situated to deal with such delicate matters, thereby relieving the other judges of the court of the difficult task of laying a complaint against one of their colleagues where necessary. In short, the power to lay a complaint is an intrinsic part of the chief judge's responsibility in this area and it would not be fitting for the chief judge to act through someone else, whether a judge or a person outside the judiciary, to fulfil his or her obligations in this regard.

Il nous faut reconnaître, en effet, que le juge en chef, en tant que *primus inter pares* au sein de la cour dont il voit au bon fonctionnement à tous autres égards, occupe une position privilégiée pour veiller au respect de la déontologie judiciaire. D'une part, en raison même du rôle de coordonnateur qui est le sien, il se trouve que les événements susceptibles de soulever des questions d'ordre déontologique sont plus facilement amenés à son attention. D'autre part, du fait même de son statut, le juge en chef s'avère fréquemment le mieux placé pour traiter de ces questions délicates, soulageant par le fait même les autres juges de la cour de la difficile tâche de porter plainte à l'endroit de l'un de leurs collègues, le cas échéant. En somme, le pouvoir de porter plainte relève intrinsèquement de la responsabilité du juge en chef en ce domaine et il ne s'agirait pas que ce dernier, pour s'assurer de ses obligations à cet égard, agisse sous le couvert d'une autre personne, que celle-ci soit juge ou encore issue d'un milieu étranger à la magistrature.

(ii) In the Court of Québec

The appellant refers here to a series of *CJA* provisions that she argues grant the Chief Judge powers that go beyond mere judicial management and thus affect the ability of Conseil and Comité members to make objective decisions. On this point, I should begin by noting that any argument about the Chief Judge's authority must be analysed specifically having regard to the composition of the Conseil, which as we know consists of, in addition to the Court of Québec judges, two to four Municipal Court judges, two lawyers and two representatives of the public, over whom the Chief Judge cannot have any influence under the *CJA*. As for the Comité, since it is made up of five Conseil members there is an equal chance to ensure that its membership is not monolithic. The same observations concerning the Chief Judge's presumed authority may therefore be applied to it.

In his reasons, Parent J. of the Superior Court examined the powers conferred on the Chief Judge by the *CJA* in detail and found that there was no institutional bias of any kind. I shall review the main elements of those reasons.

Like Parent J., I would immediately reject as an issue the fact that pursuant to s. 90 *CJA*, Chief Judge Gobeil would have been consulted by the government on the appointment of senior associate chief judges and associate chief judges of the Court of Québec, the former being members of the Conseil *ex officio* and three of the latter being appointed thereto upon his recommendation. It is clear that the Chief Judge has only a power of recommendation in this regard and that the government is not required to follow his recommendation. As for the financial benefits of holding these positions, including additional remuneration (s. 115 *CJA*), an expense allowance (s. 121 *CJA*), the same salary after leaving the position if the judge has occupied it for at least seven years (s. 116 *CJA*) and a year's leave of absence with salary after the same period (s. 92 *CJA*), they are all priv-

(ii) Au sein de la Cour du Québec

L'appelante invoque ici une série de dispositions de la *LTJ* qui confieraient au juge en chef des pouvoirs excédant le cadre de la simple gestion judiciaire ce qui affecterait, par le fait même, la capacité des membres du Conseil et du Comité de prendre des décisions qui soient objectives. Je note immédiatement, à cet égard, que tout argument relatif à l'autorité du juge en chef doit nécessairement s'analyser dans le contexte précis de la composition du Conseil, que l'on sait formé, en plus des juges de la Cour du Québec, de deux à quatre juges des cours municipales, de deux avocats et de deux représentants du public, sur lesquels le juge en chef ne peut exercer aucun ascendant en vertu de la *LTJ*. Quant au Comité, formé de cinq membres issus du Conseil, il jouit par là même de possibilités équivalentes, en ce qui concerne la faculté d'y assurer une représentation qui ne soit pas monolithique. Les mêmes constatations, quant à l'autorité présumée du juge en chef, peuvent donc lui être appliquées.

Dans ses motifs, le juge Parent de la Cour supérieure se livre à une étude détaillée des pouvoirs confiés au juge en chef en vertu de la *LTJ* et conclut à l'absence de partialité institutionnelle sous tous ses aspects. J'en reprends ci-dessous les principaux éléments.

Comme le juge Parent, j'écarte d'emblée, à ce propos, la question de la nomination des juges en chef associés et juges en chef adjoints de la Cour du Québec, pour laquelle, aux termes de l'art. 90 *LTJ*, le juge en chef Gobeil aurait été consulté par le gouvernement, alors que les premiers sont membres d'office du Conseil et que trois des juges en chef adjoints y sont nommés sur sa recommandation. Il est clair, en effet, que le juge en chef ne jouit que d'un pouvoir de recommandation à cet égard et que le gouvernement n'est pas obligé d'y donner suite. Quant aux avantages financiers attachés aux fonctions de ces derniers, parmi lesquels le droit à une rémunération additionnelle (art. 115 *LTJ*), à des indemnités pour frais (art. 121 *LTJ*), au maintien du même niveau de salaire à la cessation de l'emploi, dans la mesure où ceux-ci ont exercé leur fonction pendant au moins sept ans

60

61

62

ileges granted by statute and the Chief Judge has no say in them.

63 The *CJA* further provides that all Court of Québec judges may receive various benefits, such as engaging in remunerated teaching activities (s. 134 *CJA*) or exercising the functions of arbitrator (s. 130 *CJA*) or coroner (s. 131 *CJA*). It is also possible for a judge of the court to carry out a mandate entrusted to him or her by the government (s. 132 *CJA*) or to exercise judicial functions after retirement (s. 93 *CJA*). Among these pursuits, only remunerated teaching activities must be authorized by the Chief Judge. In all other cases, it is the government rather than the Chief Judge that makes the final decision, after receiving the Chief Judge's request or opinion but without being bound by it. Like *Parent J.*, I do not believe that a Conseil or Comité member making a decision concerning a complaint lodged by his or her Chief Judge could be influenced by the prospect of obtaining authorization from the Chief Judge to engage in remunerated teaching activities.

64 All that remains are the management functions conferred on the Chief Judge by s. 96 *CJA*, which I have reproduced below for ease of reference:

96. The chief judge has the direction of the Court.

The functions of the chief judge shall be, in particular,

(1) to ensure that the general policy of the Court in judicial matters is applied;

(2) to coordinate, apportion and supervise the work of the judges, who must comply with his orders and directives in that regard;

. . .

Section 100 *CJA* provides that the Chief Judge may designate an associate chief judge to exercise the functions of a senior associate chief judge where the latter is absent or unable to act, until the

(art. 116 *LTJ*) ainsi qu'au congé d'une année, avec solde, à l'expiration de cette même période (art. 92 *LTJ*), ce sont tous là des privilèges qui leur sont accordés par la loi et pour l'attribution desquels le juge en chef n'a pas voix au chapitre.

La *LTJ* prescrit par ailleurs que tous les juges de la Cour du Québec peuvent bénéficier d'avantages divers, tels que l'exercice d'activités pédagogiques rémunérées (art. 134 *LTJ*), de fonctions d'arbitre (art. 130 *LTJ*) ou encore de coroner (art. 131 *LTJ*). Il est également possible pour un juge de la cour d'exécuter un mandat du gouvernement (art. 132 *LTJ*) ou de poursuivre des fonctions judiciaires une fois à la retraite (art. 93 *LTJ*). Parmi ces occupations, je note que seul l'exercice d'activités pédagogiques rémunérées est autorisé par le juge en chef lui-même. Dans tous les autres cas, c'est le gouvernement et non le juge en chef qui se veut titulaire de la décision finale, après avoir reçu la demande ou l'avis de ce dernier, sans toutefois être tenu de s'y conformer. Comme le juge *Parent*, je ne crois pas qu'un membre du Conseil ou du Comité, au moment de rendre une décision relative à la plainte portée par son juge en chef, puisse se voir influencé par la perspective d'obtenir de ce dernier l'autorisation d'exercer des activités pédagogiques rémunérées.

Restent les fonctions de direction confiées au juge en chef en vertu des premier et deuxième paragraphes de l'art. 96 *LTJ*, que je reproduis ci-dessous, afin d'en faciliter la consultation:

96. Le juge en chef est chargé de la direction de la Cour.

Il a notamment pour fonctions:

1^o de voir au respect, en matière judiciaire, des politiques générales de la Cour;

2^o de coordonner, de répartir et de surveiller le travail des juges qui, à cet égard, doivent se soumettre à ses ordres et directives;

. . .

À cet égard, l'art. 100 *LTJ* prescrit que le juge en chef peut désigner un juge en chef adjoint pour exercer les fonctions de juge en chef associé, au cas d'absence ou d'incapacité de ce dernier, et ce

senior associate chief judge resumes his or her functions or is replaced. As Parent J. notes, at p. 2217, [TRANSLATION] “this power exists only when needed to deal with an emergency, and the designated judge exercises his or her functions only for a limited time”. In addition, if the senior associate chief judge must be replaced, his or her successor is appointed by the government, pursuant to s. 90 *CJA*.

The Chief Judge, after consultation with the senior associate chief judge concerned, may also assign a judge to a specific division (Civil, Criminal and Penal, or Youth: s. 107 *CJA*), modify that assignment (s. 111 *CJA*) and temporarily assign a judge to another regional section (s. 109 *CJA*). Although the Chief Judge is not consulted in any way about the initial permanent assignment of a judge to a regional section, which is determined by the government (s. 86 *CJA*), the Chief Judge may nonetheless recommend a modification to a judge’s notice of appointment concerning the judge’s place of residence or the regional section assigned to the judge (s. 108 *CJA*). Under s. 110 *CJA*, however, the recommendations and decisions provided for in ss. 108 and 109 *CJA* cannot be acted upon unless the judge consents to such modification to his or her notice of appointment or unless the Chief Judge considers that the circumstances so require, in which case the judge concerned must have been given the opportunity to present his or her views. In addition, under s. 112 *CJA*, a decision of the Chief Judge pursuant to ss. 108 or 111 *CJA* may be appealed to the Conseil, which may confirm or quash it.

In short, to quote Parent J., at p. 2218:

[TRANSLATION] The statutory provisions cited above, whose purpose is to authorize the Chief Judge to manage the Court of Québec’s activities, therefore grant the Chief Judge only the administrative powers needed for such management. In some cases, it is the Chief Judge who makes the decision, but then it has a temporary effect only; otherwise his power will be limited to making recommendations that the government may or may not approve or follow, except where there is an appeal

jusqu’à son retour ou son remplacement. Or, comme le souligne le juge Parent, à la p. 2217, «il s’agit d’un pouvoir ponctuel, destiné à faire face à une situation d’urgence, et le juge désigné n’exerce ses fonctions que pour une période de temps limitée». Si, par ailleurs, le juge en chef associé doit être remplacé, la nomination de son successeur sera faite par le gouvernement, conformément aux dispositions de l’art. 90 *LTJ*.

Le juge en chef, après consultation avec le juge en chef associé concerné, dispose également du pouvoir d’assigner un juge à une chambre déterminée (civile, criminelle et pénale, ou de la jeunesse, art. 107 *LTJ*), de modifier cette assignation (art. 111 *LTJ*) et de décider de l’affectation temporaire d’un juge à une autre division régionale (art. 109 *LTJ*). Bien qu’il ne soit consulté d’aucune façon en ce qui concerne l’affectation initiale permanente d’un juge à une division régionale, laquelle est déterminée par le gouvernement (art. 86 *LTJ*), le juge en chef peut néanmoins recommander que soit modifié l’acte de nomination d’un juge quant à son lieu de résidence ou quant à la division régionale à laquelle il est affecté (art. 108 *LTJ*). Aux termes de l’art. 110 *LTJ*, il ne peut cependant être donné suite aux recommandations et décisions prévues aux art. 108 et 109 *LTJ* que si le juge consent à la modification de son acte de nomination ou que si le juge en chef considère que les circonstances l’exigent, auquel cas le juge visé par la mesure doit avoir eu l’occasion de se faire entendre. Au surplus, selon l’art. 112 *LTJ*, il peut être appelé d’une décision du juge en chef au regard de l’art. 108 ou 111 *LTJ* devant le Conseil, lequel peut alors confirmer ou annuler celle-ci.

En somme, pour reprendre les propos du juge Parent, à la p. 2218:

Les dispositions législatives citées ci-dessus, ayant pour objet de permettre au juge en chef de diriger les activités de la Cour du Québec, se limitent donc à confier à ce dernier les pouvoirs administratifs nécessaires à cette gestion. Dans certains cas, c’est le juge en chef lui-même qui prendra la décision, mais cette dernière n’aura qu’un effet temporaire; autrement, son pouvoir se limitera à faire des recommandations qui seront, ou non, approuvées ou suivies par le gouvernement, sauf s’il y a

to the Conseil, in which case it decides the matter. [Emphasis added.]

This being the situation, there is in my opinion no reason to apprehend that the impartiality of the Court of Québec judges sitting on the Conseil or Comité would be compromised in making a decision concerning Judge Ruffo. Accordingly, the specific nature of the bodies responsible for dealing with the complaint and their relationship with the Chief Judge should now be examined.

(c) *The Conseil and the Comité*

67

Under ss. 256(c) and 263 *CJA*, the Conseil is responsible for receiving and examining complaints lodged by any person against a judge alleging that the judge has failed to comply with the *Code of Ethics*. Sections 265 and 266 *CJA* authorize the Conseil to gather such information as it may deem necessary; it forwards a copy of the complaint to the judge concerned and may require an explanation from that judge. If after examining the complaint the Conseil decides that the complaint is justified and that an inquiry is warranted because of the nature and importance of the complaint, it establishes a Comité for that purpose consisting of five persons chosen from among its members and designates a chairman among them (ss. 268 and 269 *CJA*). When the inquiry is completed, the Comité prepares a report, which it submits to the Conseil along with its recommendations (s. 277 *CJA*). Under s. 279 *CJA*, if the report establishes that the complaint is justified, the Conseil must implement the Comité's recommendations, which may be of two types: a reprimand of the judge concerned or a recommendation that the Minister of Justice and Attorney General institute removal proceedings by filing a motion with the Court of Appeal in accordance with s. 95 *CJA*. It is important to note at this point that under s. 95 it is the government that makes the final decision to remove a judge, after the Court of Appeal has submitted a report on its inquiry; the Comité, Conseil and Chief Judge of the Court of Québec have no authority in this regard.

appel au Conseil, auquel cas c'est la décision de cet organisme qui tranchera la question. [Je souligne.]

Devant cet état de choses, il n'y a pas lieu de craindre, à mon sens, que les juges de la Cour du Québec appelés à siéger au sein du Conseil ou du Comité voient leur impartialité compromise au moment de rendre une décision concernant le juge Ruffo. Ceci étant, il convient maintenant d'examiner la nature particulière des organismes chargés du traitement de la plainte et les rapports que ceux-ci entretiennent avec le juge en chef à cet égard.

c) *Les Conseil et Comité*

Au sens du par. 256c) et de l'art. 263 *LTJ*, c'est au Conseil que revient la charge de recevoir et d'examiner une plainte portée par toute personne contre un juge et lui reprochant un manquement au *Code de déontologie*. Selon les art. 265 et 266 *LTJ*, le Conseil est alors autorisé à colliger les informations qu'il estime nécessaires; il transmet une copie de la plainte au juge concerné et peut requérir des explications de ce dernier. Si, au terme de son examen, le Conseil constate que la plainte est fondée et qu'elle justifie, en raison de son caractère et de son importance, la tenue d'une enquête, il établit à cette fin un comité formé de cinq personnes choisies parmi ses membres et désigne parmi elles un président (art. 268 et 269 *LTJ*). À la clôture de l'enquête, le Comité rédige un rapport qu'il soumet au Conseil avec ses recommandations (art. 277 *LTJ*). Aux termes de l'art. 279 *LTJ*, si le rapport établit que la plainte est fondée, le Conseil se doit de mettre en œuvre les recommandations du Comité; celles-ci sont de deux ordres: la réprimande du juge visé par la plainte ou encore une recommandation au ministre de la Justice et au procureur général que soient engagées des procédures de destitution à son égard, par la présentation d'une requête à la Cour d'appel, conformément aux dispositions de l'art. 95 *LTJ*. Il est effectivement important de souligner, à ce stade, qu'en vertu de ce dernier article, c'est le gouvernement qui est titulaire de la décision finale en matière de destitution, après que la Cour d'appel lui ait présenté son rapport d'enquête, et que ni le Comité ou le Conseil, ni le juge en chef de la Cour du Québec ne peuvent exercer d'autorité à cet égard.

The Comité's role in light of these statutory provisions was accurately described by Parent J., at p. 2214:

[TRANSLATION] . . . the Comité is a body established for a purpose relating to the welfare of the public, namely to ensure compliance with the code of ethics that sets out the rules of conduct for and duties of judges toward the public, the parties to a case and counsel. The Comité's role is to inquire into a complaint alleging that a judge has failed to comply with the code, determine whether the complaint is justified and, if so, recommend the appropriate sanction to the Conseil.

The Comité's mandate is thus to ensure compliance with judicial ethics in order to preserve the integrity of the judiciary. Its role is remedial and relates to the judiciary rather than the judge affected by a sanction. In this light, as far as the recommendations the Comité may make with respect to sanctions are concerned, the fact that there is only a power to reprimand and the lack of any definitive power of removal become entirely comprehensible and clearly reflect the objectives underlying the Comité's establishment: not to punish a part that stands out by conduct that is deemed unacceptable but rather to preserve the integrity of the whole.

That being the case, other factors tend to eliminate the possibility of a reasonable apprehension of institutional bias arising in the case at bar: it should not be forgotten that Comité members who are Court of Québec judges had to take the following oath pursuant to s. 89 *CJA* when they were appointed:

I swear (*or solemnly affirm*) that I will faithfully, impartially and honestly, and to the best of my knowledge and abilities, fulfil all the duties and exercise all the powers of a judge of the Court of Québec. [Emphasis in original.]

Likewise, the *Code of Ethics* explicitly requires that judges be, and be seen to be, impartial and uphold the integrity and independence of the judiciary. Pursuant to s. 262 *CJA*, these duties and rules of conduct apply toward the public, the lawyers and the parties to an action, which clearly

Le rôle du Comité, à la lumière de ces dispositions législatives, a été adéquatement cerné par le juge Parent, à la p. 2214:

. . . le comité est un organisme établi en vue d'un objectif relevant du bien public, à savoir le respect du code de déontologie déterminant les règles de conduite et les devoirs des juges envers le public, les parties à une instance et les avocats. Sa fonction est d'enquêter sur une plainte reprochant à un juge un manquement à ce code, de déterminer si la plainte est fondée et, si elle l'est, de recommander au Conseil la sanction que ce dernier devra imposer.

Le Comité a donc pour mission de veiller au respect de la déontologie judiciaire pour assurer l'intégrité du pouvoir judiciaire. La fonction qu'il exerce est réparatrice, et ce à l'endroit de la magistrature, non pas du juge visé par une sanction. Sous cet éclairage, au chapitre des recommandations que peut faire le Comité relativement aux sanctions à suivre, l'unique faculté de réprimander, de même que l'absence de tout pouvoir définitif en matière de destitution, prennent tout leur sens et reflètent clairement, en fait, les objectifs sous-jacents à l'établissement du Comité: ne pas punir un élément qui se démarque par une conduite jugée non conforme mais veiller, plutôt, à l'intégrité de l'ensemble.

Ceci étant, d'autres éléments tendent à écarter la perspective de voir soulevée, en la matière, une crainte raisonnable de partialité institutionnelle: il ne faudrait pas perdre de vue, en effet, que les membres du Comité qui siègent en tant que juges de la Cour du Québec ont eu, à l'occasion de leur nomination, à prononcer le serment suivant, aux termes de l'art. 89 *LTJ*:

Je jure (*ou affirme solennellement*) de remplir fidèlement, impartialement et honnêtement, au meilleur de ma capacité et de mes connaissances, tous les devoirs de juge de la Cour du Québec et d'en exercer de même tous les pouvoirs. [En italique dans l'original.]

Dans le même sens, le *Code de déontologie* requiert explicitement que les juges se montrent impartiaux et préservent l'intégrité et l'indépendance de la magistrature. Selon les prescriptions de l'art. 262 *LTJ*, ces devoirs et règles de conduite s'imposent à l'égard du public, des avocats et des

includes the proceeding in which Judge Ruffo is involved. I have reproduced the relevant provisions of the *Code of Ethics* below for ease of reference:

5. The judge should be, and be seen to be, impartial and objective.

10. The judge should uphold the integrity and defend the independence of the judiciary, in the best interest of justice and society.

70

The appellant argues, however, that the roles of Chief Judge and complainant are naturally incompatible, in that under ss. 271 and 272 *CJA* the complainant becomes a party to the inquiry and may call witnesses and cross-examine the witnesses heard. In the appellant's submission, the authorized use by the Chief Judge of methods that are usually employed by a prosecutor taints the proceedings with bias and therefore requires that they be quashed. In this regard, she relies on a letter dated October 23, 1990 from counsel for Chief Judge Gobeil to the secretary of the Conseil, Judge Bernard Tellier:

[TRANSLATION] Under the Act . . . the complainant is a party to the inquiry. Chief Judge Albert Gobeil will therefore appear and testify before the Comité and may be cross-examined by any party.

However, it does not seem appropriate for the Chief Judge of the Court of Québec and chairman of the Conseil de la magistrature to be involved in conducting adversarial proceedings against a judge of that court. The role of Chief Judge and the activities of the party responsible for prosecuting are clearly incompatible. Accordingly, it does not seem appropriate for counsel for Chief Judge Albert Gobeil to call witnesses at the inquiry or cross-examine the witnesses heard. [Emphasis added.]

The appellant's argument thus rests on the premise that Chief Judge Gobeil is a prosecutor before the Comité. This assertion presupposes that proceedings before the Comité are similar to an adversarial trial in which the burden of proof is on the prosecution.

parties à une instance, ce qui vise indubitablement la procédure à laquelle est soumise le juge Ruffo. Je reproduis ci-dessous les dispositions pertinentes du *Code de déontologie* afin d'en faciliter la consultation:

5. Le juge doit de façon manifeste être impartial et objectif.

10. Le juge doit préserver l'intégrité et défendre l'indépendance de la magistrature, dans l'intérêt supérieur de la justice et de la société.

L'appelante prétend néanmoins que les rôles de juge en chef et de plaignant sont naturellement incompatibles, en ce qu'aux termes des art. 271 et 272 *LTJ*, le plaignant devient partie à l'enquête, peut produire des témoins et contre-interroger les témoins entendus. Aux dires de l'appelante, l'emploi autorisé de méthodes, par le juge en chef, qui sont normalement le propre d'une partie poursuivante, colore les procédures entreprises de partialité et commande, à ce titre, que celles-ci soient invalidées. Elle s'appuie, à cet égard, sur la lettre adressée par le procureur du juge en chef Gobeil au secrétaire du Conseil, le juge Bernard Tellier, le 23 octobre 1990:

Suivant les dispositions de la loi, [. . .] le plaignant est partie à l'enquête. Monsieur le juge Albert Gobeil sera ainsi présent devant le Comité, y témoignera et toute partie pourra éventuellement le contre-interroger.

Toutefois, il ne paraît pas convenir que le juge en chef de la Cour du Québec et le président du Conseil de la magistrature soit impliqué dans la mise en œuvre d'une procédure contradictoire à l'encontre d'un juge de cette Cour. Sont nettement incompatibles les fonctions de juge en chef et les activités de la partie à qui revient la responsabilité d'une poursuite. Aussi, il ne semble pas approprié que le procureur de monsieur le juge Albert Gobeil produise des témoins à l'enquête ou contre-interroge les témoins qui seraient entendus. [Je souligne.]

La thèse de l'appelante repose donc sur la prémisse selon laquelle le juge en chef Gobeil, devant le Comité, est une partie poursuivante. Cette assertion postule que les procédures qui ont cours devant le Comité sont de la nature d'un procès contradictoire, où le fardeau de la preuve est supporté par la poursuite.

With respect, the relevant provisions of the *CJA* do not support such an assertion. I have reproduced them below for ease of reference:

268. The council may, after examining a complaint, decide to make an inquiry

269. To conduct an inquiry on a complaint, the council establishes a committee consisting of five persons chosen from among its members and designates a chairman among them.

271. . . .

Within thirty days after the communication of the complaint, the committee calls the judge concerned and the plaintiff

272. The committee hears the parties, their attorneys and their witnesses.

It may inquire into the relevant facts and call any person apt to testify on such facts.

273. The members of the committee enjoy, for the purposes of an inquiry, the powers and immunity of commissioners appointed under the Act respecting public inquiry commissions (chapter C-37).

275. The committee may make rules of procedure or rules of practice for the conduct of an inquiry.

281. The council may retain the services of an advocate or of another expert to assist the committee in the conduct of its inquiry. [Emphasis added.]

As I noted earlier, the Comité's mandate is to ensure compliance with judicial ethics; its role in this respect is clearly one of public order. For this purpose, it must inquire into the facts to decide whether the *Code of Ethics* has been breached and recommend the measures that are best able to remedy the situation. Accordingly, as the statutory provisions quoted above illustrate, the debate that occurs before it does not resemble litigation in an adversarial proceeding; rather, it is intended to be

Avec égards, les dispositions pertinentes de la *LTJ* ne permettent pas de soutenir pareille affirmation. Je les reproduis ci-dessous afin d'en faciliter la consultation:

268. Le conseil peut, après l'examen d'une plainte, décider de faire enquête

269. Pour mener l'enquête sur une plainte, le conseil établit un comité formé de cinq personnes choisies parmi ses membres et il désigne parmi elles un président.

271. . . .

Dans les trente jours qui suivent la communication de la plainte, le comité convoque le juge concerné et le plaignant pour procéder à l'enquête et à l'audition; . . .

272. Le comité entend les parties, leur procureur ainsi que leurs témoins.

Il peut s'enquérir des faits pertinents et convoquer toute personne apte à témoigner sur ces faits.

273. Les membres du comité sont investis, aux fins d'une enquête, des pouvoirs et immunités des commissaires nommés en vertu de la Loi sur les commissions d'enquête (chapitre C-37).

275. Le comité peut adopter des règles de procédure ou de pratique pour la conduite d'une enquête.

281. Le conseil peut retenir les services d'un avocat ou d'un autre expert pour assister le comité dans la conduite de son enquête. [Je souligne.]

Tel que je l'ai souligné plus haut, le Comité a pour mission de veiller au respect de la déontologie judiciaire et remplit, à ce titre, une fonction qui relève incontestablement de l'ordre public. Il doit, à cette fin, faire enquête sur les faits pour décider s'il y a eu manquement au *Code de déontologie* et recommander les mesures qui soient les plus aptes à remédier à la situation. Aussi, comme le révèlent les dispositions législatives précitées, le débat qui prend place devant lui n'est-il pas de l'essence d'un litige dominé par une procédure contradictoire mais se veut plutôt l'expression de fonctions

the expression of purely investigative functions marked by an active search for the truth.

purement investigatrices, marquées par la recherche active de la vérité.

73

In light of this, the actual conduct of the case is the responsibility not of the parties but of the Comité itself, on which the *CJA* confers a pre-eminent role in establishing rules of procedure, researching the facts and calling witnesses. Any idea of prosecution is thus structurally excluded. The complaint is merely what sets the process in motion. Its effect is not to initiate litigation between two parties. This means that where the Conseil decides to conduct an inquiry after examining a complaint lodged by one of its members, the Comité does not thereby become both judge and party: as I noted earlier, the Comité's primary role is to search for the truth; this involves not a *lis inter partes* but a true inquiry in which the Comité, through its own research and that of the complainant and of the judge who is the subject of the complaint, finds out about the situation in order to determine the most appropriate recommendation based on the circumstances of the case before it.

Dans cette perspective, la véritable conduite de l'affaire n'est pas du ressort des parties mais bien du Comité lui-même, à qui la *LTJ* confie un rôle prééminent dans l'établissement de règles de procédure, de recherche des faits et de convocation de témoins. Toute idée de poursuite se trouve donc écartée sur le plan structurel. La plainte, à cet égard, n'est qu'un mécanisme de déclenchement. Elle n'a pas pour effet d'initier une procédure litigieuse entre deux parties. Vu cette absence de contentieux, si le Conseil décide de faire enquête après l'examen d'une plainte portée par un de ses membres, le Comité ne devient pas de ce fait juge et partie: comme je l'ai souligné plus haut, la fonction première du Comité est la recherche de la vérité; or celle-ci n'emprunte pas la voie d'un *lis inter partes* mais celle d'une véritable enquête où le Comité, par ses propres recherches, celles du plaignant et du juge qui fait l'objet de la plainte, s'informe de la situation en vue de décider de la recommandation qui soit la plus adéquate, au regard des circonstances de l'affaire qui lui est soumise.

74

Moreover, it is for this purpose and in order to conduct the inquiry for which it is responsible that the Conseil may retain the services of an advocate, as provided by s. 281 *CJA*. In the present case, the Chief Judge's suggestion to that effect was therefore helpful and in keeping with an approach recognized by other provincial legislatures (see, *inter alia*, the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, s. 49(21); the *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1979, c. 341, s. 18(4); the *Provincial Court Act*, R.S.M. 1987, c. C275, ss. 32(9) and 37(13); and the *Provincial Court Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-21, s. 6.9(1)(b)). Along the same lines, it should be mentioned that the American Bar Association has proposed that the states adopt a body of basic rules of judicial ethics incorporating participation by lawyers at inquiries ("Model Rules for Judicial Disciplinary Enforcement" (August 1994)).

C'est d'ailleurs dans la perspective qui précède et pour tenir l'enquête dont la responsabilité lui incombe que le Conseil peut retenir les services d'un avocat, comme le prévoit l'art. 281 *LTJ*. En l'instance, la suggestion adressée par le juge en chef à cet effet se veut donc utile et conforme, du reste, à une démarche qui se voit reconnue par d'autres législateurs provinciaux (voir, notamment, la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, par. 49(21); la *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 341, par. 18(4); la *Loi sur la Cour provinciale*, L.R.M. 1987, ch. C275, par. 32(9) et 37(13), et la *Loi sur la Cour provinciale*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21, al. 6.9(1)(b)). Dans un même ordre d'idées, il y a également lieu de souligner que l'Association du Barreau américain a proposé aux différents États un corpus de règles fondamentales en matière de déontologie judiciaire, au chapitre desquelles la participation de l'avocat à l'enquête se trouve incorporée («Model Rules for Judicial Disciplinary Enforcement» (août 1994)).

As well, a survey of statutes across the country reveals the following: in Ontario, the *Courts of Justice Act*, R.S.O. 1990, c. C.43, provides that a complaint may be made to the Council by any person, which would include the Chief Judge (s. 51.3); the Chief Judge is a member of the Council *ex officio* (s. 49(2)(b)) but is always excluded from the subcommittee reviewing the complaint (s. 51.4(1)). It also provides that the Council determines who are the parties to the hearing (s. 51.6(6)). In British Columbia, s. 15(5) of the *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1979, c. 341, provides that a chief judge who has conducted an investigation into a judge's conduct shall not sit as a member of the council on an inquiry respecting the same matter. In Newfoundland, s. 16(3) of the *Provincial Court Act, 1991*, S.N. 1991, c. 15, contains a similar provision except that it applies where the chief judge has suspended or reprimanded the judge whose conduct is in question. In these last two cases, however, I note that the chief judge is not prohibited from making submissions to the council as a party. In New Brunswick, s. 6.10(4) of the *Provincial Court Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-21, provides that the counsel to the panel acts as the prosecutor at the formal hearing.

It is evident that few provincial statutes contain express provisions on the complainant's status at the inquiry. In fact, only the *CJA*, which makes the complainant a party, is explicit on this point. What can be concluded from this uniqueness? First, in light of what is set out in the preceding paragraphs, it is clear that the concept of "party" at a Comité hearing does not change the essence of the institution in question. It even seems that by defining the attributes of each person involved in the inquiry in ss. 271 and 272 *CJA*, the legislature was instead showing a concern to eliminate the uncertainty that often arises as to a person's precise role and standing before a committee of inquiry. Moreover, a comparative analysis shows that disciplinary proceedings for provincially appointed judges are not uniform across the country and that the interaction that occurs among the council, committee and chief judge during such proceedings varies

Le recensement de lois à l'échelle nationale révèle par ailleurs les données suivantes: en Ontario, au sens de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.O. 1990, ch. C.43, il est prescrit qu'une plainte peut être portée devant le Conseil par toute personne, ce qui inclut le juge en chef, le cas échéant (art. 51.3); ce dernier est membre d'office du Conseil (al. 49(2)b)) mais se voit exclu du sous-comité chargé d'examiner la plainte et ce, en toutes circonstances (par. 51.4(1)). Il est établi, par ailleurs, que c'est le Conseil qui détermine quelles sont les parties à l'audience (par. 51.6(6)). En Colombie-Britannique, le par. 15(5) de la *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 341, dispose que le juge en chef doit s'abstenir de siéger comme membre enquêteur au sein du Conseil lorsqu'il a lui-même examiné le dossier du juge dont la conduite est en cause. À Terre-Neuve, le par. 16(3) de la *Provincial Court Act, 1991*, S.N. 1991, ch. 15, va dans le même sens mais à l'égard, cette fois, d'un juge que le juge en chef aurait suspendu ou réprimandé. Dans ces deux derniers cas, cependant, je note qu'aucune disposition n'interdit au juge en chef de faire des représentations devant le Conseil en tant que partie. Au Nouveau-Brunswick, la *Loi sur la Cour provinciale*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21, prescrit au par. 6.10(4) que c'est l'avocat du comité qui doit agir comme poursuivant à l'audition formelle.

Peu de lois provinciales, on en conviendra, comportent des dispositions expresses sur le statut du plaignant à l'enquête. En réalité, seule la *LTJ*, en faisant du plaignant une partie, se montre aussi explicite. Que conclure de cette unicité? D'une part, à la lumière des développements contenus dans les paragraphes précédents, il est établi que le concept de «partie» à l'audition devant le Comité ne change pas l'essence de l'institution en cause. Il semble même, en fait, qu'en définissant les attributs de chaque intervenant à l'enquête, aux termes des art. 271 et 272 *LTJ*, le législateur se soit plutôt montré soucieux de lever les incertitudes qui entourent fréquemment le rôle exact d'une personne auprès d'un comité d'enquête, ainsi que sa qualité pour agir. D'autre part, un examen comparatif nous apprend qu'au pays, les procédures disciplinaires réservées aux juges de nomination provinciale sont marquées par la diversité et que

depending on the powers and functions conferred by statute on each of them. In some cases, as I noted earlier, the chief judge plays a much more active role in receiving and examining complaints laid against a judge, whereas in Quebec (s. 263 *CJA*) and Saskatchewan (*The Provincial Court Act, 1978*, S.S. 1978, c. 42, s. 17), for example, these steps are the council's responsibility. In other cases, it is the chief judge who makes the decision to suspend a judge whose conduct is in question or to take corrective action in respect of that judge (*Judges of the Provincial Court Act*, R.S.N.S. 1989, c. 238, s. 15(2); *Provincial Court Act, 1991*, S.N. 1991, c. 15, s. 8(1)(d); *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1979, c. 341, s. 15(4); *Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, c. P-20.1, s. 9(c); *Provincial Court Act*, R.S.M. 1987, c. C275, s. 36(1); *Territorial Court Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. T-2, s. 5(4)), while in New Brunswick and Prince Edward Island these functions are performed by the Council (*Provincial Court Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-21, s. 6.8(1)) and the Lieutenant Governor in Council (*Provincial Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. P-25, s. 10(1)) respectively.

les interactions qui ont cours, à ce titre, entre le Conseil, le Comité et le juge en chef varient en fonction des pouvoirs et attributions que la loi confère à chacun de ces derniers. Dans certains cas, comme j'en ai fait état plus haut, le juge en chef joue un rôle beaucoup plus actif dans la réception et l'examen des plaintes portées contre un juge, alors qu'au Québec (art. 263 *LTJ*) et en Saskatchewan (*The Provincial Court Act, 1978*, S.S. 1978, ch. 42, art. 17), par exemple, ces étapes sont l'apanage du Conseil. En d'autres cas, c'est au juge en chef que revient la décision de suspendre un juge dont la conduite est remise en question ou de prendre à son égard des mesures correctives (*Judges of the Provincial Court Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 238, par. 15(2); *Provincial Court Act, 1991*, S.N. 1991, ch. 15, al. 8(1)d); *Provincial Court Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 341, par. 15(4); *Provincial Court Judges Act*, S.A. 1981, ch. P-20.1, al. 9c); *Loi sur la Cour provinciale*, L.R.M. 1987, ch. C275, par. 36(1); *Loi sur la Cour territoriale*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. T-2, par. 5(4)), alors qu'au Nouveau-Brunswick et à l'Île-du-Prince-Édouard, ces fonctions relèvent respectivement du Conseil (*Loi sur la Cour provinciale*, L.R.N.-B. 1973, ch. P-21, par. 6.8(1)) et du lieutenant-gouverneur en conseil (*Provincial Court Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. P-25, par. 10(1)).

77

In short, each system has its own rules, but they are all based on the same guiding principle: ensuring compliance with judicial ethics through proceedings that comply fully with the duty to act fairly. Accordingly, the *CJA*'s uniqueness in characterizing the complainant as a party must not be allowed to overshadow the special care shown by the Quebec legislature to avoid any structural overlapping in the statute that might give rise to a reasonable apprehension of bias. These rules are an extension of the institutional role that has historically been, and must be, played by the Chief Judge.

Chaque système, en somme, est pourvu de règles qui lui sont propres mais qui n'en sont pas moins l'expression du même principe directeur: veiller au respect de la déontologie judiciaire au moyen de procédures qui soient les plus harmonieuses avec l'obligation d'agir équitablement. Dans cette perspective, on ne saurait se rabattre sur l'unicité de la *LTJ*, en ce qui concerne la qualification du plaignant comme partie, pour occulter le soin particulier dont a fait montre le législateur québécois afin que soient évités dans la loi les chevauchements structurels susceptibles d'engendrer une crainte raisonnable de partialité. Ces règles se situent dans le prolongement du rôle institutionnel historique et nécessaire du juge en chef.

78

Where the Chief Judge makes use of the formal disciplinary process by taking the initiative of laying a complaint, as authorized by the statute, there is no reason to think that the Conseil and its

Si le juge en chef se prévaut du processus disciplinaire formel en prenant l'initiative de porter plainte, comme la loi, d'ailleurs, lui permet de le faire, il n'y a pas là matière à croire que le Conseil

Comité do not, in the eyes of a reasonable and well-informed observer, have the impartiality required to carry out their duties. As I stated earlier, the Chief Judge's authority under the *CJA* is essentially administrative; as a result, any scenario involving possible negotiations about benefits to be conferred on or withdrawn from Conseil members dealing with the complaint, depending on what decision is made, is impossible to imagine.

Accordingly, the only issue that remains is the Chief Judge's possible influence on Court of Québec judges who are members of the Conseil by virtue of the moral authority that is naturally associated with his status and functions. With respect, I cannot accept the appellant's arguments on this point. It is normal, legitimate and desirable for the Chief Judge to have moral authority. Such authority is associated with the Chief Judge as an individual and with the office he holds, and is necessary for its exercise. It is not restrictive and is part of the context in which all judges perform their duties. It does not in itself affect the capacity of a judge to decide to the best of his or her knowledge and belief and on the basis of the relevant factors. In ethical matters judges take account of established rules, precedents, theory, their own experience and authoritative opinions — including that of the Chief Judge — not as restrictive standards but for their persuasive value, in order to make decisions they consider fair. In this context, therefore, the Chief Judge's moral authority cannot be seen as giving rise to a reasonable apprehension of bias.

(3) Bias With Respect to the Specific Circumstances of the Case

In his complaint against the appellant, Chief Judge Gobeil discusses three aspects of her behaviour: her public comments on being reprimanded following the Comité's report on September 19, 1990; her unaltered public conduct and statements despite a written warning by the Chief Judge on

et son Comité, aux yeux d'un observateur raisonnable et bien renseigné, ne posséderont pas l'impartialité nécessaire à l'accomplissement de leurs tâches. Comme j'en ai fait état plus haut, l'autorité que revêt le juge en chef au sens de la *LTJ* est essentiellement administrative; ainsi, tout scénario qui laisserait planer d'éventuelles tractations, en vue de conférer ou de retirer certains avantages aux membres du Conseil chargés du traitement de la plainte, et ce en fonction de la décision à rendre, n'est aucunement envisageable.

Reste, dans cette perspective, la question de l'ascendant que pourrait exercer le juge en chef sur les juges de la Cour du Québec membres du Conseil en vertu de l'autorité morale qui s'associe naturellement avec son statut et ses fonctions. Avec égards, je ne peux souscrire aux arguments soumis par l'appelante à ce chapitre. Que le juge en chef ait une autorité morale, ceci est normal, légitime et désirable. Elle est attachée à sa personne et à la charge qu'il occupe et se veut nécessaire à son exercice. Elle n'est pas contraignante et fait partie du cadre dans lequel tout juge exerce ses fonctions. En soi, elle ne touche pas la capacité du juge de décider en son âme et conscience et en fonction des facteurs pertinents. En matière de déontologie, le juge tient compte des règles établies, des précédents, de la doctrine, de sa propre expérience et des opinions autorisées — y compris celle du juge en chef —, non comme normes contraignantes mais pour leur valeur de persuasion, et ce afin de rendre la décision qu'il conçoit comme juste. Dans ce contexte, l'autorité morale du juge en chef ne saurait donc être perçue comme étant de nature à soulever une crainte raisonnable de partialité.

(3) La partialité au regard des circonstances particulières de l'affaire

Dans la plainte qu'il porte à l'endroit de l'appelante, le juge en chef Gobeil relate une série de comportements qu'il regroupe en trois volets: les commentaires publics du juge Ruffo sur la réprimande dont elle a fait l'objet au sortir du rapport du Comité, le 19 septembre 1990; la conduite et les interventions publiques inchangées de cette dernière en dépit d'un avertissement écrit du juge en

March 21, 1989; and her intervention in a case that was then pending before a colleague.

81

The first and third aspects of the complaint clearly refer to one-time events and therefore serve as a basis for making specific allegations; however, the second aspect strives, through a lengthy media review, to illustrate Judge Ruffo's general conduct and show that it resembled a "crusade". Accordingly, it may be thought that it is not so much the incompatibility of Judge Ruffo's specific actions with the rules of judicial ethics that is the main reason for the complaint, but rather a general concern with the threat that such conduct represents to judicial institutions and the public's respect for them.

82

In my opinion, there is no doubt that the overall conduct of a member of the judiciary may be assessed under the *Code of Ethics*, in so far as the judge who is the subject of a complaint is able to know the specific facts alleged against him or her. This assertion is all the more true in the case at bar, where s. 10 of the *Code of Ethics*, which provides that "[t]he judge should uphold the integrity and defend the independence of the judiciary, in the best interest of justice and society", and which must be complied with by the Chief Judge himself, is superimposed on his general duty to ensure the observance of judicial ethics pursuant to s. 96(3) *CJA*. As well, some of the Comité's comments in the report it submitted on September 19, 1990 suggest that an inquiry could be held on a judge's general conduct:

[TRANSLATION] [In the case under consideration,] the committee's jurisdiction is limited by the mandate it has received from the Conseil de la magistrature to examine the allegations of the complainant [Lapointe] into which the Conseil decided to hold an inquiry. Judge Ruffo's conduct and public statements as a whole were therefore not examined by the committee. [Emphasis added.]

83

In the case at bar, the appellant argued that the conduct of the proceedings against her was marked

chef en date du 21 mars 1989; et l'intervention du juge Ruffo dans une affaire alors pendante devant un collègue.

Je note que les premier et troisième volets de la plainte font clairement référence à des événements ponctuels et servent, en conséquence, de prémisse à la formulation de reproches précis; le second volet, néanmoins, tend plutôt à illustrer la conduite générale du juge Ruffo et à en dégager des allures de «croisade», au moyen d'une revue de presse abondante. Ceci étant, il est permis de penser que ce ne soit pas tant l'incompatibilité de gestes particuliers du juge Ruffo avec les règles de déontologie judiciaire qui soit le motif principal de la plainte à cet égard, mais une appréhension générale de la menace que représente ce genre de conduite envers les institutions judiciaires et le respect que leur porte le public.

Il ne fait pas de doute, à mon sens, que la conduite globale d'un membre de la magistrature peut être appréciée au regard du *Code de déontologie*, en autant que le juge qui fait l'objet d'une plainte soit en mesure de connaître les faits précis qu'on lui reproche. Cette dernière affirmation s'impose d'autant plus en l'instance, où l'art. 10 du *Code de déontologie*, qui dispose que «[l]e juge doit préserver l'intégrité et défendre l'indépendance de la magistrature, dans l'intérêt supérieur de la justice et de la société», et à laquelle le juge en chef est lui-même tenu de se conformer, se superpose à son devoir général de veiller au respect de la déontologie judiciaire, conformément aux termes du par. 96(3) *LTJ*. Certains propos du Comité, au surplus, dans le rapport qu'il a déposé le 19 septembre 1990, laissent entendre que la conduite générale d'un juge pourrait faire l'objet d'une enquête:

[Dans le cas qui nous occupe,] la juridiction du comité est limitée par le mandat qu'il a reçu du Conseil de la magistrature d'examiner les reproches formulés par le plaignant [Lapointe] et retenus par le Conseil pour enquête. L'ensemble de la conduite de la Juge Ruffo de même que l'ensemble de ses interventions publiques n'ont donc pas fait l'objet de l'examen du comité. [Je souligne.]

En l'espèce, l'appelante prétend que le déroulement des procédures à son endroit a été ponctué

by specific incidents that could lead a reasonable and well-informed observer to apprehend that the Conseil was unable to make an impartial decision. She relied in this regard on the source of the documents filed in support of the complaint, the Conseil's precipitousness in dealing with the complaint and the tone used by the Chief Judge in formulating his allegations.

I agree with the Court of Appeal, which was unanimous on this point, that the first ground must be rejected: the fact that the Chief Judge chose to rely on documents from Verbatim Communications Inc., an agency that had also been used by Miville Lapointe to support the first complaint laid against the appellant with the Conseil, does not indicate any sort of collusion. Verbatim Inc. provides "media monitoring services" and for that purpose merely gathers and reproduces information provided by the press, television and radio. It does not alter its substance in any way. Furthermore, as I mentioned earlier, the Comité made it clear that Judge Ruffo's general conduct was not in issue in the context of the first complaint. The content of press clippings and radio and television interviews could therefore not be considered except with respect to the specific allegations made by Mr. Lapointe. Moreover, there is no reason that the same documents could not be used for separate purposes.

Accordingly, the remaining two grounds should now be addressed, namely that the Conseil acted precipitously in examining the complaint and that the Chief Judge formulated the complaint in a vindictive manner.

(a) *Precipitous Conduct*

The appellant argues that the Conseil departed from the usual procedure by not hearing her version of the facts during its preliminary examination of the complaint, thus depriving itself of adequate information to assess whether the complaint was admissible. When it reviewed Miville Lapointe's complaint in June 1988, the Conseil

d'événements particuliers susceptibles de faire naître, chez un observateur raisonnable et bien renseigné, la crainte que le Conseil ne soit pas en mesure de rendre une décision dénuée de partialité. Elle invoque, à ce titre, la source des documents produits au soutien de la plainte, la précipitation manifestée par le Conseil dans le traitement de cette dernière ainsi que le ton employé par le juge en chef dans la formulation de ses reproches.

En accord avec les motifs unanimes de la Cour d'appel, je me dois de rejeter le premier moyen: que le juge en chef ait choisi, en effet, de s'appuyer sur les documents en provenance de l'agence Communications Verbatim Inc., dont M. Miville Lapointe avait lui-même retenu les services pour étayer la première plainte déposée contre l'appelante devant le Conseil, cela n'est indicatif d'aucune collusion de quelque sorte. Verbatim Inc. offre des «services de rétro-information de presse» et, à ce titre, ne fait que colliger et reproduire les informations transmises par les médias écrits, la télévision et la radio. En aucune façon ne porte-t-elle atteinte à leur substance. Par ailleurs, comme je l'ai mentionné plus haut, le Comité a clairement fait savoir que la conduite générale du juge Ruffo n'était pas en cause dans le cadre de la première plainte. Le contenu des coupures de presse, entrevues radiophoniques ou télévisées n'a donc pu être étudié qu'au regard des reproches précis antérieurement formulés par M. Lapointe. Or rien ne s'oppose à ce que les mêmes documents soient utilisés pour des fins distinctes.

Ceci étant, il convient de se pencher sur les deux moyens restants, qui veulent, d'une part, que le Conseil ait fait montre de précipitation dans son examen de la plainte et, d'autre part, que le juge en chef ait rédigé celle-ci de manière vindicative.

a) *La précipitation à agir*

Sur ce chapitre, l'appelante prétend que le Conseil a dérogé à la procédure habituelle en n'entendant pas sa version des faits au stade de l'examen préliminaire de la plainte, se privant dès lors d'un éclairage adéquat pour juger de la recevabilité de cette dernière. Lors de l'étude de la plainte portée par M. Miville Lapointe en juin 1988, le Conseil

84

85

86

had decided [TRANSLATION] “to follow the usual procedure in this matter and designate Judge André Desjardins to receive and examine the complaint”. After hearing the appellant’s and the complainant’s respective versions of the events, Judge Desjardins had submitted a report to the Conseil recommending that an inquiry be held into certain aspects of the complaint. I note that during the proceedings that followed Mr. Lapointe’s allegations, the appellant challenged the legality of this delegation of authority, the benefit of which she now seeks to claim. Be that as it may, for the purposes of the present case she is now arguing that this failure to appoint an examiner must be seen as evidence of bias on the Conseil’s part.

87 In his reasons at p. 2220, Parent J. of the Superior Court concluded that the Conseil’s decision not to follow this procedure was fully justified given that the Chief Judge’s complaint was contained in a letter some thirty pages long and supported by numerous documents. In Parent J.’s view, this situation eliminated the need for additional factual research and therefore made it possible for the Conseil to decide for itself on the admissibility of the complaint. I share this view. The purpose of delegation to an examiner, which incidentally is not mandatory under s. 265, para. 1 *CJA*, is solely to assess whether there are grounds for an inquiry. In the present case, such an assessment was made possible not only by the extensive information provided by the Chief Judge in support of his complaint, but also by the fact that most of the information submitted to the Conseil was already in the public domain and had been widely disseminated.

88 More generally, I point out that the scope of the requirements imposed by the duty to act fairly and the *audi alteram partem* rule varies depending on the circumstances of each case. Among the factors to be considered, the nature of the inquiry and its consequences are extremely important. It is also interesting to note that this principle, which was

avait en effet décidé «de suivre la procédure habituelle dans cette affaire et [de] confier la réception et l’examen de cette plainte à l’hon. J. André Desjardins». Après avoir entendu les versions respectives de l’appelante et du plaignant, le juge Desjardins avait alors soumis un rapport au Conseil, dans lequel il recommandait que certains éléments de la plainte fassent l’objet d’une enquête. Je note que dans le cadre des procédures engagées à la suite des reproches formulés par M. Lapointe, l’appelante avait contesté une telle délégation de pouvoirs au motif d’illégalité alors qu’elle en invoque aujourd’hui le bénéfice. Quoi qu’il en soit, aux fins de la présente, elle soutient maintenant qu’il faut voir en ce défaut de nommer un examinateur un indice de partialité de la part du Conseil.

Dans ses motifs, à la p. 2220, le juge Parent de la Cour supérieure conclut que la décision du Conseil de passer outre à cette démarche est amplement justifiée puisque la plainte du juge en chef tient dans une lettre d’une trentaine de pages et se voit étayée par de nombreux documents. Cet état de choses, aux dires du juge Parent, élimine la nécessité de se livrer à des recherches factuelles supplémentaires et favorise, en conséquence, la prise de décision autonome du Conseil en ce qui concerne la recevabilité de la plainte. Je partage son avis. Il faut voir, en effet, que l’objectif qui sous-tend la délégation à un examinateur, laquelle, soit dit en passant, n’est pas obligatoire aux termes de l’art. 265, al. 1 *LTJ*, est uniquement de vérifier s’il y a matière à enquête. Or en l’espèce, non seulement cette constatation a-t-elle été possible grâce à l’importance des renseignements fournis par le juge en chef au soutien de sa plainte, mais également par le fait que les informations soumises à l’attention du Conseil étaient déjà pour la plupart du domaine public et, au surplus, largement diffusées.

Je rappelle, dans un autre ordre d’idées, que la portée des exigences imposées par l’obligation d’agir équitablement et la règle *audi alteram partem* varie selon les circonstances de chaque cas. Parmi les éléments à considérer, la nature de l’enquête et les conséquences qui peuvent en découler sont primordiales. Il est d’ailleurs intéressant de

stated by this Court in *Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission)*, [1987] 1 S.C.R. 181, at p. 231, was also recognized in Europe in the judgments of the European Court of Human Rights *Le Compte, Van Leuven and De Meyere* of 23 June 1981, Series A No. 43, and *Albert and Le Compte* of 10 February 1983, Series A No. 58 (reported in Pierre Lambert, "Les droits relatifs à l'administration de la justice disciplinaire dans la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme", (1995) *Rev. trim. dr. h.* 161, at pp. 164-65).

I am therefore of the opinion that it cannot be argued in this case that the duty to act fairly meant the appellant had to be given the opportunity to express her views during the initial examination of the complaint, despite the possible consequences of the decision to hold an inquiry concerning her and perhaps to suspend her during that inquiry pursuant to s. 276 *CJA*. The appointment of an examiner is the first step in a procedure that can itself be described as preliminary, since after the formal inquiry the Conseil and the Comité can of their own initiative only reprimand the judge concerned or recommend that removal proceedings be initiated. It will be recalled that removal is ultimately not their responsibility but that of the government, following an inquiry by the Court of Appeal (s. 95 *CJA*). In this context and in the specific circumstances of the case, the Conseil's decision to depart from the usual procedure by not appointing an examiner certainly cannot be seen as evidence of bias.

The appellant argues, however, that the Conseil's precipitousness is apparent from other circumstances, specifically the October 25, 1990 session to which she was invited to explain why s. 276 *CJA* should not be applied to her. In the appellant's submission, this confirms the fact that the Conseil had prejudged the question of sus-

souligner que ce principe, rappelé par notre Cour dans l'arrêt *Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1987] 1 R.C.S. 181, à la p. 231, a également été reconnu à l'échelle européenne, dans les arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* du 23 juin 1981, série A n° 43, et *Albert et Le Compte* du 10 février 1983, série A n° 58 (rapportés dans l'article de Pierre Lambert, «Les droits relatifs à l'administration de la justice disciplinaire dans la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme», (1995) *Rev. trim. dr. h.* 161, aux pp. 164 et 165).

Ainsi, en l'instance, je suis d'avis qu'on ne peut soutenir que le devoir d'agir équitablement commandait que soit offerte à l'appelante l'opportunité de faire connaître son point de vue dès l'examen initial de la plainte et ce, en dépit des conséquences qui pouvaient résulter de la décision de tenir une enquête à son sujet et, le cas échéant, de la suspendre de ses fonctions pendant la durée de l'enquête, comme le permet l'art. 276 *LTJ*. La nomination d'un examinateur est en effet la première phase d'une procédure que l'on peut elle-même qualifier de préliminaire puisque les Conseil et Comité, au terme de l'enquête formelle, ne peuvent de leur propre chef que formuler une réprimande ou recommander que soient engagées des procédures de destitution. Celle-ci, faut-il le rappeler, n'est pas de leur ressort ultime mais relève du gouvernement, après enquête menée par la Cour d'appel (art. 95 *LTJ*). Dans ce contexte, et à la lumière des circonstances particulières de l'affaire, la décision du Conseil de s'écarter de la procédure habituelle en ne nommant pas d'examineur ne saurait certes être perçue comme un indice de partialité.

L'appelante fait néanmoins valoir que la précipitation à agir du Conseil s'est exprimée en d'autres circonstances et réfère, à cet effet, à la séance du 25 octobre 1990, où on l'a convoquée pour expliquer les motifs pour lesquels les dispositions de l'art. 276 *LTJ* ne devraient pas être appliquées à son égard. De l'avis de l'appelante, il y a là confir-

pending her during the inquiry before even hearing what she had to say.

mation du fait que le Conseil avait préjugé de la question de sa suspension pendant l'enquête avant même que celle-ci soit entendue.

91 The most worrying aspect of this question was raised during the hearing of the appeal, namely that by asking the appellant to justify why she should continue in her position during the inquiry, the Conseil actually transferred to her the burden of proof it had to discharge under s. 276 *CJA*. However, a careful examination of the transcript of proceedings for the October 25, 1990 session, a copy of which is in the record, shows that if there was any confusion on the question, it was entirely cleared up when the chairman of the Conseil, at pp. 56-57, made it clear to counsel for the appellant that there was no burden of proof on him in this regard.

L'aspect le plus préoccupant de cette question a été soulevé lors de l'audition du pourvoi, et veut qu'en ayant demandé à l'appelante de justifier son maintien en fonction durant l'enquête, le Conseil ait en fait reporté sur cette dernière le fardeau de preuve qui lui revenait au sens de l'art. 276 *LTJ*. Or une lecture attentive de la copie des notes sténographiques de la séance du 25 octobre 1990, versée au dossier, démontre que s'il y a eu quelque confusion sur la question, celle-ci a été entièrement dissipée lorsque le président du Conseil, aux pp. 56 et 57, a clairement fait savoir au procureur de l'appelante que celui-ci n'était tenu de satisfaire à aucun fardeau de preuve en la matière.

92 In fact, the Conseil explained, at p. 46, that it would decide the suspension issue on the basis of factors set out in the complaint and all the documents accompanying it, but that before making its decision it was giving the appellant an opportunity to be heard. It is true that the process seems to have been conducted with diligence, but in my view this becomes less significant when the October 25 session is no longer seen as an isolated event. It must not be forgotten that the Conseil was already aware of certain facts that could *prima facie* have justified a suspension during the proceedings. These included the first agreement between the appellant and the complainant that she would not sit during the inquiry into Mr. Lapointe's complaint and the appellant's clearly expressed intention to continue behaving in a similar manner despite being reprimanded by the Conseil on September 19, 1990. The specific nature of Chief Judge Gobeil's complaint should also be considered: unlike that of Mr. Lapointe, which was based on precise facts, it is based primarily on Judge Ruffo's general conduct and on the fear that some types of conduct affect the public's perception of the impartiality of judicial institutions. The advisability of ordering a suspension depends on the judge's ability to act with the confidence of the parties and to continue to carry out his or her

En fait, à la p. 46, le Conseil explique qu'il décidera de la question de la suspension en fonction des paramètres que lui fournissent la plainte et la totalité des documents qui l'accompagnent, mais qu'avant de prendre sa décision, il offre à l'appelante de se faire entendre. Il est vrai que le processus semble avoir été mené avec diligence; à mon sens, toutefois, cette constatation s'atténue lorsque la séance du 25 octobre cesse d'être envisagée comme un événement ponctuel. Il ne faut pas perdre de vue, en effet, que le Conseil était déjà au courant de certains faits qui auraient pu, *prima facie*, donner ouverture à une suspension pendant l'instance. Parmi ceux-ci, je réfère, d'une part, à la première entente entre l'appelante et le plaignant pour que cette dernière s'abstienne de siéger pendant l'enquête relative à la plainte portée par M. Lapointe et, d'autre part, à l'intention clairement exprimée par l'appelante de maintenir une conduite similaire en dépit de la réprimande prononcée à son endroit par le Conseil le 19 septembre 1990. Il y a lieu, également, de prendre en considération la nature particulière de la plainte du juge en chef Gobeil, laquelle, contrairement à celle de M. Lapointe qui reposait sur des faits précis, s'attache principalement à la conduite générale du juge Ruffo et à la crainte que certains comportements affectent la perception du public quant à l'impar-

duties in a manner consistent with public order. It is clear that such factors were directly in issue in the present case owing to the very nature of the complaint. In addition, since the Comité was required to begin its inquiry within thirty days after communicating the complaint to the judge concerned (s. 271, para. 2 *CJA*), it was appropriate for the Conseil to deal with the suspension issue at the October 25, 1990 session: this gave it enough time to make an informed decision before the inquiry began within the time prescribed by the *CJA*.

My colleague Justice Sopinka expresses surprise at the Conseil's refusal to hear the appellant on the appearance of bias by the Comité resulting from the complainant's identity at the hearing on suspension of the appellant, on the ground that it had already ruled on this matter at the meeting of the Conseil on October 17, 1990 when the complaint was received and the Comité set up. I note that in raising the question of the jurisdiction of the Conseil and the Comité, counsel for the appellant indicated some uncertainty as to whether this argument should be raised before the Conseil or directly by evocation in the Superior Court, and made a point of asking, so as to avoid unnecessary preparation and argument, whether the Conseil would be prepared to reconsider its earlier decision. The answer to this was that the decision on the Conseil's jurisdiction to receive the complaint and set up a committee of inquiry had already been made on October 17 and it would not reconsider that decision. The hearing on the suspension of the appellant from performing her duties was adjourned to October 30, 1990. On October 29, as we know, she initiated through her counsel the proceedings in evocation and for a stay order in the Superior Court. I do not see how these circumstances suggest any untoward precipitous conduct on the part of the Conseil.

tialité des institutions judiciaires. L'opportunité d'ordonner une suspension, en effet, s'apprécie en fonction de la capacité du juge d'agir avec la confiance des parties et de continuer à exercer sa charge d'une façon conforme à l'ordre public. Or, en raison même de la nature de la plainte, force nous est de constater que de tels éléments sont directement mis en cause en l'instance. Je souligne, au surplus, que le Comité étant tenu de commencer son enquête dans les trente jours qui suivent la communication de la plainte au juge qui en fait l'objet (art. 271, al. 2 *LTJ*), il était approprié pour le Conseil de traiter de la question de la suspension lors de la séance du 25 octobre 1990: de cette manière, en effet, il se donnait une marge suffisante pour prendre une décision éclairée avant que ne soit initiée l'enquête dans les délais prévus par la *LTJ*.

Mon collègue le juge Sopinka exprime sa surprise devant le refus du Conseil d'entendre l'appellante sur l'apparence de partialité du Comité découlant de l'identité du plaignant lors de l'audition sur la suspension de l'appellante, en donnant comme raison qu'il s'était déjà prononcé là-dessus lors de la réunion du Conseil le 17 octobre 1990 lorsque la plainte fut reçue et le Comité constitué. Je constate qu'en soulevant la question de compétence du Conseil et du Comité, le procureur de l'appellante avait évoqué une certaine incertitude à savoir si ce moyen devait être soulevé devant le Conseil ou directement par évocation à la Cour supérieure, et a quelque peu insisté pour qu'on lui indique, afin d'éviter une préparation et un débat inutiles, si le Conseil serait prêt à revenir sur sa décision antérieure. Sur quoi on lui répondit que la décision sur la compétence du Conseil pour recevoir la plainte et former un comité d'enquête avait déjà été prise le 17 octobre et qu'il ne reviendrait pas sur sa décision. L'audition sur la suspension de l'appellante quant à l'exercice de ses fonctions a été remise au 30 octobre 1990. Le 29 octobre, elle engageait par ses procureurs, on le sait, les procédures en évocation et pour ordonnance de sursis en Cour supérieure. Je ne crois pas que de ce contexte se dégage quelque précipitation d'agir de mauvais aloi de la part du Conseil.

94

In view of the circumstances as a whole, I agree with the unanimous opinion of the Court of Appeal that there is no reason in the instant case to find that there was any precipitous conduct that might give rise to a reasonable apprehension of bias on the part of the Conseil members.

(b) *The Tone and Language of the Complaint*

95

It should be noted at this point that it was at the Court of Appeal's invitation that counsel for the parties were able to express their views on the question of how the Chief Judge's complaint was worded: the appellant's motion in evocation, which is in the record, does not refer specifically to this issue except in paragraphs 68 and 79, which state respectively that the complaint expresses unequivocal opinions and that it makes accusations based on supposed intentions. It seems clear that this issue was not deliberately made the focus of the case. Be that as it may, it is worth reproducing here in full those parts of the complaint that Rothman J.A., at pp. 186-87, found incompatible with Chief Judge Gobeil's status:

[TRANSLATION] [The appellant's] comments, it cannot be ignored, occur in a specific and extremely serious context, following a lengthy decision by the Comité d'enquête of the Conseil de la magistrature confirming four breaches of professional ethics by Her Honour Judge Andrée Ruffo and, by majority decision, recommending the reprimand (one member proposing that it be recommended to the Minister of Justice that he present a request pursuant to section 95 of the Courts of Justice Act).

A reprimand by the disciplinary authority of a professional body is a very harsh sentence, and everyone expects that the person who is the subject of the reprimand will submit to it peremptorily with deference, with wise discretion and with the dignity that such circumstances dictate.

What is true for a professional person should be even more true for a judge, whose function is precisely to render enforceable judgments, decisions and sentences, and the reserve in his or her conduct and expression, out of deference to the authorities imposing the sanction, should be absolutely exemplary in the community.

Compte tenu de l'ensemble des circonstances, et en accord avec l'avis unanime de la Cour d'appel, il n'y a pas lieu de conclure, en l'instance, à des agissements dénotant une précipitation susceptible de soulever quelque crainte raisonnable de partialité de la part des membres du Conseil.

b) *Le ton et le langage de la plainte*

Il est opportun de rappeler, à ce stade, que c'est à l'invitation de la Cour d'appel que les procureurs des parties ont pu faire valoir leur point de vue sur la question du libellé de la plainte formulée par le juge en chef: la requête en évocation de l'appelante versée au dossier ne contient, en effet, aucune référence précise à cet égard, si ce n'est qu'aux paragraphes 68 et 79, il est respectivement fait mention de ce que la plainte est l'expression d'opinions non équivoques et qu'elle constitue un procès d'intention. Il semble évident, en fait, que la question n'a pas été volontairement placée au centre du débat. Quoiqu'il en soit, il n'est pas inutile de reproduire *in extenso* ci-dessous les extraits de la plainte que le juge Rothman a estimé incompatibles avec le statut du juge en chef Gobeil, aux pp. 1802 et 1803:

[L]es interventions [de l'appelante], on ne peut l'ignorer, se situent dans un contexte précis et très sérieux, soit à la suite d'une longue décision du Comité d'enquête du Conseil de la magistrature retenant quatre fautes déontologiques commises par madame la juge Andrée Ruffo et recommandant majoritairement la réprimande (un membre proposant que recommandation soit faite au Ministre de la Justice pour qu'il présente une requête conformément à l'article 95 de la Loi sur les tribunaux judiciaires).

Or, la réprimande prononcée par l'instance disciplinaire d'un corps professionnel constitue une sentence très sévère et tous s'attendent à ce que la personne visée s'y soumette péremptoirement avec déférence, avec sage discrétion et avec la dignité que commandent telles circonstances.

Ce qui est vrai d'un professionnel devrait l'être davantage d'un juge dont la fonction est justement de rendre des jugements, des décisions et des sentences exécutoires, de sorte que la réserve dans sa conduite et son expression, par respect des instances qui lui imposent une sanction, devrait être absolument exemplaire dans la société.

A reprimand is meaningful and its use as an appropriate disciplinary measure is credible within the community only to the degree that the subject of the reprimand, in this case a judge, accepts it with dignity, recognizing her failings and sincerely wishing to mend her ways. If some other course of action were to be allowed, it would make the reprimand an absolutely useless, if not ridiculous, remedy, and very seriously affect the credibility of the disciplinary process itself, and consequently the very credibility of the judiciary. This is even more obvious in the face of a disciplinary report that is very judicious, very dispassionate, very respectful, and, in my opinion, of remarkable quality overall.

Thus, when the report of the Comité d'enquête concluded that not only could she not do what she did, and was prepared to do again, but that this constituted a breach of section 1 of the Code of Ethics, in deliberate disregard of the rule of law, so that the reprimand ought to have induced her to mend her ways in future, Her Honour Judge Ruffo made the above-quoted statements.

Accordingly, in doing so she contravened section 4 of the Code of Ethics, placing herself in a position where she cannot faithfully carry out her functions. [Emphasis added by Rothman J.A.]

Rothman J.A. went on to quote passages from the complaint in which the Chief Judge commented on the appellant's public statements about resources provided to children (at pp. 187-89):

[TRANSLATION] This set of documents discloses, among other things:

1. That Her Honour Judge Andrée Ruffo enjoys significant support, particularly because:

(a) of the nature of "the cause" of which she has made herself the champion: children;

(b) of the style in which she has pursued her cause, which has been characterized as "disturbing" and "denunciatory";

(c) of the fact that she is a judge.

2. That the conduct of Her Honour Judge Ruffo has created reactions of a nature such that, for many, she is a model of what a judge should be.

Une réprimande n'a de sens et le fait d'y avoir recours comme mesure disciplinaire appropriée ne sera crédible auprès de la population que dans la mesure où la personne visée, ici une juge, l'accepte avec dignité, reconnaissant ses manquements et désirant sincèrement s'amender. Permettre d'agir autrement rend le recours à la réprimande absolument inutile, voire dérisoire, et affecte d'une façon très grave la crédibilité du processus disciplinaire lui-même, conséquemment la crédibilité de la magistrature elle-même. Cela est ici encore plus évident face à un rapport disciplinaire très nuancé, très serein, très respectueux, et dont l'ensemble m'apparaît d'une qualité remarquable.

Ainsi, alors que le rapport du Comité d'enquête conclut que non seulement elle ne pouvait faire ce qu'elle a fait, et ce qu'elle était prête à faire à nouveau, et que cela constituait un manquement à l'article 1 du Code de déontologie, ayant délibérément mis de côté la règle de droit, de sorte que la réprimande devait l'amener à s'amender à l'avenir, madame la juge Ruffo fait les déclarations précitées.

Conséquemment, elle enfreint alors le quatrième article du Code de déontologie, se plaçant dans une situation telle qu'elle ne peut utilement remplir ses fonctions. [Les italiques sont du juge Rothman.]

Le juge Rothman poursuit alors en relevant les passages de la plainte où le juge en chef commente les interventions publiques de l'appelante au regard des ressources prodiguées aux enfants (aux pp. 1803 et 1804):

De tous ces documents se dégagent, entre autres:

1 — Que madame la juge Andrée Ruffo jouit d'un support important particulièrement en raison:

a) de la nature de «la cause» dont elle s'est faite la championne: les enfants;

b) du style qu'elle a pour la faire adopter et que l'on a qualifié de «dérangante» (*sic*), de «dénoncateur»;

c) du fait qu'elle est juge.

2 — Que le comportement de madame la juge Ruffo a créé des réactions de nature à faire en sorte que pour plusieurs, comme juge, elle est le modèle.

3. That, on the other hand, some disagree with the fact that, being a judge, she behaves publicly as she does, regardless of the merit of the cause she has embraced.

4. That, for some people, who have confused the nature of the complaints to the Conseil's Comité d'enquête with her later conduct, she is being treated unfairly by the judiciary and the Conseil de la magistrature.

5. That a great number, given the merit of Ms. Ruffo's cause and her tenacity or enthusiasm in defending or promoting it, overlook or subordinate the ethical issue of her conduct in face of the rules of professional ethics governing judges and the fundamental concept of acting in a reserved manner.

6. That Ms. Ruffo has for some people become the almost exclusive symbol of the struggle on behalf of children and their rights.

7. That her conduct has brought her support that is completely inappropriate for a judge; the support of five parliamentarians, as elected members.

8. *That Her Honour Judge Ruffo has become "a case", "an affair: the Ruffo affair", which puts squarely at issue the objectivity, impartiality and independence that a judge must be seen to demonstrate in all circumstances.*

I have referenced my intervention to date to specific complaints. It is possible that, as I submit, some specific actions, some specific situations constitute specific breaches of the code of ethics. However, it is impossible, in the case of Her Honour Judge Ruffo, not to consider the conduct as a whole that she has voluntarily and deliberately adopted for more than two years and that has now made her a known public figure, a "star", a "heroine", a "Joan of Arc", "an affair".

Notwithstanding the opinion of her Chief Judge, notwithstanding certain public disagreements, notwithstanding the disagreement of her colleagues, which is known to her, and, since September 19, 1990, notwithstanding the report of the Comité d'enquête and the reprimands addressed to her by the Conseil, she says she does not wish to change her style and states publicly that she intends to continue.

The totality of the observations, comments, criticisms, denunciations, positions, statements and associations with groups and campaigns, and the frequency of same,

3 — Que, par contre, certains sont en désaccord avec le fait qu'étant juge, elle se comporte publiquement comme elle le fait, indépendamment de la valeur de la cause qu'elle a adoptée.

4 — Que, pour certains, elle est traitée injustement par la magistrature et le Conseil de la magistrature alors que l'on a confondu la nature des plaintes devant le Comité d'enquête du Conseil avec son comportement ultérieur.

5 — Qu'un grand nombre, vu la valeur de la cause de madame Ruffo et l'acharnement ou l'ardeur qu'elle met à la défendre ou à la proposer, escamote ou mette comme secondaire la question éthique du comportement face aux règles de déontologie gouvernant les juges et face à la notion fondamentale de réserve.

6 — Que madame Ruffo est devenue, pour plusieurs, le symbole quasi exclusif de la lutte pour les enfants et leurs droits.

7 — Que son comportement a amené des supports tout à fait inappropriés pour un juge: de celui de cinq députés, comme députés.

8 — *Que madame la juge Ruffo est devenue «un cas», «une affaire: l'affaire Ruffo», ce qui met directement en cause l'objectivité, l'impartialité et l'indépendance dont le juge doit manifestement faire preuve en toutes circonstances.*

J'ai ponctué mon intervention à date de plaintes précises. Il est possible que, comme je le soumets, des gestes précis, des situations précises constituent des manquements déontologiques précis. Il est impossible, par contre, dans le cas de madame la juge Ruffo de ne pas considérer l'ensemble des comportements qu'elle a volontairement et délibérément adoptés depuis plus de deux ans et qui l'a amenée à être aujourd'hui une figure publique connue, une «vedette», une «héroïne», une «Jeanne D'Arc», «une affaire».

Malgré l'avis de son Juge en chef, malgré certains désaccords publics, malgré le désaccord connu par elle de ses collègues et malgré, depuis le 19 septembre 1990, le rapport du Comité d'enquête et les réprimandes que lui a adressées le Conseil, elle déclare ne pas vouloir changer son style et déclare publiquement entendre continuer.

L'ensemble des observations, des commentaires, des critiques, des dénonciations, des prises de position, des déclarations, des associations avec des groupes, à des

regardless of forum, and her attitude since the reprimand of September 19, now lead me to *conclude as follows in the case of Her Honour Judge Andrée Ruffo*:

1. *She has violated and continues to violate the duty to act in a reserved manner which every judge is required to observe;*

2. *She has ignored and continues to ignore the imperative duty of impartiality and objectivity of the Code of Ethics and of the Canadian Charter of Rights and Freedoms and of the Quebec Charter of Human Rights, which she invoked on her own behalf when she claimed she had been deprived of her fundamental right of free speech;*

3. *She has been and continues to be heedless about preserving the independence of the judiciary and accordingly of the courts, the independence of which is guaranteed to citizens by the Canadian and Quebec charters;*

4. *She has either engaged in activities or associated with movements or campaigns the positive value of which is of course obvious, but in a manner and in circumstances incompatible with the exercise of judicial authority;*

5. *In practice, she has placed herself in a position where she cannot faithfully carry out her functions;*

6. Her obvious desire to make the general public the judge of the ethical situation and of her disagreement with the findings of the report of the Comité d'enquête and the reprimand of the Conseil de la magistrature offends judicial dignity in the ethical meaning of the word and impeaches the independence of the judiciary, from which she cannot dissociate herself as an institution. [Emphasis added by Rothman J.A.]

I note at the outset that the complaint's tone and content must be assessed on the basis of its specific nature: as I stated earlier, it focuses on an overall situation involving both a judge's conduct and the public's possible perception thereof. By raising what he considered a violation of the duty to act in a reserved manner, Chief Judge Gobeil was relying on a flexible and all-encompassing concept, which meant that the complaint had to set out such basic information as the nature of the rule to be observed, the facts that indicated the viola-

campagnes, la fréquence de tout cela, l'indifférenciation des forums, l'attitude depuis la réprimande du 19 septembre font en sorte aujourd'hui que *j'en arrive à la conclusion suivante dans le cas de madame la juge Andrée Ruffo*:

1. *Elle a enfreint et elle continue d'enfreindre le devoir de réserve auquel tout juge est tenu;*

2. *Elle a ignoré et elle continue d'ignorer le devoir d'impartialité et d'objectivité impératif du Code de déontologie et de la Charte canadienne des droits et libertés et de la Charte québécoise des droits de la personne qu'elle revendiquait pour elle alors qu'elle prétendait qu'elle était privée de son droit fondamental d'expression;*

3. *Elle n'a pris aucune précaution et elle continue de ne prendre aucune précaution pour préserver l'indépendance de la magistrature et conséquemment des tribunaux dont l'indépendance est également assurée aux personnes de la Charte canadienne et la Charte québécoise;*

4. *Elle s'est soit engagée dans des activités ou soit associée à des mouvements ou des campagnes dont la valeur positive est certes évidente mais d'une manière et dans des circonstances incompatibles avec l'exercice du pouvoir judiciaire;*

5. *Dans la pratique, elle s'est mise dans une situation telle qu'elle ne peut exercer utilement sa fonction;*

6. Sa volonté évidente de rendre le grand public arbitre de sa situation déontologique et de son désaccord avec les conclusions du rapport du Comité d'enquête et de la réprimande du Conseil de la magistrature enfreint la dignité du juge au sens déontologique du terme et porte atteinte à l'indépendance de la magistrature dont elle ne peut se dissocier comme institution. [Les italiques sont du juge Rothman.]

D'entrée de jeu, je souligne que le ton et la teneur de la plainte doivent nécessairement s'apprécier en fonction de sa nature particulière qui est de s'attacher, comme je l'ai déjà mentionné plus haut, à une situation globale, comportant d'une part la conduite d'un juge et d'autre part la perception que peuvent en dégager les membres du public. En soulevant ce qu'il considérait être une atteinte au devoir de réserve, le juge en chef Gobeil s'est trouvé à faire appel à une notion souple et englobante ce qui requérait, par là même,

tion and the appropriate remedy in the specific circumstances of the case. I will have an opportunity to outline this concept later.

97 Because of the general nature of the duty to act in a reserved manner, it was thus necessary for the complainant to specify and explain the relevant aspects that he felt might impair Judge Ruffo's ability to perform her duties, and in particular to continue to be seen as impartial. In light of this, it was clearly helpful to deal with specific facts and also to describe a more general situation. This required the complainant to assess the impact of a body of information. Because of the quantity and scope of the impugned attitudes and facts, the complaint resembles an indictment, and it is true that this is reinforced by the tone used by its author. However, the complainant cannot be criticized for setting out facts and conduct that were no more nor less than the matter to be assessed by the Comité, however extensive it might be. This matter could not in itself affect a reasonable and well-informed person's perception of the Comité's impartiality.

98 In fact, the concerns expressed about the complaint have to do with the fact that it passes judgment. Although this is inherent in any complaint, the Chief Judge is being criticized here specifically for his categorical and condemnatory language. The complaint shows that Chief Judge Gobeil and Judge Ruffo disagreed in their respective ideas about judges' freedom of expression. It is true that in this respect one might have wished that the complaint had been worded more neutrally and that after setting out the relevant facts it had simply concluded that an inquiry was needed. Without approving the wording that the Chief Judge chose to use for this purpose, I note that while he vigorously condemned the appellant's conduct he did not attack her personally. It should be specified in this regard that expressions such as "Joan of Arc",

que soient exposés dans la plainte des éléments fondamentaux comme la nature de la règle à respecter, les faits qui en dénotent la transgression et le remède approprié, au regard des circonstances particulières de l'affaire. J'aurai d'ailleurs l'occasion de préciser les contours de cette notion un peu plus loin.

Ainsi, vu la généralité du devoir de réserve, il était donc nécessaire que le plaignant précise et explique les aspects pertinents qu'il concevait comme susceptibles de porter atteinte à l'aptitude du juge Ruffo de remplir ses fonctions, notamment pour continuer à être perçue comme impartiale. Dans cette perspective, il est aisé de constater qu'il devenait utile de traiter de faits précis et aussi d'exposer une situation plus générale. Ceci impliquait une appréciation des effets d'un ensemble d'éléments de la part du plaignant. Or, en raison du nombre et de la portée des attitudes et des faits reprochés, la plainte dégage l'allure d'un réquisitoire et ceci, il est vrai, davantage en raison du ton employé par son auteur. On ne saurait pourtant faire reproche au plaignant d'avoir exposé des faits et des comportements qui constituaient, ni plus ni moins, la matière à soumettre à l'appréciation du Comité, si abondante soit-elle. Cette matière ne pouvait toucher en elle-même la perception d'impartialité du Comité par une personne raisonnable et bien renseignée.

En réalité, les inquiétudes qui ont été exprimées au regard de la plainte visent le fait que celle-ci porte jugement. Quoique cet état de choses, en fait, soit inhérent à toute plainte, le reproche que l'on adresse ici au juge en chef s'attache particulièrement à son mode d'expression catégorique et portant condamnation. La plainte fait voir, en effet, une confrontation entre le juge en chef Gobeil et le juge Ruffo sur les conceptions respectives de ces derniers en ce qui concerne la liberté d'expression d'un juge. Il est vrai, à cet égard, qu'on aurait pu souhaiter que celle-ci soit rédigée de façon plus neutre et qu'elle se borne, après un exposé des faits pertinents, à conclure à la nécessité de tenir une enquête. Sans approuver la formulation qu'a choisi d'employer le juge en chef pour ce faire, je souligne néanmoins que si ce dernier condamne

“Ruffo affair” and “accusatory”, which seem vindictive at first glance, in fact merely restate terms used by the press itself. They were used to illustrate the nature of the allegations made by the Chief Judge, who was not, however, the source of such comments. In addition, it should be mentioned that the Chief Judge criticized the appellant not for espousing a cause — he himself considered it a worthwhile one — but for doing so as a member of the judiciary. The appellant’s suggestion that the complaint makes accusations based on supposed intentions can therefore not be accepted, as the Chief Judge’s concerns related not to illegitimate intentions but to activities and the public’s perception of them.

In the final analysis, what is in issue here is the tone used and the position of the person using it, not so much on their own account as because of their anticipated effect on a well-informed person’s perception of the impartiality of the Comité responsible for deciding the outcome of the complaint in this case. To evaluate whether this apprehension is justified, it is necessary to assess the position of both the Chief Judge and the decision maker as well as the relationship between them. It is not necessary at this point to repeat the earlier analysis with respect to institutional bias. It should suffice to note that the Chief Judge’s position carries with it no, or at best very little, direct or material authority. His moral authority, moreover, is legitimate and would be harmful only if it led the decision maker to adopt opinions it did not share. The Comité is for the most part made up of judicial professionals who are bound by an oath and whose functions essentially require them to be able to decide dispassionately between positions that are diametrically opposed and generally fervently defended. On this point, I adopt the comments of Chevalier J.A., at p. 199:

vigoureusement une série de comportements, il ne formule pourtant aucune attaque personnelle à l’endroit de l’appelante. Il y a lieu de préciser, à ce titre, que des expressions telles que «Jeanne D’Arc», «affaire Ruffo» et «dénonciatrice», à première vue vindicatives, ne font, en fait, que reprendre les termes employés par la presse écrite elle-même, illustrant ainsi la nature des reproches formulés par le juge en chef, auquel on ne peut, toutefois, attribuer l’origine de tels propos. Je fais remarquer, au surplus, que le juge en chef ne reproche pas à l’appelante d’avoir épousé une cause — il est lui-même d’avis que celle-ci est louable — il lui reproche de faire ainsi en tant que membre de la magistrature. On ne saurait donc qualifier, comme le suggère l’appelante, cette plainte de procès d’intention, les inquiétudes du juge en chef portant non pas sur des intentions non légitimes mais plutôt sur des activités et sur la perception qui s’en dégage au sein du public.

En définitive, ce qui est en cause ici, c’est le ton de même que la fonction de celui qui l’emploie, non pas tant en leur qualité qu’en raison de leur effet anticipé sur la perception qu’aurait une personne bien renseignée de l’impartialité du Comité, chargé de décider du sort de la plainte en l’instance. Afin d’évaluer le bien-fondé de cette appréhension, il est nécessaire d’apprécier la position qu’occupe le juge en chef autant que celle du décideur ainsi que les relations qui ont cours entre ces derniers. Il n’y a pas lieu, ci-dessous, de se livrer à nouveau à un exercice qui a déjà été fait au chapitre de la partialité institutionnelle. Qu’il suffise, néanmoins, de rappeler que la position du juge en chef est caractérisée par une autorité directe ou matérielle absente ou, au mieux, très minime. Son autorité morale, par ailleurs, est légitime et ne serait malsaine que si elle faisait adopter des opinions que ne partage pas le décideur. Quant au Comité, il est composé, pour la plupart, de professionnels de la justice, liés par un serment, et dont les fonctions requièrent, par essence, de pouvoir trancher sereinement entre des thèses diamétralement opposées et généralement défendues avec ferveur. Je fais miens, à cet égard, les propos du juge Chevalier, à la p. 1810:

[TRANSLATION] [A] well-informed citizen cannot be unaware that hearing and determining disputes is a judge's bread and butter. He is therefore, by necessity, required to work in an essentially adversarial context in which the parties naturally display hostility toward each other, accusing each other, attacking and counter-attacking, and in which the exaggeration with which they often present their respective positions is commonplace in his court.

This typical judge is thus, to the knowledge of the informed citizen, a professional accustomed to presiding day after day over acrimonious debates in the midst of which he must remain serene, keep calm and in all circumstances separate what is receivable from what is not.

[Le] citoyen bien renseigné ne pourra ignorer que le pain quotidien du juge consiste à entendre des litiges et à en adjuger. Il est donc, par la force des choses, appelé à œuvrer dans un contexte essentiellement contradictoire où les parties font naturellement montre d'hostilité l'une à l'égard de l'autre, où elles s'accusent, attaquent et contre-attaquent, et où l'outrance avec laquelle elles présentent souvent leurs positions respectives est lieu commun devant son tribunal.

Ce juge type est donc, à la connaissance du citoyen informé, un professionnel habitué à présider jour après jour des débats acrimonieux au milieu desquels il doit rester serein, garder son calme et faire en toutes circonstances la part de ce qui est recevable comme de ce qui ne l'est pas.

100 To conclude on this point, mention should be made of *IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 S.C.R. 282, in which this Court had to rule on the validity of the Ontario Labour Relations Board's practice of holding a meeting of the full Board to discuss the draft of the decision to be rendered by a three-member panel. This practice had been institutionalized to promote consistency in Board decisions.

Pour clore ce chapitre, il est utile de rappeler l'arrêt *SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 282, où notre Cour a dû décider du bien-fondé d'une pratique suivie par la Commission des relations de travail de l'Ontario, en vertu de laquelle celle-ci tenait une réunion plénière pour débattre l'avant-projet de décision que devait rendre un banc de trois commissaires. Cette pratique avait été institutionnalisée à des fins de cohérence dans les décisions de la Commission.

101 A majority of the judges of this Court found that such discussions did not prevent a decision maker from adjudicating in accordance with his or her own conscience or constitute an obstacle to his or her freedom, as the ultimate decision would be that of the decision maker for which he or she would assume full responsibility. Applied to the circumstances of the present case, the principle underlying this finding suggests that the experience of Comité members confirms their independence and impartiality. They have nothing to gain by not deciding as their consciences dictate and nothing to lose by doing justice. There is accordingly no reason to fear that Comité members would be influenced by the language of the complaint or the particular status of its author.

Notre Cour a conclu, à la majorité, que ces discussions n'empêchaient pas un décideur de juger selon sa propre conscience, pas plus qu'elles ne constituaient une entrave à sa liberté, la décision ultime et la pleine responsabilité de celle-ci lui revenant entièrement. Appliqué aux circonstances qui prévalent en l'espèce, le principe qui sous-tend cette dernière conclusion laisse entendre que l'expérience des membres du Comité confirme leur indépendance et leur impartialité. Ceux-ci, en effet, n'ont rien à gagner en ne décidant pas selon leur conscience pas plus qu'ils n'ont à perdre en rendant justice. Il n'y a pas lieu de craindre, en conséquence, que les membres du Comité se voient influencés par le langage de la plainte ni par le statut particulier de son auteur.

102 In light of the foregoing, I am of the view that the specific circumstances of the case cannot give rise to an apprehension in the mind of a reasonable and well-informed person that the members of the

À la lumière de ce qui précède, je suis d'avis que les circonstances particulières de l'affaire ne sont pas susceptibles d'éveiller, dans l'esprit d'une personne raisonnable et bien renseignée, la crainte

Conseil and of the Comité do not have the impartiality necessary to perform their duties.

B. Whether Section 8 of the Code of Ethics is Void for Vagueness

In support of her appeal, the appellant is challenging, under s. 2(b) of the Canadian Charter, the constitutional validity of s. 8 of the *Code of Ethics*, which establishes the duty of judges appointed under the *CJA* to act in a reserved manner. With respect, since the Comité has not yet had an opportunity to hear the merits of the case, it appears premature for this Court to rule on this delicate issue, in a context in which no evidence has been adduced and no light can be shed on the issue by lower court judgments (see in this regard *Mackay v. Manitoba*, [1989] 2 S.C.R. 357, at pp. 361-63; *Danson v. Ontario (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1086, at pp. 1099-1101; and *Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 675, at pp. 693-94). The issue submitted to this Court by the appellant is one relating to application, which must be shaped by circumstances and should not be dealt with in the abstract. Accordingly, the following comments will be confined to the subject matter of s. 8 of the *Code of Ethics* rather than its application to the facts involved in this case. I have reproduced the section below for ease of reference:

8. In public, the judge should act in a reserved, serene and courteous manner.

When the appeal was heard, the appellant focused her argument on the vagueness of the duty to act in a reserved manner. I note, however, that she discontinued her appeal to this Court in the case that dealt directly with this issue (*Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1989] R.J.Q. 2432 (Sup. Ct.), Philippon J., aff'd (1992), 98 D.L.R. (4th) 202 (Que. C.A.)). Nevertheless, I feel that certain observations on this question are in order.

I had an opportunity to consider the vagueness theory in depth in *R. v. Nova Scotia Pharmaceuti-*

que les membres du Conseil et du Comité soient privés de l'impartialité nécessaire à l'accomplissement de leurs tâches.

B. La nullité de l'art. 8 du Code de déontologie pour cause d'imprécision

Au soutien de son pourvoi, l'appelante conteste la validité constitutionnelle de l'art. 8 du *Code de déontologie*, qui consacre le devoir de réserve des juges nommés en vertu de la *LTJ*, au regard de l'al. 2b) de la *Charte* canadienne. Avec égards, le Comité n'ayant pas encore eu l'occasion d'entendre l'affaire au fond, il apparaît prématuré que la Cour se prononce sur cette question délicate, dans un contexte où aucune preuve n'a été présentée et où il est impossible de bénéficier de l'éclairage des décisions des instances inférieures (voir à ce sujet les affaires *Mackay c. Manitoba*, [1989] 2 R.C.S. 357, aux pp. 361 à 363; *Danson c. Ontario (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1086, aux pp. 1099 à 1101; et *Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 675, aux pp. 693 et 694). La question que nous soumet l'appelante, en effet, en est une d'application, qui doit être moulée aux circonstances et qu'il n'est pas sage de traiter dans l'abstrait. Aussi convient-il de limiter les propos à venir à la matière dont traite l'art. 8 du *Code de déontologie*, plutôt qu'à l'application de cette dernière au regard des faits qui ont donné naissance au litige. Je reproduis cet article ci-dessous afin d'en faciliter la consultation:

8. Dans son comportement public le juge doit faire preuve de réserve, de courtoisie et de sérénité.

Lors de l'audition du pourvoi, l'appelante a fait de l'imprécision du devoir de réserve le principal élément de sa plaidoirie. Je constate, pourtant, qu'elle s'est désistée de son appel devant notre Cour dans le dossier qui envisageait directement cette question (*Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1989] R.J.Q. 2432 (C.S.), le juge Philippon, conf. par (1992), 10 Admin. L.R. (2d) 291 (C.A. Qué.)). Il m'apparaît néanmoins pertinent de formuler certaines observations à ce propos.

J'ai eu l'occasion d'étudier la théorie de l'imprécision en profondeur dans l'arrêt *R. c. Nova*

103

104

105

cal Society, [1992] 2 S.C.R. 606. The same analysis also served as a premise for my reasons in *Ontario v. Canadian Pacific Ltd.*, [1995] 2 S.C.R. 1031. Essentially, a legal norm will be found to be sufficiently precise if it gives rise to "legal debate", as I explained at pp. 639-40:

[These norms] bear substance, and they allow for a discussion as to their actualization. They therefore limit enforcement discretion by introducing boundaries, and they also sufficiently delineate an area of risk to allow for substantive notice to citizens.

A vague provision does not provide an adequate basis for legal debate, that is for reaching a conclusion as to its meaning by reasoned analysis applying legal criteria. It does not sufficiently delineate any area of risk, and thus can provide neither fair notice to the citizen nor a limitation of enforcement discretion. Such a provision is not intelligible, to use the terminology of previous decisions of this Court, and therefore it fails to give sufficient indications that could fuel a legal debate. It offers no grasp to the judiciary. This is an exacting standard, going beyond semantics. [Emphasis added.]

106 The assessment of whether the duty to act in a reserved manner falls within these parameters certainly requires that this duty be defined with a certain clarity. However, I do not think it is up to this Court to define the duty in relation to the specific circumstances of the case: the responsibility for doing so lies primarily with the Comité and, more generally, with the individuals and bodies responsible for judicial ethics. Furthermore, the responsibility for determining what behaviour best reflects the requirements inherent in this duty, and for adopting that behaviour, lies primarily with each judge, whose appointment is a sign of confidence in him or her personally.

107 The duty of judges to act in a reserved manner is a fundamental principle. It is in itself an additional guarantee of judicial independence and impartial-

Scotia Pharmaceutical Society, [1992] 2 R.C.S. 606. Cette même analyse sert d'ailleurs de prémisses à mes motifs dans l'arrêt *Ontario c. Canadian Pacific Ltée*, [1995] 2 R.C.S. 1031. Essentially, une norme juridique sera jugée suffisamment précise si elle donne lieu à un «débat judiciaire», comme je l'explique aux pp. 639 et 640:

[Ces normes] comportent une substance et permettent la discussion sur leur actualisation. Elles limitent donc le pouvoir discrétionnaire en introduisant des lignes de démarcation et elles délimitent suffisamment une sphère de risque pour que les citoyens soient prévenus quant au fond de la norme à laquelle ils sont assujettis.

Une disposition imprécise ne constitue pas un fondement adéquat pour un débat judiciaire, c'est-à-dire pour trancher quant à sa signification à la suite d'une analyse raisonnée appliquant des critères juridiques. Elle ne délimite pas suffisamment une sphère de risque et ne peut donc fournir ni d'avertissement raisonnable aux citoyens ni de limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi. Une telle disposition n'est pas intelligible, pour reprendre la terminologie de la jurisprudence de notre Cour, et ne donne par conséquent pas suffisamment d'indication susceptible d'alimenter un débat judiciaire. Elle ne donne aucune prise au pouvoir judiciaire. C'est là une norme exigeante, qui va au-delà de la sémantique. [Je souligne.]

L'évaluation de la conformité de la règle de réserve avec de tels paramètres requiert, certes, que l'on cerne ses contours avec une certaine netteté. J'estime néanmoins qu'il n'appartient pas à notre Cour de définir le devoir de réserve au regard des circonstances particulières de l'affaire: cette tâche, en effet, relève en premier lieu du Comité et, de façon plus générale, des personnes et organismes responsables de la déontologie judiciaire. La responsabilité de déterminer et d'adopter les comportements qui traduisent au mieux les exigences inhérentes à ce devoir incombe par ailleurs en tout premier lieu à chaque juge, dont la nomination témoigne de la confiance mise en sa personne.

Le devoir de réserve lié à la charge de magistrat est un principe fondamental. En soi, il est une garantie supplémentaire de l'indépendance et de

ity, and is aimed at ensuring that the public's perception in this respect is not affected. The value of such an objective can be fully appreciated when it is recalled that judges are the sole impartial arbiters available where the other forms of dispute resolution have failed. The respect and confidence inspired by this impartiality therefore naturally require that judges be shielded from tumult and controversy that may taint the perception of impartiality to which their conduct must give rise.

The duty to act in a reserved manner has been enshrined in principle at the international level in various documents, including the *Universal Declaration on the Independence of Justice* adopted unanimously at the final plenary session of the World Conference on the Independence of Justice held in Montreal on June 10, 1983 and set out in S. Shetreet and J. Deschênes, eds., *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985), at pp. 447 *et seq.* It provides as follows:

2.10 Judges shall always conduct themselves in such a manner as to preserve the dignity of their office and the impartiality and independence of the judiciary. Subject to this principle, judges shall be entitled to freedom of belief, expression, association and assembly. [Emphasis added.]

As well, the Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders, which was held in Milan in 1985, adopted the *Basic Principles on the Independence of the Judiciary* (published in 1988 by the United Nations Department of Public Information), which provide *inter alia* as follows:

8. In accordance with the Universal Declaration of Human Rights, members of the judiciary are like other citizens entitled to freedom of expression, belief, association and assembly; provided, however, that in exercising such rights, judges shall always conduct themselves in such a manner as to preserve the dignity of their office and the impartiality and independence of the judiciary. [Emphasis added.]

A number of writers have also dealt with the duty to act in a reserved manner. See, for example,

l'impartialité judiciaires et vise à assurer que la perception du justiciable ne soit pas affectée sous ce rapport. La valeur d'un tel objectif s'apprécie pleinement, d'ailleurs, lorsqu'il est rappelé que les juges demeurent les seuls arbitres impartiaux à qui l'on peut recourir dans les cas où les autres modes de résolution de conflits s'avèrent infructueux. Le respect et la confiance qui s'attachent à cette impartialité commandent donc tout naturellement que le juge soit à l'abri de remous et de controverses susceptibles d'entacher la perception d'impartialité que doit dégager son comportement.

La règle de réserve a été consacrée dans son principe à l'échelle internationale dans divers documents, parmi lesquels il faut mentionner la *Déclaration universelle sur l'indépendance de la justice*, adoptée à l'unanimité à la session plénière finale de la Conférence mondiale sur l'Indépendance de la Justice, tenue à Montréal le 10 juin 1983, et rapportée aux pp. 462 et suiv. de l'ouvrage de S. Shetreet et J. Deschênes, dir., *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985). Elle dispose en ces termes:

2.10 Les juges agissent toujours de manière à préserver la dignité de leurs fonctions ainsi que l'impartialité et l'indépendance de la magistrature. Sujet à ce principe, les juges jouissent de la liberté d'expression, d'association et d'assemblée. [Je souligne.]

De même, lors du VII^e Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants, tenu à Milan, en 1985, ont été adoptés les *Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature* (publiés en 1988 par le Département de l'information de l'Organisation des Nations Unies) et qui prévoient, notamment:

8. Selon la Déclaration universelle des droits de l'homme, les magistrats jouissent, comme les autres citoyens, de la liberté d'expression, de croyance, d'association et d'assemblée; toutefois, dans l'exercice de ces droits, ils doivent toujours se conduire de manière à préserver la dignité de leur charge et l'impartialité et l'indépendance de la magistrature. [Je souligne.]

Nombre d'auteurs ont également traité du devoir de réserve. Je cite, à titre indicatif, les ouvrages et

Canadian Judicial Council, *Commentaries on Judicial Conduct* (1991); The Hon. Mr. Justice Thomas, *Judicial Ethics in Australia* (1988); Steven Lubet, *Beyond Reproach: Ethical Restrictions on the Extrajudicial Activities of State and Federal Judges* (1984); Shetreet and Deschênes, *supra*; A. W. MacKay, "Judicial Free Speech and Accountability: Should Judges Be Seen but Not Heard" (1993), 3 *N.J.C.L.* 159; M. Felsky, "The Berger Affair and the Independence of the Judiciary" (1984), 42(1) *U.T. Fac. L. Rev.* 118; J. Webber, "The Limits to Judges' Free Speech: A Comment on the Report of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr. Justice Berger" (1984), 29 *McGill L.J.* 369; and L. Dion, "Plus de démocratie pour les juges" (1981), 41 *R. du B.* 199. There is no need to discuss the specific content of these documents here; it should simply be noted that they all reach the same conclusion: they recognize in every respect that there is a need for standards of conduct within the judiciary designed to maintain the public's confidence in it so as to ensure the continuity of the rule of law in its present form. I recognize that the same consensus does not exist among these writers regarding how such standards can be translated into conduct, be it conduct that is appropriate in court or conduct that judges may adopt in public. Some are strict while others advocate greater freedom. This situation, which some see as a sign of dissatisfaction and as a clear invitation to establish more precisely defined parameters for the duty to act in a reserved manner, is in my opinion legitimate and natural. It is simply the reflection of ethical rules themselves, which by nature are difficult to define precisely.

articles suivants: Conseil canadien de la magistrature, *Propos sur la conduite des juges* (1991); l'honorable juge Thomas, *Judicial Ethics in Australia* (1988); Steven Lubet, *Beyond Reproach: Ethical Restrictions on the Extrajudicial Activities of State and Federal Judges* (1984); Shetreet et Deschênes, *op. cit.*; A. W. MacKay, «Judicial Free Speech and Accountability: Should Judges Be Seen but Not Heard» (1993), 3 *N.J.C.L.* 159; M. Felsky, «The Berger Affair and the Independence of the Judiciary» (1984), 42(1) *U.T. Fac. L. Rev.* 118; J. Webber, «The Limits to Judges' Free Speech: A Comment on the Report of the Committee of Investigation into the Conduct of the Hon. Mr. Justice Berger» (1984), 29 *R.D. McGill* 369; et L. Dion, «Plus de démocratie pour les juges» (1981), 41 *R. du B.* 199. Il n'y a pas lieu, en l'instance, de s'attacher au contenu spécifique de ces documents mais plutôt d'en dégager l'essence commune, qui reconnaît, à tous égards, la nécessité qu'il existe au sein de la magistrature des normes de conduite conçues pour soutenir la confiance que place le justiciable en cette dernière et ceci, pour assurer la permanence de la règle de droit telle qu'elle s'exprime aujourd'hui. Je reconnais qu'on ne trouve pas chez les auteurs ce même consensus en ce qui concerne la façon dont ces normes peuvent se traduire en comportements, qu'il s'agisse de ceux qui siéent à la conduite en cour ou de ceux que le magistrat peut adopter en public. Certains auteurs, en effet, se montrent stricts; d'autres préconisent une plus grande ouverture. Cet état de choses, que certains perçoivent comme l'indication d'un malaise et une invitation formelle à entourer le devoir de réserve de paramètres mieux définis est cependant, à mon sens, légitime et naturel. Il n'est, en fait, que le reflet de la règle de déontologie elle-même qui, par nature, peut difficilement se prêter à des définitions précises.

110

Ethical rules are meant to aim for perfection. They call for better conduct not through the imposition of various sanctions but through compliance with personally imposed constraints. A definition, on the other hand, sets out fixed rules and thus tends to become an upper limit, an implicit authorization to do whatever is not prohibited. There is no doubt that these two concepts are difficult to

La règle de déontologie, en effet, se veut une ouverture vers la perfection. Elle est un appel à mieux faire, non par la sujétion à des sanctions diverses mais par l'observation de contraintes personnellement imposées. Une définition, par ailleurs, en déterminant des règles fixes, tend par là même à devenir un plafond, une autorisation implicite de poser les gestes qui ne se veulent pas

reconcile, and this explains the general nature of the duty to act in a reserved manner: as an ethical standard, it is more concerned with providing general guidance about conduct than with illustrating specifics and the types of conduct allowed. It is interesting to note in this regard the comments of Professor H. Patrick Glenn on the *Code of Ethics* adopted in 1987 by the Canadian Bar Association. They are of general application and particularly enlightening in this context: "It is, in short, a Code which instructs in how to act, and not in what to do" (see "Professional Structures and Professional Ethics" (1990), 35 *McGill L.J.* 424, at p. 438). Moreover, the distinctive nature of ethical standards becomes apparent when they are compared with the standard for recusal set out in art. 234 of the *Code of Civil Procedure*, R.S.Q., c. C-25. Article 234 contains a series of precisely defined criteria such as relationship, mortal enmity and conflict of interest, which when present make it possible to initiate recusal proceedings against a judge. Recusal is therefore a necessary sanction for a violation that has already occurred or been perceived, whereas the primary purpose of ethics, in contrast, is to prevent any violation and maintain the public's confidence in judicial institutions. It goes without saying that the same legislative response is not required for these two separate concepts.

In short, more precision cannot be required of ethical rules than their subject matter allows. This does not in itself violate the principle that a professional whose conduct is in question must be able to know both the specific facts alleged against him or her and the substance of the standard he or she is alleged to have breached. In "L'imprécision des codes de déontologie professionnelle" (1977), 37 *R. du B.* 669, at p. 671, Y. Ouellette makes the following comments on this point, which still hold true:

[TRANSLATION] . . . breaches of discipline do not have to be defined as precisely as penal offences. Codes of eth-

prohibés. Ces deux notions, sans nul doute, s'avèrent difficiles à réconcilier. Voilà qui explique la généralité du devoir de réserve qui, en tant que norme déontologique, cherche davantage à prodiguer des conseils d'ensemble quant à la conduite que d'en illustrer le détail et les manifestations permises. Il est intéressant de relever, à ce titre, les propos que tient le professeur H. Patrick Glenn à l'égard du *Code de déontologie* adopté en 1987 par l'Association du Barreau canadien. Ceux-ci, en effet, sont d'application générale et se veulent particulièrement éclairants dans le cadre de la présente: [TRADUCTION] «Bref, c'est un code qui dit comment agir, et non ce qu'il faut faire» (voir l'article «Professional Structures and Professional Ethics» (1990), 35 *R.D. McGill* 424, à la p. 438). La particularité de la norme déontologique est par ailleurs mise en relief lorsqu'on la compare avec celle de la récusation, exposée à l'art. 234 du *Code de procédure civile*, L.R.Q., ch. C-25. On y trouve une série de critères précisément définis tels la parenté, l'inimitié capitale ou encore les conflits d'intérêts et qui permettent, lorsque la situation se présente, d'initier la procédure de récusation à l'égard d'un juge. Celle-ci, dès lors, s'impose nécessairement comme la sanction d'une atteinte déjà réalisée ou perçue alors que l'objet premier de la déontologie, à l'opposé, est de prévenir toute atteinte et de maintenir la confiance du public dans les institutions judiciaires. Il va de soi qu'il n'y a pas à fournir une réponse législative identique à l'endroit de ces deux concepts distincts.

On ne peut exiger, en somme, plus de précision à l'endroit de la règle de déontologie que celle à laquelle sa matière se prête. Ceci, en soi, ne porte aucunement atteinte au principe qui veut que le professionnel dont la conduite est en cause soit en mesure de connaître, outre les faits précis qu'on lui reproche, la substance de la norme à laquelle on prétend qu'il a contrevenu. À cet égard, l'auteur Y. Ouellette, dans son article intitulé «L'imprécision des codes de déontologie professionnelle» (1977), 37 *R. du B.* 669, tient, à la p. 671, des propos qui se veulent toujours actuels:

. . . la faute disciplinaire n'a pas à être définie avec la même précision que l'infraction pénale. Il est donc per-

ics and discipline may thus be considered an exception to the rule that regulations must be certain or precise.

Indeed, an examination of some codes of professional ethics reveals a number of provisions that, while vague, set out fundamental principles that by their very nature are general yet probably perfectly intelligible to those in the profession. [Emphasis added.]

112

This last passage illustrates the distinction that must be made between vagueness in the everyday sense and constitutional vagueness. In this respect, the general nature of the duty to act in a reserved manner as it is worded does not, as far as substance is concerned, mean that an area of risk is not sufficiently delineated or that there is no adequate basis for legal debate, as I explained in *Nova Scotia Pharmaceutical Society, supra*. By way of illustration, I should mention that the issue of the duty to act in a reserved manner was discussed in *Ruffo v. Conseil de la magistrature*, [1989] R.J.Q. 2432 (Sup. Ct.), Philippon J., aff'd (1992), 98 D.L.R. (4th) 202 (Que. C.A.); the Superior Court and the Court of Appeal both found that the concept had an identifiable content that was sufficiently precise to operate as a professional standard. This is certainly an eloquent example of a matter that can give rise to legal debate. Accordingly, and in light of the principles set out above, I am of the view that there is no reason to find that the duty to act in a reserved manner is void on the ground of vagueness.

VI — Disposition

113

I would dismiss the appeal with costs throughout and answer the constitutional questions as follows:

1. Do ss. 263 and 265 of the *Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16, if they are to be interpreted as allowing the Chief Judge of the Court of Québec and Chairman of the Conseil de la magistrature to bring a complaint against a judge of the Court of Québec before the Conseil de la magistrature, violate the principles of judicial impartiality and independence guaranteed *inter alia* by the preambles to the *Constitution Act, 1867* and the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, as well as by s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

mis d'affirmer que la règle de la certitude ou de la précision des règlements souffre une exception en faveur des codes de déontologie et de discipline.

Effectivement, l'examen de certains codes de déontologie professionnelle révèle plusieurs cas de textes imprécis, mais énonçant des principes fondamentaux qui, de par leur nature même, sont de portée générale mais s'avèrent probablement parfaitement intelligibles par les gens du métier. [Je souligne.]

Ce dernier passage ravive la distinction qui s'impose entre la notion d'imprécision au sens courant et l'imprécision constitutionnelle. À ce titre, la généralité du devoir de réserve dans sa formulation n'empêche pas, quant au fond, la délimitation suffisante d'une sphère de risque et la constitution d'un fondement adéquat pour alimenter un débat judiciaire, comme je l'ai explicité dans *Nova Scotia Pharmaceutical Society*, précité. Il convient d'ailleurs de rappeler, pour illustrer mes propos, que la question du devoir de réserve a été débattue dans l'affaire *Ruffo c. Conseil de la magistrature*, [1989] R.J.Q. 2432 (C.S.), le juge Philippon, conf. par (1992), 10 Admin. L.R. (2d) 291 (C.A. Qué.), où la Cour supérieure et la Cour d'appel ont toutes deux conclu que le concept avait un contenu identifiable et suffisamment précis pour valoir comme norme professionnelle. Voilà certes un exemple éloquent de matière susceptible de donner lieu à un débat judiciaire. Ceci étant, et à la lumière des principes dégagés dans les paragraphes précédents, j'estime qu'il n'y a pas lieu d'invalider le devoir de réserve pour cause d'imprécision.

VI — Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens devant toutes les cours et de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Les articles 263 et 265 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16, s'ils doivent être interprétés comme permettant au juge en chef de la Cour du Québec et président du Conseil de la magistrature de porter plainte contre un juge de la Cour du Québec devant le Conseil de la magistrature, sont-ils contraires aux principes d'impartialité et d'indépendance judiciaire garantis notamment par les préambules de la *Loi constitutionnelle de 1867* et de la *Charte canadienne des droits et libertés*, de même que par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

A. No.

2. If the answer to question 1 is affirmative, do ss. 263 and 265 of the *Courts of Justice Act* constitute reasonable limits prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. The question does not arise.

3. Does s. 8 of the *Judicial Code of Ethics*, O.C. 643-82, (1982) 114 G.O. II, 1253, which provides that judges of the Court of Québec should act in a reserved manner, violate s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. It is premature for the Court to rule at this stage on the question as stated. However, the duty to act in a reserved manner is not found to be unconstitutional for vagueness.

4. If the answer to question 3 is affirmative, does s. 8 of the Code constitute a reasonable limit prescribed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society under s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

A. The question does not arise.

English version of the reasons delivered by

SOPINKA J. (dissenting) — Having read the reasons of my colleague Justice Gonthier, I would answer the constitutional questions as he does and for the reasons he gives.

Nevertheless, on the question of the validity of s. 8 of the *Judicial Code of Ethics*, O.C. 643-82, (1982) 114 G.O. II, 1253, in light of s. 2(b) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, I would add the following comments. Although s. 8 is not void for vagueness, it is open to very broad interpretation. Before determining whether it imposes an unreasonable limitation on freedom of expression, it would be preferable to know how it will be interpreted by the Conseil de la magistrature (the “Conseil”) or the Comité d’enquête (the “Comité”). An appellate court has a duty to respect as far as possible the interpretation given to rules

R. Non.

2. Si la réponse à la question 1 est affirmative, les art. 263 et 265 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires* constituent-ils des règles de droit qui restreignent des droits et libertés dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique selon l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. La question ne se pose pas.

3. L’article 8 du *Code de déontologie de la magistrature*, décret 643-82, (1982) 114 G.O. II, 1648, consacrant le devoir de réserve des juges de la Cour du Québec est-il contraire à l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. Il est prématuré pour la Cour de se prononcer à ce stade sur la question telle que formulée. Cependant, le devoir de réserve n’est pas jugé inconstitutionnel pour cause d’imprécision.

4. Si la réponse à la question 3 est affirmative, l’art. 8 du Code constitue-t-il une règle de droit qui restreigne des droits et libertés dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d’une société libre et démocratique selon l’article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*?

R. La question ne se pose pas.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident) — À la lecture des motifs de mon collègue le juge Gonthier, je répondrais aux questions constitutionnelles comme il le fait et pour les motifs qu’il invoque.

Néanmoins, sur la question de la validité de l’art. 8 du *Code de déontologie de la magistrature*, décret 643-82, (1982) 114 G.O. II, 1648, eu égard à l’al. 2b) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, j’ajouterais les commentaires suivants. Bien que l’art. 8 ne soit pas nul pour cause d’imprécision, il est susceptible d’interprétation très large. Avant de déterminer s’il impose une restriction déraisonnable à la liberté d’expression, il serait préférable de connaître l’interprétation que lui donnera le Conseil de la magistrature (le «Conseil») ou le Comité d’enquête (le «Comité»). En effet, une cour d’appel se doit de

114

115

of ethics by the professional body responsible for applying them. See in this regard *MacDonald Estate v. Martin*, [1990] 3 S.C.R. 1235.

respecter le plus possible l'interprétation que donne aux règles de déontologie le corps professionnel chargé de les appliquer. Voir en ce sens *Succession MacDonald c. Martin*, [1990] 3 R.C.S. 1235.

116

I agree with Gonthier J. that the legislative structure under which the Conseil receives and deals with complaints made against judges does not violate the principle of judicial independence. In this sense, therefore, I cannot conclude that there is any inherent or inevitable bias in the legislative framework: there is no reason to suppose that in every case, or even in a substantial majority of cases, a reasonable apprehension of bias would be raised in the mind of a well-informed person. However, the situation here is one which approaches the threshold of tolerance. An appearance of bias may result in some circumstances even though the process followed is consistent with the statutory rules. For example, if the Chief Judge filed a complaint and appeared at the hearing as a party to the action, presented evidence to support the complaint and cross-examined the judge concerned and his or her witnesses, it would be difficult to conclude that there is no appearance of bias. This situation was avoided here since the Chief Judge agreed to appear and testify before the Comité without in so doing acting as a party to the proceedings. Nevertheless, I concur in the view of Rothman J.A. of the Court of Appeal that the Chief Judge's authority to file a complaint places the Conseil and the Comité "close to the edge of the fine line that separates . . . impartiality and . . . partiality" ((1992), 98 D.L.R. (4th) 176, at p. 185). I conclude that a number of factors, including the tone and language of the complaint, when taken together go beyond the limits and so raise a reasonable apprehension of bias. Consequently, and with respect, I cannot share my colleague's view on this question.

Je suis d'accord avec le juge Gonthier pour dire que la structure de la loi, en vertu de laquelle le Conseil reçoit et traite des plaintes portées contre des juges, ne viole pas le principe de l'indépendance judiciaire. Dans ce sens, donc, je ne puis conclure que le cadre législatif comporte une partialité inhérente ou inévitable; il n'y a pas lieu de croire que, dans tous les cas, ou même dans la grande majorité des cas, une personne bien renseignée et raisonnable pourrait craindre pour l'impartialité du processus. Toutefois, il s'agit ici d'une situation qui frise le seuil de tolérance. Dans certaines circonstances, il peut y avoir apparence de partialité même si le processus suivi est conforme aux règles législatives. Par exemple, si le juge en chef portait plainte et se présentait à l'audience en tant que partie à l'action, introduisait de la preuve pour fonder la plainte et contre-interrogeait le juge visé et ses témoins, il serait difficile de conclure qu'il n'y a pas apparence de partialité. Cette situation a été évitée ici puisque le juge en chef a accepté de comparaître et de témoigner devant le Comité sans pour autant agir en tant que partie aux procédures. Néanmoins, je souscris à l'opinion du juge Rothman de la Cour d'appel selon laquelle le pouvoir du juge en chef de porter plainte place le Conseil et le Comité [TRADUCTION] «près de la ligne de démarcation qui sépare la partialité de l'impartialité» ([1992] R.J.Q. 1796, à la p. 1802). J'en viens à la conclusion que l'accumulation de nombreux éléments, dont le ton et la teneur de la plainte, dépasse les bornes et soulève donc une crainte raisonnable de partialité. Par conséquent, et avec respect, je ne peux partager l'opinion de mon collègue sur cette question.

117

Although I subscribe to Rothman J.A.'s opinion that the tone and language of the complaint are inappropriate, I am of the view that certain other important factors should not be overlooked. As de Grandpré J. put it in *Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board*, [1978] 1 S.C.R.

Bien que je souscrive à l'opinion du juge Rothman selon laquelle le ton et la teneur de la plainte sont inappropriés, je considère qu'il ne faut pas faire abstraction de certains autres éléments importants. Ainsi, comme l'exprime le juge de Grandpré dans l'arrêt *Committee for Justice and*

369, a well-informed person must have all the necessary information. The question of bias must therefore be assessed in general terms taking into account all relevant aspects. A well-informed person would not assess each aspect in isolation without regard to context. Whereas any one aspect would undoubtedly not create an apprehension of bias, when taken together they might well lead to the opposite result. In my view, therefore, the general context of the case at bar reinforces Rothman J.A.'s conclusion, with which I entirely agree, that the tone and language of the complaint are sufficient to raise an apprehension of bias. I will now proceed to consider the various relevant factors.

I do not agree that the second complaint can be considered apart from the circumstances surrounding the first complaint. The second complaint, laid by Chief Judge Gobeil, seems to have resulted from the appellant's allegedly inappropriate conduct following the reprimand contained in the decision of the Comité on the first complaint. A significant part of the second complaint is based on the allegation of the appellant's contempt for the decision rendered by the Comité and given effect to by the Conseil (it should be noted that in connection with the reprimand the Conseil must act on the Comité's recommendation: s. 279 of the *Courts of Justice Act*, R.S.Q., c. T-16 ("CJA"): the Comité's recommendation is thus binding on the Conseil). After listing the comments and conduct attributed to the appellant, Chief Judge Gobeil said the following in his complaint:

[TRANSLATION] These comments, it cannot be ignored, occur in a specific and extremely serious context, following a lengthy decision by the Comité d'enquête of the Conseil de la magistrature confirming four breaches of professional ethics by Her Honour Judge Andrée Ruffo and, by majority decision, recommending the reprimand (one member proposing that it be recommended to the Minister of Justice that he present a request pursuant to s. 95 of the *Courts of Justice Act*).

Liberty c. Office national de l'énergie, [1978] 1 R.C.S. 369, une personne bien renseignée doit posséder toute l'information nécessaire. Il est donc essentiel d'évaluer la question de la partialité dans une perspective globale en tenant compte de tous les aspects pertinents. En effet, une personne bien renseignée n'évaluerait pas chaque élément de façon isolée sans égard au contexte. Alors qu'un seul des éléments ne soulèverait sans doute pas de crainte de partialité, leur cumul pourrait bien produire le résultat contraire. À mon avis, donc, le contexte global du cas sous étude vient renforcer la conclusion du juge Rothman, à laquelle je souscris entièrement, que le ton et la teneur de la plainte suffisent à soulever une crainte de partialité. Je procéderai maintenant à l'examen des divers éléments pertinents.

Je ne suis pas d'accord que la deuxième plainte puisse s'évaluer indépendamment des circonstances entourant la première plainte. En effet, la deuxième plainte, portée par le juge en chef Gobeil, semble avoir découlé de la conduite prétendument inappropriée de l'appelante à la suite de la réprimande émanant de la décision du Comité sur la première plainte. Une partie considérable de la deuxième plainte est fondée sur l'allégation de mépris de la part de l'appelante pour la décision rendue par le Comité et entérinée par le Conseil (il est à noter qu'à l'égard de la réprimande le Conseil doit agir sur la recommandation du Comité: art. 279 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*, L.R.Q., ch. T-16 («LTJ»); la recommandation du Comité lie donc le Conseil). Après avoir énuméré les commentaires et les comportements reprochés à l'appelante, le juge en chef Gobeil s'exprime ainsi dans sa plainte:

Ces interventions, on ne peut l'ignorer, se situent dans un contexte précis et très sérieux, soit à la suite d'une longue décision du Comité d'enquête du Conseil de la magistrature retenant quatre fautes déontologiques commises par madame la juge Andrée Ruffo et recommandant majoritairement la réprimande (un membre proposant que recommandation soit faite au Ministre de la Justice pour qu'il présente une requête conformément à l'article 95 de la *Loi sur les tribunaux judiciaires*).

A reprimand is meaningful and its use as an appropriate disciplinary measure is credible within the community only to the degree that the subject of the reprimand, in this case a judge, accepts it with dignity, recognizing her failings and sincerely wishing to mend her ways. If some other course of action were to be allowed, it would make the reprimand an absolutely useless, if not ridiculous, remedy, and very seriously affect the credibility of the disciplinary process itself, and consequently the very credibility of the judiciary. This is even more obvious in the face of a disciplinary report that is very judicious, very dispassionate, very respectful, and, in my opinion, of remarkable quality overall.

Thus, when the report of the Comité d'enquête concluded that not only could she not do what she did, and was prepared to do again, but that this constituted a breach of s. 1 of the Code of Ethics, in deliberate disregard of the rule of law, so that the reprimand ought to have induced her to mend her ways in future, Her Honour Judge Ruffo made the above-quoted statements.

Accordingly, in doing so she contravened s. 4 of the Code of Ethics, placing herself in a position where she cannot faithfully carry out her functions.

119

The complaint even points to the fact that the Comité's decision on the first complaint was the subject of a dissent recommending that a motion to remove be filed with the Minister of Justice. This dissenting member, Judge Mercier, chairman of the Conseil for the second complaint, had to rule on the matter which is the subject of the present appeal at the Conseil's hearing on October 25, 1990. It should be noted that of the five members of the Comité three are judges of the Court of Québec, including an associate chief judge and a coordinating judge, one is the Chief Judge of the Municipal Court of Montréal and one is a lawyer. That is the makeup of the Comité which is to hear a complaint filed by someone who is the chief judge of a majority of its members. Chief Judge Gobeil is also the chairman of the Conseil from which the members of the Comité were appointed. One of the principal charges in the complaint refers to the appellant's disregard of the Comité's decision on the first complaint, which was approved by the Conseil: all the members of the Comité set up to hear the second complaint were

Une réprimande n'a de sens et le fait d'y avoir recours comme mesure disciplinaire appropriée ne sera crédible auprès de la population que dans la mesure où la personne visée, ici une juge, l'accepte avec dignité, reconnaissant ses manquements et désirant sincèrement s'amender. Permettre d'agir autrement rend le recours à la réprimande absolument inutile, voire dérisoire, et affecte d'une façon très grave la crédibilité du processus disciplinaire lui-même, conséquemment la crédibilité de la magistrature elle-même. Cela est ici encore plus évident face à un rapport disciplinaire très nuancé, très serein, très respectueux, et dont l'ensemble m'apparaît d'une qualité remarquable.

Ainsi, alors que le rapport du Comité d'enquête conclut que non seulement elle ne pouvait faire ce qu'elle a fait, et ce qu'elle était prête à faire à nouveau, et que cela constituait un manquement à l'article 1 du Code de déontologie, ayant délibérément mis de côté la règle de droit, de sorte que la réprimande devait l'amener à s'amender à l'avenir, madame la juge Ruffo fait les déclarations précitées.

Conséquemment, elle enfreint alors le quatrième article du Code de déontologie, se plaçant dans une situation telle qu'elle ne peut utilement remplir ses fonctions.

La plainte souligne même le fait que la décision du Comité sur la première plainte avait fait l'objet d'une dissidence recommandant qu'une requête en destitution soit déposée auprès du ministre de la Justice. Ce membre dissident, le juge Mercier, président du Conseil pour la deuxième plainte, a eu à se prononcer sur la question qui fait l'objet du présent pourvoi lors de l'audience du Conseil du 25 octobre 1990. Il est à noter que les cinq membres du Comité comprennent trois juges de la Cour du Québec, dont un juge en chef adjoint et un juge coordonnateur, ainsi que le juge en chef de la Cour municipale de Montréal et un avocat. Telle est la composition du Comité qui doit entendre une plainte déposée par quelqu'un qui est le juge en chef de la majorité de ses membres. Le juge en chef Gobeil est aussi le président du Conseil à partir duquel sont nommés les membres du Comité. Un des reproches importants de la plainte concerne le mépris exprimé par l'appelante envers la décision du Comité dans la première plainte, qui a été entérinée par le Conseil; or tous les membres du Comité constitué pour entendre la deuxième

members of the Conseil which issued the reprimand following the first complaint.

In accordance with a suggestion by Chief Judge Gobeil the Comité agreed to appoint counsel to handle the presentation of evidence against the appellant. This procedure is supposed to avoid any awkward consequences resulting not only from the ability of the Chief Judge (or his counsel) to file a complaint, recognized by the *CJA*, but also from his authority to present the necessary evidence and make the arguments in support of the complaint. Even though the appointment of counsel by the Comité is in fact provided for in the *CJA* (s. 281), this is a rather unusual procedure in a disciplinary context. It places the parties in a situation where the opponent of the person defending himself or herself against the complaint is the tribunal's counsel.

I am also of the view that the proceedings which followed the filing of the complaint indicate unwarranted haste. The usual practice of making a member of the Conseil responsible for the receipt and preliminary examination of the complaint was not followed in this case. I am not persuaded that this stage is optional, as the respondents argued. Under s. 265 *CJA*, the Conseil must examine the complaint before deciding whether an inquiry is necessary: if it is, the Conseil appoints a comité d'enquête. The purpose of the preliminary examination is to ensure that the complaint is well-founded (s. 267 *CJA*). It is thus a stage which acts as a screening device to eliminate frivolous or unjustified complaints that do not require further inquiry. Clearly, a disciplinary inquiry is a traumatic ordeal for a judge: the stage of the preliminary examination thus gives the judiciary important protection. Whether or not it is mandatory, I am not impressed by the explanation offered to justify the decision to bypass the usual stage of the preliminary inquiry. It was suggested to the Court that the detailed nature of the second complaint made such an examination superfluous. It must be assumed that the Conseil intended to perform its statutory duty itself in assessing the complaint, on October 17, 1990. A complaint, however, is only

plainte étaient des membres du Conseil qui a prononcé la réprimande à la suite de la première plainte.

Pour faire suite à une suggestion du juge en chef Gobeil, le Comité a accepté de nommer un procureur chargé de présenter la preuve contre l'appelante. Cette procédure est censée éviter les conséquences fâcheuses résultant non seulement de la possibilité pour le juge en chef (ou de son procureur) de déposer une plainte, reconnue par la *LTJ*, mais aussi de son pouvoir de présenter la preuve nécessaire et de faire valoir les prétentions à l'appui de la plainte. Même si la nomination d'un procureur par le Comité est effectivement prévue par la *LTJ* (art. 281), cette manière de procéder est insolite dans un contexte disciplinaire. On se retrouve dans une situation où l'adversaire de la personne qui se défend contre la plainte est le procureur du tribunal.

Je suis aussi de l'avis que les procédures qui ont suivi le dépôt de la plainte démontrent une précipitation à agir injustifiée. La pratique habituelle de confier la réception et l'examen préliminaire de la plainte à un membre du Conseil n'a pas été suivie en l'espèce. Je ne suis pas convaincu que cette étape est facultative, comme le prétendent les intimés. Selon l'art. 265 *LTJ*, le Conseil doit examiner la plainte avant de décider si une enquête s'impose; le cas échéant, le Conseil organise un comité d'enquête. L'examen préliminaire existe pour s'assurer que la plainte est bien fondée (art. 267 *LTJ*). Il s'agit donc d'une étape qui permet d'éliminer les plaintes frivoles ou non fondées qui ne méritent pas d'enquête supplémentaire. De toute évidence, une enquête disciplinaire est une épreuve traumatisante pour un juge; l'étape de l'examen préliminaire accorde donc une protection importante à la magistrature. Qu'elle soit obligatoire ou non, je ne suis pas impressionné par l'explication offerte pour justifier la décision d'écarter l'étape usuelle que constitue l'examen préliminaire. Il nous est suggéré que la nature détaillée de la deuxième plainte rendait superflu un tel examen. On doit présumer que le Conseil entendait s'acquitter lui-même de son devoir légal lors de son évaluation de la plainte, le 17 octobre 1990. Une

120

121

an allegation. The provisions of the *CJA* contemplate more than just a superficial examination of the complaint. The *CJA* provides that the Conseil may require any person to provide information it considers necessary and that it must forward a copy of the complaint to the judge concerned and ask for an explanation. The fact that this stage was bypassed gives the impression that the Conseil dealt with the complaint as evidence and not merely as an allegation.

122

The same sense of haste was displayed on October 25, 1990, when the appellant and her counsel were called before the Conseil to determine whether the appellant should be suspended during the inquiry as permitted by s. 276 *CJA*. It would appear that the Conseil sought to reverse the onus of proof, at least initially, by demanding that the appellant show why she should not be suspended during the inquiry. When counsel for the appellant objected, this approach was apparently abandoned. However, the Conseil refused to hear the arguments of counsel for the appellant on the question of the Conseil and the Comité's jurisdiction, pointing out to him that this question had already been decided at the meeting of the Conseil on October 17, 1990, at which the complaint had been received and the Comité set up. One of the appellant's arguments had to do with the appearance of bias on the part of the Comité resulting from the complainant's identity. I find it surprising that the Conseil refused to hear the appellant on such a serious matter as the jurisdiction of the Conseil and Comité, on the ground that it had already ruled on this matter *ex parte* and *proprio motu*. My colleague is of the view that the speed of the proceedings was due to the statutory duty to call the parties within thirty days of receiving the complaint. I do not agree that the relevant provision imposes such a time limit on the presentation of evidence. In my opinion, only the calling of the parties is required, and there is no reason why this could not have taken place on October 25, 1990. In any case, the Conseil and Comité do not appear to have proposed such an explanation for this precipitous conduct. Madam Justice Hélène LeBel dealt with the matter in connection with a motion for a stay order filed by the appellant in the Superior Court. The

plainte, toutefois, n'est qu'une allégation. Les dispositions de la *LTJ* envisagent plus qu'un simple examen superficiel de la plainte. La *LTJ* prévoit que le Conseil peut requérir de toute personne les renseignements qu'il estime nécessaires et qu'il doit transmettre une copie de la plainte au juge visé afin d'obtenir des explications. Le fait que cette étape ait été contournée donne l'impression que le Conseil traitait la plainte comme une preuve et non pas comme une simple allégation.

La précipitation à agir s'est faite ressentir de nouveau le 25 octobre 1990, lors de la convocation de l'appelante et de son procureur devant le Conseil pour déterminer si l'appelante devrait être suspendue durant l'enquête comme le permet l'art. 276 *LTJ*. Il semblerait que le Conseil ait tenté de renverser le fardeau de la preuve, initialement du moins, en réclamant de l'appelante qu'elle démontre pourquoi elle ne devrait pas être suspendue durant l'enquête. Suite aux objections du procureur de l'appelante, cette approche a été apparemment abandonnée. Toutefois, le Conseil a refusé d'entendre les prétentions du procureur de l'appelante sur la question de la compétence du Conseil et du Comité, lui signalant que cette question avait déjà été tranchée lors de la réunion du Conseil du 17 octobre 1990 durant laquelle la plainte avait été reçue et le Comité avait été constitué. Or, une des prétentions de l'appelante portait sur l'apparence de partialité du Comité découlant de l'identité du plaignant. Je trouve surprenant que le Conseil ait refusé d'entendre l'appelante sur une question aussi sérieuse que celle de la compétence du Conseil et du Comité en donnant comme raison qu'il s'était déjà prononcé sur ce point *ex parte* et *proprio motu*. Mon collègue estime que la rapidité des procédures s'explique par l'obligation légale de convoquer les parties dans les trente jours qui suivent la communication de la plainte. Je ne crois pas que la disposition pertinente impose un tel délai pour la présentation de la preuve. À mon avis, seule la convocation des parties est requise, et rien ne l'empêchait d'avoir lieu le 25 octobre 1990. De toute façon, ni le Conseil et ni le Comité ne semble avoir proposé une telle explication de la précipitation à agir. Le juge Hélène LeBel s'est penchée sur la question dans le cadre d'une requête

motion was granted on November 1, 1990. LeBel J. said the following concerning precipitousness:

[TRANSLATION] . . . additionally, the court was not given any evidence or any indication that special reasons exist in this case to justify or require immediate action.

(*Ruffo v. Conseil de la magistrature*, Sup. Ct. Mtl., No. 500-05-014569-907, November 1, 1990, J.E. 91-31.)

This therefore is the context in which the tone and language of the complaint filed by Chief Judge Gobeil must be considered. It is not necessary to repeat Rothman J.A.'s comments on the subject. He noted that the complaint is more in the nature of a judgment than a complaint: that is an accurate observation. I cannot agree with my colleague's opinion that passing judgment is inherent in any complaint. Like any statement of claim, a complaint should contain allegations and avoid the expression of personal opinions or conclusions. This complaint contains both which are expressed with considerable vehemence.

I agree with my colleague when he says that the scope of the rules of natural justice varies depending on the circumstances, in particular the consequences that may result from an inquiry. I cannot agree, however, that the proceedings in question were purely or primarily in the nature of an inquiry. The Comité may make an official reprimand and may even recommend that removal proceedings be instituted. Regardless of the question of removal, it must be recognized that a reprimand is an extremely serious punishment for a judge. A reprimanded judge is a weakened judge: such a judge will find it difficult to perform judicial duties and will be faced with a loss of confidence on the part of the public and litigants. This reality is recognized by Chief Judge Gobeil in his complaint when he says:

[TRANSLATION] A reprimand by the disciplinary authority of a professional body is a very harsh sentence, and

en ordonnance de sursis déposée en Cour supérieure par l'appelante. La requête a été accordée le 1^{er} novembre 1990. Sur la question de la précipitation à agir, le juge LeBel dit ceci:

. . . on ne m'a, par ailleurs, soumis ni preuve ni indication qu'il existerait, dans ce cas-ci, des raisons particulières justifiant ou nécessitant une intervention immédiate.

(*Ruffo c. Conseil de la magistrature*, C.S. Mtl., n° 500-05-014569-907, 1^{er} novembre 1990, J.E. 91-31.)

C'est donc dans ce contexte que doit s'apprécier le ton et la teneur de la plainte portée par le juge en chef Gobeil. Il n'est pas nécessaire de répéter les commentaires du juge Rothman à ce sujet. Il note que la plainte est plutôt de la nature d'un jugement que d'une plainte; cette observation est juste. Je ne peux souscrire à l'opinion de mon collègue selon laquelle toute plainte porte jugement de manière inhérente. Une plainte, comme toute déclaration, devrait contenir des allégations et éviter l'expression d'opinions personnelles ou de conclusions. Cette plainte contient à la fois des opinions et des conclusions, toutes deux exprimées sans retenue aucune.

Je suis d'accord avec mon collègue lorsqu'il dit que la portée des règles de justice naturelle varie selon les circonstances, notamment par rapport aux conséquences qui peuvent découler d'une enquête. Par contre, je ne peux croire que les procédures en question soient purement ou principalement de la nature d'une enquête. Le Comité peut formuler une réprimande officielle et peut même recommander que soient engagées des procédures de destitution. Indépendamment de la question de la destitution, il faut reconnaître qu'une réprimande est une punition extrêmement sérieuse à l'endroit d'un juge. Un juge réprimandé est un juge affaibli; ce juge aura des difficultés à s'acquitter de ses fonctions de magistrat et devra faire face à la perte de confiance du public et des parties. Cette réalité est reconnue par le juge en chef Gobeil dans sa plainte lorsqu'il dit:

[L]a réprimande prononcée par l'instance disciplinaire d'un corps professionnel constitue une sentence très

123

124

everyone expects that the person who is the subject of the reprimand will submit to it peremptorily with deference, with wise discretion and with the dignity that such circumstances dictate.

sévère et tous s'attendent à ce que la personne visée s'y soumette péremptoirement avec déférence, avec sage discrétion et avec la dignité que commandent telles circonstances.

125 The merits of the complaint against the appellant are not at issue in this appeal. The Court is concerned here with an appearance of bias on the part of the tribunal in light of the circumstances I have tried to outline above. Every judge, like every citizen, has the right to a hearing by a tribunal which inspires public confidence. Observance of this right is especially important when the reputation and livelihood of a judge or a citizen are at stake. What must be determined is not whether the tribunal actually did, or is likely to, demonstrate bias. On the contrary, I am persuaded that the members of the Comité harbour no prejudices against the appellant. Nonetheless, the law in this area recognizes that it is not possible to determine accurately the actual state of mind of a tribunal. It is for this reason that the appellant only has to establish an appearance of bias in order to oust the tribunal's jurisdiction. For this purpose the law adopts the fiction of the well-informed person as a means of referring to public opinion concerning the credibility of these proceedings. If there is an appearance of bias, neither the public nor the parties can trust the findings of the inquiry. Considering all the circumstances surrounding this matter, I have come to the conclusion that a well-informed person would have a reasonable apprehension of bias. The record thus leaves the impression that the appellant would not have the benefit of an impartial hearing or order concerning the complaint laid against her by Chief Judge Gobeil.

Le fond de la plainte contre l'appelante n'est pas soulevé par ce pourvoi. Nous nous intéressons ici à l'apparence de partialité du tribunal à la lumière des circonstances que j'ai tenté d'exposer ci-dessus. Chaque juge, tout comme chaque citoyen, a le droit de se faire entendre par un tribunal qui suscite la confiance du public. Le respect de ce droit s'impose tout particulièrement lorsque la réputation et le métier d'un juge ou d'un citoyen sont en jeu. La question n'est pas de déterminer si, dans les faits, le tribunal a fait ou fera preuve de partialité. Au contraire, je suis persuadé que les membres du Comité n'entretiennent pas de préjugés à l'endroit de l'appelante. Néanmoins, le droit dans ce domaine reconnaît qu'il n'est pas possible d'évaluer avec précision l'état d'esprit réel d'un tribunal. C'est la raison pour laquelle l'appelante n'a qu'à démontrer l'apparence de partialité pour réfuter la compétence du tribunal. Dans ce but, le droit a recours à la fiction de la personne bien renseignée pour évoquer l'opinion publique quant à la crédibilité de ces procédures. S'il y a apparence de partialité, ni le public ni les parties ne pourront se fier au résultat de l'enquête. En tenant compte de toutes les circonstances entourant l'affaire, j'en viens à la conclusion qu'une personne bien renseignée aurait une crainte raisonnable de partialité. Il se dégage donc du dossier l'apparence que l'appelante n'aurait pas droit à une audition ou ordonnance impartiale en ce qui a trait à la plainte portée contre elle par le juge en chef Gobeil.

126 I would accordingly allow the appeal, set aside the judgment of the Court of Appeal and those of the lower tribunals and quash the complaint and all related proceedings, the whole with costs against the respondents throughout.

Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi, d'affirmer le jugement de la Cour d'appel et ceux des instances inférieures, d'annuler la plainte ainsi que toutes les procédures afférentes, le tout avec dépens contre les intimés dans toutes les cours.

Appeal dismissed with costs, SOPINKA J. dissenting.

Pourvoi rejeté avec dépens, le juge SOPINKA est dissident.

Solicitors for the appellant: Langlois Robert, Montréal.

Procureurs de l'appelante: Langlois Robert, Montréal.

Solicitors for the respondents: McCarthy Tétrault, Montréal.

Procureurs des intimés: McCarthy Tétrault, Montréal.

Solicitor for the mis en cause the Honourable Albert Gobeil: François Aquin, Montréal.

Procureur du mis en cause l'honorable Albert Gobeil: François Aquin, Montréal.

Solicitor for the mis en cause the Attorney General of Quebec: The Department of Justice, Sainte-Foy.

Procureur du mis en cause le procureur général du Québec: Le ministère de la Justice, Sainte-Foy.

Solicitor for the intervenor: The Ministry of the Attorney General, Toronto.

Procureur de l'intervenant: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Joseph Apsassin, Chief of the Blueberry River Indian Band, and Jerry Attachie, Chief of the Doig River Indian Band, on behalf of themselves and all other members of the Doig River Indian Band, the Blueberry River Indian Band and all present descendants of the Beaver Band of Indians *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in right of Canada as represented by the Department of Indian Affairs and Northern Development and the Director of the Veterans' Land Act *Respondent*

and

The Musqueam Nation and Ermineskin Tribal Council, Chief Abel Bosum et al., Chief Terry Buffalo et al. and the Samson Indian Band and Nation, and the Assembly of First Nations *Interveners*

INDEXED AS: BLUEBERRY RIVER INDIAN BAND v. CANADA (DEPARTMENT OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT)

File No.: 23516.

1995: June 13, 14; 1995: December 14.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Indians — Surrender — Reserve — Nature of duty owed by Crown prior to surrender — Whether Crown under a fiduciary duty — Indian Act, R.S.C. 1927, c. 98.

Indians — Surrender — Validity — Indian chiefs not personally certifying surrender on oath — Whether surrender invalid for failure to comply with s. 51 of Indian Act — Whether s. 51 mandatory or directory — Indian Act, R.S.C. 1927, c. 98, s. 51.

Joseph Apsassin, chef de la bande indienne de la rivière Blueberry, et Jerry Attachie, chef de la bande indienne de la rivière Doig, en leur nom et en celui de tous les autres membres de la bande indienne de la rivière Doig, de la bande indienne de la rivière Blueberry ainsi que de tous les descendants encore vivants de la bande indienne des Castors *Appelants*

c.

Sa Majesté la Reine du chef du Canada, représentée par le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien et le Directeur des terres destinées aux anciens combattants *Intimée*

et

La Nation Musqueam et le Conseil tribal Ermineskin, le chef Abel Bosum et autres, le chef Terry Buffalo et autres, la bande et nation indiennes de Samson, et l'Assemblée des premières nations *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DE LA RIVIÈRE BLUEBERRY c. CANADA (MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN)

N° du greffe: 23516.

1995: 13 et 14 juin; 1995: 14 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Indiens — Cession — Réserve — Nature de l'obligation de la Couronne avant la cession — La Couronne a-t-elle une obligation de fiduciaire? — Loi des Indiens, S.R.C. 1927, ch. 98.

Indiens — Cession — Validité — Les chefs indiens n'ont pas attesté personnellement, sous serment, la cession — La cession était-elle invalide en raison de l'inobservation de l'art. 51 de la Loi des Indiens? — L'article 51 a-t-il un caractère impératif ou directif? — Loi des Indiens, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 51.

Indians — Surrender — Reserve — Indian band surrendering reserve to Crown “to sell or lease” — Indian band claiming that Crown breached its fiduciary duty — Whether Crown should have leased land of former reserve rather than sell it — Whether Crown sold land under value — Whether Crown should have restored reserve to Band after surrender in view of Band’s impoverished situation.

Indians — Surrenders — Mineral rights — Reserve — Indian band surrendering mineral rights on reserve to Crown in 1940 and surrendering reserve in 1945 — Whether mineral rights included in 1945 surrender — Indian Act, R.S.C. 1927, c. 98, ss. 2(e), (j), 51.

Indians — Crown — Fiduciary duty — Mineral rights — Indian band surrendering mineral rights on reserve to Crown “to lease” in 1940 and surrendering reserve “to sell or lease” in 1945 — Department of Indian Affairs transferring land of former reserve to Department of Veteran Affairs in 1948 — Department of Indian Affairs aware in 1949 that mineral rights had been erroneously transferred to Department of Veteran Affairs and of potential value of these rights — Whether Crown breached its fiduciary duty by transferring mineral rights in 1948 — Whether Crown breached its fiduciary duty by failing to correct its error in 1949 when it learned of erroneous transfer — Indian Act, R.S.C. 1927, c. 98, s. 64.

Limitation of actions — Breach of fiduciary duty — Running of time postponed — Indian band surrendering mineral rights on reserve to Crown in 1940 and surrendering reserve in 1945 — Department of Indian Affairs transferring land of former reserve to Department of Veteran Affairs in 1948 — Mineral rights inadvertently acquired by Department of Veteran Affairs in transfer — Land and mineral rights subsequently sold to veterans between 1948 and 1956 — Band learning of mineral rights’ transfer in 1977 and commencing action in 1978 claiming that Crown breached its fiduciary duty — Whether action barred by limitation periods — Limitation Act, R.S.B.C. 1979, c. 236, ss. 3(4), 6(3), 8.

Indiens — Cession — Réserve — La bande indienne a cédé à la Couronne la réserve aux fins «de vendre ou de louer» — La bande indienne prétend que la Couronne a manqué à son obligation de fiduciaire — La Couronne aurait-elle dû louer les terres de l’ancienne réserve plutôt que les vendre? — La Couronne a-t-elle vendu les terres à un prix inférieur à leur valeur? — La Couronne aurait-elle dû remettre la réserve à la bande après la cession, vu l’état d’appauvrissement dans lequel se trouvait la bande?

Indiens — Cessions — Droits miniers — Réserve — La bande indienne a cédé à la Couronne les droits miniers afférents à la réserve en 1940, et elle a cédé la réserve en 1945 — Les droits miniers étaient-ils inclus dans la cession de 1945? — Loi des Indiens, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 2h), 1), 51.

Indiens — Couronne — Obligation de fiduciaire — Droits miniers — La bande indienne a, en 1940, cédé à la Couronne les droits miniers afférents à la réserve aux fins «de leur location», et, en 1945, elle a cédé la réserve aux fins «de vendre ou de louer» les terres visées — Le ministère des Affaires indiennes a transféré, en 1948, les terres de l’ancienne réserve au ministère des Affaires des anciens combattants — Le ministère des Affaires indiennes savait, en 1949, que les droits miniers avaient été transférés par erreur au ministère des Affaires des anciens combattants, et il était également au courant de la valeur potentielle de ces droits — La Couronne a-t-elle manqué à son obligation de fiduciaire en transférant les droits miniers en 1948? — La Couronne a-t-elle manqué à son obligation de fiduciaire en omettant de corriger son erreur en 1949, lorsqu’elle a pris connaissance du transfert fait par erreur? — Loi des Indiens, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 64.

Prescription — Manquement à l’obligation de fiduciaire — Report du moment où le délai de prescription commence à courir — La bande indienne a, en 1940, cédé à la Couronne les droits miniers afférents à la réserve, et, en 1945, elle a cédé la réserve — Le ministère des Affaires indiennes a transféré, en 1948, les terres de l’ancienne réserve au ministère des Affaires des anciens combattants — Le ministère des Affaires des anciens combattants a acquis par inadvertance les droits miniers lors du transfert — Les terres et les droits miniers ont par la suite été vendus à des anciens combattants entre 1948 et 1956 — La bande a appris en 1977 l’existence du transfert des droits miniers et, en 1978, elle a intenté une action, reprochant à la Couronne d’avoir manqué à son obligation de fiduciaire — L’action est-elle prescrite? — Limitation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 236, art. 3(4), 6(3), 8.

In 1916 the Beaver Band of Indians entered into a treaty with the Crown. In exchange for surrendering aboriginal title, the Band was given a parcel of land in British Columbia. The Band was nomadic, subsisting through trapping and hunting. The reserve was used as the site of its summer campground; in the winter, the Band trapped further north. In 1940, the Band surrendered the mineral rights on its reserve to the Crown, in trust "to lease" for its benefit. At the end of World War II, the federal government instituted a program under which agricultural land was made available to veterans for settlement. The Band was not using the reserve land for farming and, after considerable discussion, agreed in 1945 to surrender the reserve to the Crown "to sell or lease". The Department of Indian Affairs ("DIA") then transferred the reserve land to the Director of *The Veterans' Land Act* ("DVLA") for \$70,000 in March 1948. Part of that sum was later used by the DIA to purchase other lands for the Band closer to its trap lines. The DVLA also obtained the mineral rights "by inadvertence" because they had not been reserved from the 1948 transfer. In the same year gas was discovered near the former reserve and, in 1949, oil companies expressed interest in exploring the land for oil and gas. Between 1948 and 1956, the land of the former reserve was sold to veterans. In 1976, oil and gas were discovered and the revenue from this discovery went to the veterans or their assigns. In 1977, the Beaver Band was divided into the Blueberry River and the Doig River Indian Bands. That same year, a DIA officer found out how the Beaver Band had lost the mineral rights and informed the appellant Bands. The appellants commenced their action on September 18, 1978, claiming damages against the Crown for allowing it to make an improvident surrender of the reserve, and once surrendered, for disposing of it under value. They also claimed damages for permitting the transfer of the mineral rights to the DVLA and thence to the veterans. In the Federal Court, Trial Division, the trial judge dismissed the claims except for the sale of the surface rights to the DVLA, which he found to be under value. He held, however, that the appellants' action was barred by the 30-year limitation period under the *British Columbia Limitation Act*. The majority of the Federal Court of Appeal dismissed the appellants' appeal and the Crown's cross-appeal on the issue of sale under value.

En 1916, la bande indienne des Castors a conclu un traité avec la Couronne. En échange de la cession de son titre ancestral, la bande a reçu un lopin de terre en Colombie-Britannique. La bande était nomade et vivait du piégeage et de la chasse. Elle utilisait sa réserve comme camp d'été; durant l'hiver, la bande faisait du piégeage plus au nord. En 1940, la bande a cédé à la Couronne, en fiducie, les droits miniers afférents à sa réserve pour que celle-ci les loue au profit de la bande. À la fin de la Seconde Guerre mondiale, le gouvernement fédéral a établi un programme visant à mettre des terres agricoles à la disposition des anciens combattants pour qu'ils s'y établissent. La bande n'utilisait pas les terres de la réserve à des fins agricoles et, après de longues discussions, la bande a accepté de céder sa réserve à la Couronne aux fins «de vendre ou de louer» les terres visées. Le ministère des Affaires indiennes («MAI») a alors transféré, en mars 1948, les terres de la réserve au Directeur de la *Loi sur les terres destinées aux anciens combattants* («DTAC») pour la somme de 70 000 \$. Plus tard, une partie de cette somme a été utilisée par le MAI pour acquérir d'autres terres se trouvant plus près des sentiers de piégeage de la bande. Le DTAC a aussi obtenu les droits miniers «par inadvertance» parce qu'ils n'avaient pas été réservés au moment du transfert en 1948. La même année, on a découvert du gaz près de l'ancienne réserve et, en 1949, des sociétés pétrolières se sont montrées intéressées à faire de l'exploration en vue d'y trouver du pétrole et du gaz. Entre 1948 et 1956, les terres de l'ancienne réserve ont été vendues à des anciens combattants. En 1976, on a découvert du pétrole et du gaz et les revenus sont allés aux anciens combattants ou à leurs ayants droit. En 1977, la bande des Castors s'est scindée en deux: la bande indienne de la rivière Blueberry et la bande indienne de la rivière Doig. La même année, un fonctionnaire du MAI a découvert de quelle manière la bande des Castors avait perdu les droits miniers et il en a informé les bandes appelantes. Les appelants ont, le 18 septembre 1978, intenté une action dans laquelle ils réclamaient des dommages-intérêts contre la Couronne, lui reprochant, d'une part, d'avoir autorisé la bande à faire une cession inconsidérée de la réserve et, une fois la cession réalisée, d'avoir aliéné celle-ci à un prix inférieur à sa valeur, et, d'autre part, d'avoir permis le transfert des droits miniers, d'abord au DTAC puis aux anciens combattants. En Section de première instance de la Cour fédérale, le juge a rejeté les réclamations des bandes, sauf celle concernant la vente des droits de superficie au DTAC, droits qui, a-t-il conclu, avaient été vendus à un prix inférieur à leur valeur réelle. Cependant, il a conclu que l'action des appelants était prescrite par le délai de prescription de 30 ans prévu par la

The appellants appeal to this Court, and the Crown cross-appeals.

Held: The appeal and cross-appeal should be allowed.

The appellants have not established that the Crown wrongly failed to prevent the surrender of the reserve in 1945. The measure of control which the 1927 *Indian Act* permitted a band to exercise over the surrender of its reserve negates a contention that, absent exploitation, the Act imposed a fiduciary obligation on the Crown with respect to the surrender of a reserve. Under the Act, a band had the right to decide whether or not to surrender its reserve, and its decision was to be respected. The Crown's obligation was limited to preventing exploitative bargains. The Crown could thus refuse its consent if the band's decision was foolish or improvident. Here, subject to the matter of mineral rights, the Beaver Band's surrender of its reserve did not amount to exploitation. Further, the circumstances of this case did not give rise to a fiduciary duty on the Crown with respect to the 1945 surrender. While the Band trusted the Crown to provide it with information as to its options and their foreseeable consequences in relation to the surrender of the reserve and the acquisition of new reserve lands, the Band did not abnegate or entrust its power of decision over the surrender of the reserve to the Crown. Finally, the failure to comply with s. 51(3) of the 1927 *Indian Act* does not invalidate the 1945 surrender. The word "shall" in s. 51(3) should not be considered mandatory. The true object of ss. 51(3) and 51(4) was to ensure that the surrender was validly assented to by the Band and the evidence amply established valid assent. The non-compliance with s. 51 was technical.

The 1945 surrender imposed a fiduciary duty on the Crown with respect to the subsequent sale or lease of the land, and the Crown did not breach that duty when it sold the land to the DVLA in 1948. First, the sale of the land was made in the best interests of the Beaver Band. Different options, including leasing, were considered. While in retrospect, with the decline of trapping and the

Limitation Act de la Colombie-Britannique. La Cour d'appel fédérale a, à la majorité, rejeté l'appel formé par les appelants ainsi que l'appel incident de la Couronne sur la question de la vente des droits de superficie à un prix inférieur à leur valeur réelle. Les appelants se pourvoient devant notre Cour, et la Couronne interjette un pourvoi incident.

Arrêt: Le pourvoi et le pourvoi incident sont accueillis.

Les appelants n'ont pas établi que la Couronne a eu tort de ne pas empêcher la cession de la réserve en 1945. L'étendue du contrôle que la *Loi des Indiens* de 1927 permettait à la bande d'exercer sur la cession de la réserve réfute l'argument que, en l'absence d'exploitation, la Loi imposait une obligation de fiduciaire à la Couronne relativement à la cession de la réserve. En vertu de la Loi, une bande avait le droit de décider si elle voulait céder sa réserve, et sa décision devait être respectée. L'obligation de la Couronne se limitait à prévenir les marchés abusifs. La Couronne pouvait donc refuser son consentement si la décision de la bande était imprudente ou inconsidérée. En l'espèce, sous réserve de la question des droits miniers, la cession de sa réserve par la bande des Castors n'équivalait pas à de l'exploitation. Par ailleurs, les circonstances de l'espèce n'ont pas donné naissance à une obligation de fiduciaire de la Couronne à l'égard de la cession de 1945. Même si la bande escomptait que la Couronne la renseignerait sur les diverses solutions qui s'offraient à elle — et sur les conséquences prévisibles de ces solutions — relativement à la cession de la réserve et à l'acquisition de nouvelles terres, la bande n'avait pas renoncé à son pouvoir de décision quant à la cession de la réserve et ne s'en était pas remis à la Couronne à cet égard. Enfin, l'inobservation du par. 51(3) de la *Loi des Indiens* de 1927 n'a pas pour effet d'invalider la cession de 1945. Le mot «*shall*» (le mot «doit» et l'indicatif présent dans le texte français) utilisé au par. 51(3) ne devrait pas être considéré comme ayant un sens impératif. L'objet véritable des par. 51(3) et (4) était de faire en sorte que le consentement de la bande à la cession soit valide, et les éléments de preuve ont amplement établi l'existence d'un consentement valide. L'inobservation de l'art. 51 constituait un vice de forme.

La cession de 1945 a imposé à la Couronne une obligation de fiduciaire en ce qui concerne la vente ou la location subséquentes des terres visées, et la Couronne n'a pas manqué à cette obligation lorsque, en 1948, elle a vendu les terres au DTAC. Premièrement, la vente des terres a été faite dans l'intérêt de la bande des Castors. Un certain nombre de possibilités, dont la location, ont

discovery of oil and gas, the decision to sell, rather than to lease, may be argued to have been unfortunate, at the time it was defensible as a reasonable decision since that choice had the advantage of meeting the Band's need and wish to purchase lands closer to its trap lines. Second, the Crown did not breach its fiduciary duty by selling the land for \$70,000. The DIA received a higher appraisal but there were also appraisals giving lower value to the land. Since the Crown adduced evidence showing that the sale price lay within a range established by the appraisals, this raised a *prima facie* case that the sale price was reasonable. The onus then shifted to the appellants, who failed to demonstrate that the sale price was unreasonable. Third, the Crown did not breach its fiduciary duty after the surrender of the reserve by failing to restore the land to the Band. Although the Band lived in apparent poverty between 1945 and 1961, one cannot infer that the solution was to cancel the 1945 surrender or refuse to sell the reserve land. The Band's condition appears to have been unrelated to possession of the reserve.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka and Gonthier JJ.: Under the 1945 surrender, both the surface and mineral rights in the reserve were surrendered to the Crown in trust "to sell or lease". This conclusion rests on reasoning unrelated to the scope of the 1927 *Indian Act* surrender regime and, in particular, to the issue of whether or not the 1940 surrender of mineral rights was actually governed by the 1927 Act, and therefore holds even if the mineral rights had attained the status of "Indian lands" through the 1940 dealings. The ultimate issue to be determined in this case is the impact of the 1945 surrender of the reserve on the 1940 surrender of the mineral rights in that reserve. The 1927 Act is entirely silent on the subjects of surrender variation, surrender revocation, and resurrender, yet no one would seriously suggest that this silence renders all surrenders, including the 1940 surrender, permanent and irrevocable.

The legal character of the 1945 surrender, and its impact on the 1940 surrender, should be determined by reference to the Band's intention. The principles of common law property are not helpful in the context of

été envisagées. Bien que l'on puisse, avec le recul du temps, compte tenu du déclin du piégeage et de la découverte de pétrole et de gaz, affirmer que la décision de vendre les terres plutôt que de les louer s'est révélée malencontreuse, il s'agissait à l'époque d'un choix défendable, en tant que solution raisonnable, puisqu'il avait l'avantage de répondre au besoin et au désir de la bande d'obtenir d'autres terres situées plus près de ses sentiers de piégeage. Deuxièmement, la Couronne n'a pas manqué à son obligation de fiduciaire en vendant les terres pour la somme de 70 000 \$. Le MAI avait reçu une évaluation plus élevée, mais il existait également des évaluations attribuant une valeur moindre aux terres. Puisque la Couronne a présenté des éléments de preuve indiquant que le prix de vente se situait dans la fourchette établie par les évaluations, cette preuve a établi, *prima facie*, que le prix de vente était raisonnable. Il y a alors eu déplacement du fardeau de la preuve, mais les appelants n'ont pas prouvé que ce prix était déraisonnable. Troisièmement, la Couronne n'a pas, après la cession de la réserve, manqué à son obligation de fiduciaire en ne remettant pas ces terres à la bande. Même si celle-ci vivait dans un état de pauvreté évident entre 1945 et 1961, on ne peut en déduire que la solution était d'annuler la cession de 1945 ou de refuser de vendre les terres de la réserve. Il ne semble pas qu'il y ait eu un rapport entre la situation de la bande et le fait qu'elle n'était pas en possession de la réserve.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Gonthier: En vertu de la cession de 1945, les droits de superficie de la réserve et les droits miniers y afférents ont été cédés à la Couronne, en fiducie, aux fins «de vendre ou de louer» les terres visées. Cette conclusion ne s'appuie d'aucune façon sur la portée du régime établi par la *Loi des Indiens* de 1927 relativement aux cessions ni, en particulier, sur la question de savoir si la cession de 1940 était ou non régie par la Loi de 1927, et elle vaut donc même si les droits miniers avaient pris la qualité de «terres indiennes» par suite des opérations de 1940. En l'espèce, la question revient en définitive à déterminer l'effet de la cession de la réserve en 1945 sur la cession des droits miniers afférents à cette réserve en 1940. Même si la Loi de 1927 ne traite ni de la modification des cessions, ni de leur annulation, ni de la possibilité de refaire cession, on ne saurait prétendre sérieusement que, en raison de ce silence, toutes les cessions, y compris celle de 1940, ont un caractère permanent et irrévocable.

Le caractère juridique de la cession de 1945 et son effet sur celle de 1940 doivent être déterminés au regard de l'intention de la bande. Les principes généraux du droit des biens en common law ne sont pas utiles dans le

this case. When determining the legal effect of dealings between aboriginal peoples and the Crown relating to reserve lands, the *sui generis* nature of aboriginal title requires courts to go beyond the usual restrictions imposed by the common law, in order to give effect to the true purpose of the dealings. Accordingly, unless some statutory bar exists (which is not the case here), the Band members' intention should be given legal effect. Here, the trial judge's findings indicate that the Band members neither expected nor intended to hold rights over the reserve once the 1945 surrender was completed. They understood that by agreeing to the 1945 surrender they would be transferring all their rights in the reserve to the Crown in trust, and that the Crown would either sell or lease those rights for the benefit of the Band. The Band's intention is also evidenced by the terms of the 1945 surrender. It is reasonable to conclude that the term "Reserve", as used in that surrender, was intended to have the same meaning as the term "reserve" in the 1927 *Indian Act*, which is defined in s. 2(j) as an unsurrendered tract of land including the "minerals . . . thereon or therein". The true nature of the 1945 surrender can best be characterized as a variation of a trust in Indian land. The 1945 surrender subsumed the 1940 surrender, and expanded upon it. Although a trust in Indian land cannot be equated with a common law trust, "trust-like" obligations and principles are relevant to the analysis of a surrender of Indian lands. Both surrenders in this case were framed as trusts, and the parties therefore intended to create a trust-like relationship. In light of the guiding principle that the decisions of aboriginal peoples should be honoured and respected, this surrender variation should be given effect since the Band's understanding of its terms was adequate, and since the Crown's conduct did not taint the dealings in a manner which made it unsafe to rely on the Band's understanding and intention. There was also substantial compliance with the technical surrender requirements embodied in s. 51 of the 1927 *Indian Act*.

By taking on the obligations of a trustee in relation to the reserve, the DIA was under a fiduciary duty to deal with the land in the best interests of the Band members.

contexte du présent pourvoi. Dans l'examen des effets juridiques des opérations conclues par les peuples autochtones et la Couronne relativement à des terres faisant partie de réserves, il ne faut pas oublier que, compte tenu du caractère *sui generis* du titre ancestral, les tribunaux doivent faire abstraction des restrictions habituelles qui sont imposées par la common law afin de donner effet à l'objet véritable de ces opérations. En conséquence, hormis quelque empêchement prescrit par la loi (ce qui n'est pas le cas en l'espèce), il faut laisser l'intention des membres de la bande produire ses effets juridiques. En l'espèce, les conclusions du juge de première instance indiquent que la bande ne s'attendait pas à détenir des droits sur la réserve une fois la cession de 1945 complétée, et que ce n'était pas non plus son intention. La bande comprenait, d'une part, qu'en acceptant la cession de 1945 elle transférerait à la Couronne, en fiducie, tous les droits qu'elle avait dans la réserve et, d'autre part, que la Couronne vendrait ou louerait ces droits au profit de la bande. L'intention de la bande ressort aussi des termes mêmes de l'acte de cession de 1945. Il est raisonnable de conclure que l'on désirait, dans l'acte de cession, utiliser le mot «réserve» suivant le sens que lui donne la *Loi des Indiens*, à l'al. 2h), soit une étendue de terre qui n'a pas été rétrocédée et comprend les «minéraux [. . .] qui se trouvent à la surface ou à l'intérieur du sol». La meilleure façon de décrire la nature véritable des opérations de 1945 est de les qualifier de modification d'une fiducie visant des terres indiennes. La cession de 1945 subsumait celle de 1940, et elle en élargissait la portée. Bien que l'on ne puisse assimiler les fiducies visant des terres indiennes aux fiducies en common law, des obligations et principes «semblable[s] à [ceux d']une fiducie» sont pertinents dans le cadre de l'analyse d'une cession visant des terres indiennes. En l'espèce, comme les deux cessions visaient des fiducies, les parties avaient en conséquence l'intention de créer des rapports semblables à ceux créés par une fiducie. Compte tenu du principe directeur qui veut que l'on respecte les décisions des peuples autochtones, il y a lieu de donner effet à cette modification de cession, puisque la bande en avait bien saisi les conditions et que la conduite de la Couronne n'a pas vicié les négociations au point qu'il serait hasardeux de tenir pour acquis que la bande avait bien compris la situation et avait eu l'intention de faire ce qu'elle a fait. De plus, les exigences de forme en matière de cession prévues par l'art. 51 de la *Loi des Indiens* de 1927 ont, pour l'essentiel, été respectées.

En assumant les obligations d'un fiduciaire relativement à la réserve, le MAI avait l'obligation de fiduciaire d'agir dans l'intérêt des membres de la bande. Cette

This duty extended to both the surface rights and the mineral rights. Although the 1945 surrender was “to sell or lease”, there was no clear authorization from the Band which justified the DIA in departing from its long-standing policy of reserving mineral rights for the benefit of the aboriginal peoples when surface rights were sold. Given these circumstances, the DIA was under a fiduciary duty to continue the leasing arrangement which had been established in the 1940 surrender. It was a violation of this fiduciary duty to sell the mineral rights to the DVLA in 1948.

The evidence showed that by August 9, 1949, the DIA was aware that the mineral rights in the reserve were potentially of considerable value, and that these rights had been sold to the DVLA in 1948. The DIA breached its fiduciary duty to deal with the reserve in the best interests of the Band because, as of August 9, 1949, a reasonable person in the position of the DIA would have realized that a mistake had occurred, and would have exercised its power under s. 64 of the 1927 *Indian Act* to reacquire the mineral rights for the purpose of effecting a leasing arrangement for the benefit of the Band. Therefore, for the reasons given by McLachlin J., the appellants may recover any losses stemming from transfers by the DVLA after August 9, 1949 as such losses fall within the 30-year limitation period imposed by the British Columbia *Limitation Act*, and are not barred by any other provision of that Act.

Per Cory, McLachlin and Major JJ.: The 1945 surrender of the reserve did not include the mineral rights. When the Band surrendered the reserve, it could transfer only those rights in the reserve which it still possessed. Since the Band had already surrendered the mineral rights to the Crown in 1940, the 1945 surrender involved only the surface rights of the reserve. This result is dictated not only by the most basic principles of property transfer, but by the 1927 *Indian Act* itself. The 1940 surrender was a valid surrender of a portion of the reserve which converted that portion into “Indian lands”. As “Indian lands” held by the Crown in trust, they could not be surrendered again in 1945. By the definition in s. 2(j) of the Act, a reserve cannot include what has already been surrendered. The Crown therefore continued to hold the mineral rights in trust “to lease” for the welfare of the Band. The suggestion that mineral rights cannot be conveyed except in conjunction with surface rights is inconsistent with the general policy of the law permitting severance of the various property

obligation visait à la fois les droits de superficie et les droits miniers. Bien que la cession de 1945 ait été faite aux fins «de vendre ou de louer» les terres visées, la bande n’a jamais clairement autorisé le MAI à déroger à sa politique de longue date, qui était de réserver les droits miniers au profit des autochtones concernés lorsqu’elle vendait des droits de superficie. Dans ces circonstances, le MAI avait l’obligation de fiduciaire de continuer la location prévue par la cession de 1940. La vente des droits miniers au DTAC en 1948 a constitué une violation de cette obligation de fiduciaire.

La preuve démontre que, le 9 août 1949, le MAI savait qu’il était possible que les droits miniers afférents à la réserve aient une valeur considérable, et qu’il était au courant du fait que les droits miniers avaient été vendus au DTAC en 1948. Le MAI a manqué à l’obligation de fiduciaire qu’il avait d’agir dans l’intérêt de la bande lorsqu’il effectuait des opérations touchant la réserve, parce qu’une personne raisonnable, placée dans la situation du MAI, se serait aperçue, le 9 août 1949, qu’une erreur avait été commise, et elle aurait exercé le pouvoir que lui conférait l’art. 64 de la *Loi sur les Indiens* de 1927 pour acquérir de nouveau les droits miniers afin de conclure une entente de location au profit de la bande. En conséquence, pour les motifs donnés par le juge McLachlin, les appelants peuvent recouvrer les pertes découlant des transferts faits par le DTAC après le 9 août 1949, puisqu’elles se situent à l’intérieur du délai de prescription de 30 ans fixé par la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique, et que les réclamations présentées à cet égard ne sont pas écartées par quelque autre disposition de cette loi.

Les juges Cory, McLachlin et Major: La cession de la réserve en 1945 n’incluait pas les droits miniers. Lorsque la bande a cédé la réserve, elle ne pouvait transférer que les droits qu’elle possédait encore. Puisque la bande avait déjà cédé les droits miniers à la Couronne en 1940, elle ne pouvait céder en 1945 que les droits de superficie de la réserve. Cette conclusion s’impose non seulement de par l’effet des principes les plus fondamentaux du transfert des biens immobiliers, mais aussi de par l’effet de la *Loi des Indiens* de 1927 elle-même. La cession de 1940 était une cession valide d’une partie de la réserve, et elle a eu pour effet de faire de la portion ainsi cédée des «terres indiennes». En tant que «terres indiennes» détenues en fiducie par la Couronne, les droits miniers ne pouvaient être cédés de nouveau en 1945. De par la définition figurant à l’al. 2h) de la Loi, une réserve ne peut pas comprendre ce qui a déjà été cédé. La Couronne a donc continué de détenir les droits miniers pour la bande, en fiducie, aux fins de les louer pour le bien-être de celle-ci. La thèse selon laquelle le titre relatif aux

interests in a given parcel of land, the wording of the 1927 *Indian Act* and the regulations governing oil and gas enacted under it.

The general language of the 1945 surrender did not constitute a revocation of the 1940 surrender and a resurrender of the mineral rights. The mineral rights were not discussed in the negotiations leading to the 1945 surrender, nor referred to in the 1945 document of surrender. As well, the appropriate administrative formalities for a resurrender of the mineral rights complying with the provisions of the 1927 *Indian Act* were not followed. An intention by the Band to transfer the mineral rights in 1945 cannot sweep aside the provisions of the Act or of the 1940 surrender and, even if it could, such an intention has not been established in this case. In the absence of evidence of intention, the 1940 surrender should not be overturned and the Band should be entitled to the protection of the 1927 *Indian Act* and the common law which prevent the Crown from unilaterally changing the terms under which it held the property as fiduciary without obtaining the informed consent of the Band.

While there was no breach of the Crown's fiduciary duty with respect to the sale of the surface rights of the reserve, the 1940 surrender also imposed a fiduciary duty on the Crown with respect to the mineral rights, and the DIA breached this duty and the terms of the 1940 surrender by conveying these rights to the DVLA in 1948. The 1940 surrender restricted the DIA to leasing the mineral rights for the benefit of the Band. In any event, even if one were to assume that the 1945 surrender revoked the previous surrender of mineral rights, the 1945 surrender still imposed an obligation on the Crown to lease or sell in the best interests of the Band. A reasonable person does not inadvertently give away a potentially valuable asset which has already demonstrated earning potential. Nor does a reasonable person give away for no consideration what it will cost him nothing to keep and which may one day possess value, however remote the possibility. The Crown managing its own affairs reserved out its minerals. It should have done the same for the Band. The duty on the Crown as

droits miniers ne peut être transféré qu'avec les droits de superficie est contraire à l'orientation générale de la loi — qui permet la séparation des divers droits fonciers sur une parcelle donnée — ainsi qu'au libellé de la *Loi des Indiens* de 1927 et à son règlement d'application touchant les droits pétroliers et gaziers.

Le libellé général de la cession de 1945 ne constituait pas une annulation de la cession de 1940 et une nouvelle cession des droits miniers. La question des droits miniers n'a pas été discutée lors des négociations qui ont abouti à la cession de 1945, et l'acte de cession de 1945 ne fait pas mention de ces droits. De plus, on n'a pas respecté les formalités administratives appropriées applicables en cas de nouvelle cession de droits miniers et conformes aux dispositions de la *Loi des Indiens* de 1927. L'intention de la bande de transférer les droits miniers en 1945 ne peut écarter les dispositions de la Loi ou de l'acte de cession de 1940. D'ailleurs, même si elle le pouvait, l'existence d'une telle intention n'a pas été établie en l'espèce. En l'absence de preuve de l'intention, la cession de 1940 ne devrait pas être invalidée et la bande devrait pouvoir invoquer les mesures de protection prévues par la *Loi des Indiens* de 1927 et la common law et qui ont pour effet d'empêcher la Couronne de modifier unilatéralement les conditions en vertu desquelles elle détenait les biens en qualité de fiduciaire, sans obtenir le consentement éclairé de la bande.

Même si, pour ce qui concerne la vente des droits de superficie de la réserve, aucun manquement à une obligation de fiduciaire de la Couronne n'a été prouvé, la cession des droits miniers en 1940 a toutefois eu aussi pour effet d'imposer une obligation de fiduciaire envers la bande relativement aux droits miniers, et le MAI a manqué à cette obligation et aux conditions de la cession de 1940 en transférant ces droits au DTAC en 1948. En vertu de la cession de 1940, le MAI n'était autorisé qu'à louer les droits en question au profit de la bande. Quoi qu'il en soit, même si on accepte l'argument que la cession de 1945 a eu pour effet d'annuler la cession antérieure des droits miniers, la Couronne avait toujours, aux termes de la cession de 1945, l'obligation de vendre ou de louer les terres visées dans l'intérêt de la bande. Une personne raisonnable ne se départit pas par inadvertance d'un bien qui peut avoir de la valeur et dont la capacité de produire un revenu a déjà été démontrée. Pas plus qu'une personne raisonnable se départit, sans contrepartie, d'un bien qui ne lui coûte rien à conserver et qui pourrait un jour avoir de la valeur, aussi mince que puisse être cette possibilité. Dans la gestion de ses propres affaires, la Couronne réservait ses droits miniers. Elle aurait dû faire de même pour la bande. En tant que fiduciaire, la Couronne avait l'obligation d'agir

fiduciary was that of a man of ordinary prudence in managing his own affairs.

The transfer of the mineral rights to the DVLA was made in March 1948 and the appellants' action filed in September 1978 is thus outside the 30-year limitation period in s. 8 of the *Limitation Act* of British Columbia. However, while the fiduciary duty associated with the administration of the reserve as Indian lands may have terminated with the sale of the lands in 1948, an ongoing fiduciary duty to act to correct error in the best interests of the Indians may be inferred from the exceptional nature of s. 64 of the 1927 *Indian Act*. Under that section, the DIA had the power to revoke the erroneous transfer of the mineral rights to the DVLA up to the time they were sold by the DVLA. The Crown committed a second breach of fiduciary duty by failing to correct its error on August 9, 1949 when it learned of the erroneous transfer and of the potential value of the mineral rights. Since the present action was filed in September 1978, any losses stemming from sales after August 9, 1949 are still permissible under the 30-year general limitation period. Claims for breach of fiduciary duty regarding mineral rights which survive the 30-year limitation period are not barred by the 6-year limitation period provided by s. 3(4) of the *Limitation Act*. Although the action falls well beyond 6 years from the agreements for sale with the veterans, which took place between 1948 and 1956, by virtue of s. 6(3) of the *Limitation Act* the running of time was postponed until 1977 since it is only in that year that the appellants became aware of the true facts, placing their writ well within the applicable limitation period. The appellants are therefore entitled to damages against the Crown for breach of fiduciary duty with respect to such mineral rights as were conveyed by agreement for sale after August 9, 1949.

Cases Cited

By Gonthier J.

Referred to: *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335.

By McLachlin J.

Applied: *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; **referred to:** *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211; *Frame v. Smith*,

avec le soin et la diligence qu'un bon père de famille apporte à l'administration de ses propres affaires.

Comme le transfert des droits miniers au DTAC a été fait en mars 1948, l'action intentée par les appelants en septembre 1978 est donc prescrite par suite de l'écoulement du délai de 30 ans prévu à l'art. 8 de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique. Toutefois, même si l'obligation de fiduciaire touchant l'administration des terres des Indiens a pu cesser au moment de la vente des terres en 1948, on peut néanmoins inférer du caractère exceptionnel de l'art. 64 de la *Loi des Indiens* de 1927 le maintien d'une obligation de fiduciaire d'agir dans l'intérêt des Indiens afin de corriger une erreur. Cette disposition conférerait au MAI le pouvoir d'annuler le transfert des droits miniers fait par erreur au DTAC, et ce jusqu'au moment où ils ont été vendus par ce dernier. La Couronne a commis un deuxième manquement à son obligation de fiduciaire en omettant de corriger l'erreur en question le 9 août 1949, lorsqu'elle a pris connaissance de cette erreur et de la valeur potentielle des droits miniers. Puisque la présente action a été déposée en septembre 1978, toutes les pertes découlant des transferts faits après le 9 août 1949 donnent donc ouverture à action compte tenu du délai de prescription général de 30 ans. Les réclamations concernant les droits miniers qui subsistent à l'application du délai de prescription trentenaire ne sont pas prescrites par le délai de prescription de 6 ans prévu au par. 3(4) de la *Limitation Act*. Même si l'action dépasse de beaucoup le délai de 6 ans qui a commencé à courir à compter des conventions de vente conclues avec les anciens combattants entre 1948 et 1956, en raison de l'effet du par. 6(3) de la *Limitation Act*, le délai de prescription n'a commencé à courir qu'en 1977, puisque les appelants n'ont appris les faits véritables qu'en 1977. Leur action a donc été intentée bien à l'intérieur du délai de prescription applicable. Les appelants ont donc droit à des dommages-intérêts de la part de la Couronne par suite du manquement de celle-ci à l'obligation de fiduciaire qui lui incombait relativement aux droits miniers qui ont été cédés par actes de vente après le 9 août 1949.

Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

Arrêt mentionné: *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt appliqué: *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; **arrêts mentionnés:** *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211;

[1987] 2 S.C.R. 99; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, [1917] A.C. 170; *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41; *Berkheiser v. Berkheiser*, [1957] S.C.R. 387; *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889), 14 A.C. 295; *Fales v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302; *M. (K.) v. M. (H)*, [1992] 3 S.C.R. 6.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Indian Act, S.C. 1938, c. 31, s. 1.
Dominion Lands Act, R.S.C. 1927, c. 113.
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 38(1).
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 39(1).
Indian Act, R.S.C. 1927, c. 98, ss. 2(e), (j), 50, 51, 53, 54, 64, 93(3).
Land Act, R.S.B.C. 1924, c. 131, ss. 119, 120.
Limitation Act, R.S.B.C. 1979, c. 236, ss. 3(2), (4), 6(3), 8.
 Order in Council P.C. 8939, November 19, 1941.
Regulations for the Disposal of Petroleum and Gas on the Indian Reserves in the Provinces of Alberta and Saskatchewan and the Northwest Territories, May 17, 1910, Order in Council P.C. 987.
Regulations for the Disposal of Petroleum and Natural Gas Rights on Indian Reserves, (1938) 72 Can. Gaz. 725, s. 1(a).
Soldier Settlement Act, 1919, S.C. 1919, c. 71.
Veterans' Land Act, 1942, S.C. 1942, c. 33, s. 5(2).

Authors Cited

A. H. Oosterhoff: *Text, Commentary and Cases on Trusts*, 4th ed. By A. H. Oosterhoff and E. E. Gillese. Toronto: Carswell, 1992.
Chambers English Dictionary, 7th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.
Concise Oxford Dictionary, 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.
 Shepherd, J. C. *The Law of Fiduciaries*, Toronto: Carswell, 1981.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1993] 3 F.C. 28, 100 D.L.R. (4th) 504, 151 N.R. 241, [1993] 2 C.N.L.R. 20, dismissing an appeal and a cross-

Frame c. Smith, [1987] 2 R.C.S. 99; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Montreal Street Railway Co. c. Normandin*, [1917] A.C. 170; *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41; *Berkheiser c. Berkheiser*, [1957] R.C.S. 387; *Attorney-General of British Columbia c. Attorney-General of Canada* (1889), 14 A.C. 295; *Fales c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302; *M. (K.) c. M. (H)*, [1992] 3 R.C.S. 6.

Lois et règlements cités

Décret C.P. 8939, 19 novembre 1941.
Land Act, R.S.B.C. 1924, ch. 131, art. 119, 120.
Limitation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 236, art. 3(2), (4), 6(3), 8.
Loi des Indiens, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 2h), l), 50, 51, 53, 54, 64, 93(3).
Loi des terres fédérales, S.R.C. 1927, ch. 113.
Loi d'établissement des soldats, 1919, S.C. 1919, ch. 71.
Loi modifiant la Loi des Indiens, S.C. 1938, ch. 31, art. 1.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 39(1).
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10, art. 38(1).
Loi de 1942 sur les terres destinées aux anciens combattants, S.C. 1942, ch. 33, art. 5(2).
Regulations for the Disposal of Petroleum and Gas on the Indian Reserves in the Provinces of Alberta and Saskatchewan and the Northwest Territories, 17 mai 1910, décret C.P. 987.
Regulations for the Disposal of Petroleum and Natural Gas Rights on Indian Reserves, (1938) 72 Can. Gaz. 725, art. 1a).

Doctrine citée

A. H. Oosterhoff: *Text, Commentary and Cases on Trusts*, 4th ed. By A. H. Oosterhoff and E. E. Gillese. Toronto: Carswell, 1992.
Nouveau Petit Robert, Paris: Le Robert, 1994.
Petit Larousse illustré 1994, Paris: Larousse, 1993.
 Shepherd, J. C. *The Law of Fiduciaries*, Toronto: Carswell, 1981.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1993] 3 C.F. 28, 100 D.L.R. (4th) 504, 151 N.R. 241, [1993] 2 C.N.L.R. 20, qui a rejeté l'appel et l'appel incident

appeal from a judgment of the Trial Division, [1988] 3 F.C. 20 (abridged version), 14 F.T.R. 161, [1988] 1 C.N.L.R. 73. Appeal and cross-appeal allowed.

Thomas R. Berger, Q.C., Leslie J. Pinder, Arthur Pape and Gary A. Nelson, for the appellants.

I. G. Whitehall, Q.C., John R. Haig, Q.C., and Mitchell R. Taylor, for the respondent.

Marvin R. V. Storrow, Q.C., and Maria Morellato, for the interveners the Musqueam Nation and Ermineskin Tribal Council.

James O'Reilly, Edward H. Molstad, Q.C., and Chantal Chatelain, for the interveners Chief Abel Bosum et al.

James O'Reilly, Edward H. Molstad, Q.C., and L. Douglas Rae, for the interveners Chief Terry Buffalo et al.

Peter K. Doody and John E. S. Briggs, for the intervener the Assembly of First Nations.

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

GONTHIER J. —

I. Introduction

¹ I have had the benefit of reading the reasons of my colleague, McLachlin J. While I agree with her analyses of the surrender of the surface rights in Indian Reserve 172 ("I.R. 172"), and the application of the British Columbia *Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 236, and with her ultimate disposition of the case, I find that I cannot agree with her conclusion that the 1945 surrender of I.R. 172 to the Crown did not include the mineral rights in the reserve. In my view, the 1945 agreement constituted a complete surrender to the Crown of the surface and mineral rights in the St. John Indian Reserve, in trust, "to sell or lease". The Beaver Band's intention at the time of the 1945 surrender, and the terms of the surrender instrument, bear this

formés contre un jugement de la Section de première instance, [1988] 3 C.F. 20 (version abrégée), 14 F.T.R. 161, [1988] 1 C.N.L.R. 73. Pourvoi et pourvoi incident accueillis.

Thomas R. Berger, c.r., Leslie J. Pinder, Arthur Pape et Gary A. Nelson, pour les appelants.

I. G. Whitehall, c.r., John R. Haig, c.r., et Mitchell R. Taylor, pour l'intimée.

Marvin R. V. Storrow, c.r., et Maria Morellato, pour les intervenants la Nation Musqueam et le Conseil tribal Ermineskin.

James O'Reilly, Edward H. Molstad, c.r., et Chantal Chatelain, pour les intervenants le chef Abel Bosum et autres.

James O'Reilly, Edward H. Molstad, c.r., et L. Douglas Rae, pour les intervenants le chef Terry Buffalo et autres.

Peter K. Doody et John E. S. Briggs, pour l'intervenante l'Assemblée des premières nations.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et Gonthier rendu par

LE JUGE GONTHIER —

I. Introduction

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de ma collègue le juge McLachlin. Même si je suis d'accord avec son analyse de la cession des droits de superficie de la réserve indienne 172 («R.I. 172») et de l'application de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, ch. 236, ainsi qu'avec la façon dont elle tranche le pourvoi, je ne peux cependant me rallier à sa conclusion que la cession de la R.I. 172 à la Couronne en 1945 n'incluait pas les droits miniers afférents à la réserve. À mon avis, l'accord de 1945 était une cession complète à la Couronne, en fiducie, des droits de superficie de la réserve indienne de St. John et des droits miniers y afférents, aux fins [TRADUCTION] «de vendre ou de louer» les terres visées. L'intention

out. Moreover, while I agree with my colleague that in dealing with the mineral rights subsequent to the 1945 surrender, the Department of Indian Affairs ("DIA") committed a breach of fiduciary duty, my reasons are somewhat different. I set them out below.

II. The Effect of the 1945 Surrender of I.R. 172 on the 1940 Surrender of the Mineral Rights in I.R. 172

McLachlin J.'s position, in brief, is that since there had already been a surrender of the mineral rights in I.R. 172 for "lease" in 1940, these mineral rights could not have been included in the 1945 surrender. The basis of her position lies in the *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, scheme governing the transfer of reserve lands to the Crown. Once such lands are surrendered, they become "Indian lands" under the Act. Section 2(e) of the Act defines "Indian lands" as follows:

"Indian lands" means any reserve or portion of a reserve which has been surrendered to the Crown;

It is therefore clear that "Indian lands" must constitute a "reserve or portion of a reserve". "Reserve" is defined in s. 2(j) of the Act:

"reserve" means any tract or tracts of land set apart by treaty or otherwise for the use or benefit of or granted to a particular band of Indians, of which the legal title is in the Crown, and which remains so set apart and has not been surrendered to the Crown, and includes all the trees, wood, timber, soil, stone, minerals, metals and other valuables thereon or therein;

McLachlin J. argues that when the Band surrendered the mineral rights in I.R. 172 to the Crown in 1940, this severed the mineral rights from the "reserve". The mineral rights thus constituted "Indian lands" under s. 2(e) of the Act, because they were a "portion of a reserve" which had been "surrendered". Therefore, the 1945 agreement could not have included the Band's rights over the

de la bande des Castors au moment de la cession de 1945 de même que les conditions de l'acte de cession appuient mon opinion. Qui plus est, même si je conviens avec ma collègue que le ministère des Affaires indiennes («MAI») a manqué à une obligation de fiduciaire dans le cadre des opérations qu'il a effectuées relativement aux droits miniers après la cession de 1945, ma conclusion repose sur des motifs quelque peu différents, que j'expose ci-après.

II. L'effet de la cession de la R.I. 172 en 1945 sur la cession des droits miniers afférents à la R.I. 172 en 1940

Le juge McLachlin soutient à cet égard que, comme il y avait déjà eu, en 1940, cession des droits miniers afférents à la R.I. 172 à des fins de «location», ces droits ne pouvaient être inclus dans la cession de 1945. Ma collègue appuie sa position sur le régime établi par la *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, en matière de transfert à la Couronne de terres faisant partie de réserves. Une fois cédées, ces terres deviennent des «terres indiennes» au sens de l'al. 2l) de la Loi, qui se lit:

«terres indiennes», «terres des Indiens» signifie toute réserve ou partie de réserve qui a été cédée à la Couronne;

Il est donc clair que les «terres indiennes» doivent être une «réserve ou partie de réserve». L'alinéa 2h) définit ainsi le terme «réserve»:

«réserve» signifie toute étendue de terre mise à part, par traité ou autrement, pour l'usage ou le profit d'une bande particulière d'Indiens ou concédée à cette bande, et dont le titre légal est attribué à la Couronne, et qui fait encore partie de la réserve et n'a pas été rétrocédée à la Couronne, et comprend les arbres, le bois, la terre, la pierre, les minéraux, les métaux et autres choses de valeur qui se trouvent à la surface ou à l'intérieur du sol;

Le juge McLachlin affirme que les droits miniers afférents à la R.I. 172 ont été détachés de la «réserve» lorsque la bande a, en 1940, cédé les droits en question à la Couronne. Les droits miniers sont donc devenus des «terres indiennes» au sens de l'al. 2l) de la Loi, puisqu'ils étaient une «partie de réserve» qui avait été «cédée». Par conséquent, l'accord de 1945 ne pouvait pas inclure

minerals, since the surrendered “reserve”, as defined in s. 2(j) of the Act, was composed of only those portions of I.R. 172 which had not yet been surrendered. Furthermore, because the parties did not comply with certain administrative procedures associated with the resurrender of reserve lands (i.e., the execution of a formal revocation document prior to resurrender), McLachlin J. rejects the notion that the 1945 agreement constituted a revocation of the 1940 surrender of mineral rights for “lease”, and a resurrender of those same rights “to sell or lease”. She concludes that the 1940 surrender was unaffected by the 1945 agreement, and that s. 54 of the Act prevented the DIA from selling the mineral rights since it was required to continue to lease the mineral rights according to the 1940 terms.

3 The issue of whether the 1940 surrender of mineral rights was governed by the 1927 *Indian Act* surrender regime has been a source of considerable controversy. In the courts below, both Addy J. and Stone J.A. were of the view that the surrender by a band of the right to exploit indeterminate mineral deposits within reserve lands was outside the scope of the 1927 Act. This conclusion was based on their view that the statutory regime only applied to the surrender of surface rights and mineral rights together, and that mineral rights themselves could not be a “reserve” with the status of “Indian lands”. Isaac C.J., and my colleague McLachlin J., have both reached the opposite conclusion, finding that the 1927 Act applied also to a surrender of mineral rights only, since such rights constituted a “portion of a reserve”, and therefore, would have the status of “Indian lands” following surrender.

4 In my view, the debate as to the juridical nature of the 1940 surrender is academic in the circumstances of this case, and the matter need not be determined here. Whether or not the 1940 surrender was actually governed by the 1927 Act, there

les droits de la bande sur les minéraux puisque la «réserve» — au sens de l'al. 2h) de la Loi — qui était cédée n'était formée que des parties de la R.I. 172 qui n'avaient pas encore été cédées. Par ailleurs, du fait que les parties à l'accord n'ont pas respecté certaines formalités applicables en cas de nouvelle cession de terres de la réserve (la conclusion d'un acte formel d'annulation avant cette nouvelle cession), le juge McLachlin rejette la thèse que l'accord de 1945 constituait une annulation de la cession des droits miniers en 1940 à des fins de «location» ainsi qu'une nouvelle cession de ces droits aux fins «de [les] vendre ou de [les] louer». Ma collègue conclut que la cession de 1940 n'a pas été touchée par celle de 1945, et que l'art. 54 de la Loi empêchait le MAI de vendre les droits miniers, étant donné qu'il était tenu de continuer de les louer conformément aux conditions de la cession de 1940.

La question de savoir si la cession des droits miniers, en 1940, était assujettie au régime de cession de terres établi par la *Loi des Indiens* de 1927 a suscité une importante controverse. En effet, dans les décisions dont appel, tant le juge Addy que le juge Stone ont conclu que la cession par une bande du droit d'exploitation de gisements minéraux indéterminés à l'intérieur d'une réserve n'était pas visée par la Loi de 1927. Ils fondaient cette conclusion sur le fait que, à leur avis, le régime établi par la loi ne s'appliquait que lorsque les droits de superficie et des droits miniers étaient cédés ensemble, et sur le fait que des droits miniers ne pouvaient pas, à eux seuls, constituer une «réserve» ayant qualité de «terres indiennes». Le juge en chef Isaac et ma collègue le juge McLachlin sont tous deux arrivés à la conclusion contraire, statuant que la Loi de 1927 s'appliquait aussi à une cession isolée de droits miniers, puisque ces droits constituaient une «partie de réserve» et auraient, en conséquence, qualité de «terres indiennes» après la cession.

À mon avis, le débat concernant la nature juridique de la cession de 1940 est théorique en l'espèce et n'a pas à être tranché. Que la cession de 1940 ait ou non été régie par la Loi de 1927, la légitimité de la cession n'a pas été contestée dans

has been no challenge to its legitimacy in this appeal. Nor should there be, since the Band gave its full and informed consent, the Crown fulfilled its fiduciary duty in relation to the surrender, and the parties complied with the statutory surrender procedures. My conclusion that the mineral rights in I.R. 172 were surrendered as part of the 1945 agreement rests on reasoning unrelated to the scope of the statutory surrender regime, and therefore holds even if the mineral rights had attained the status of "Indian lands" through the 1940 dealings. This is because the ultimate issue to be determined in this case is the impact of the 1945 surrender of I.R. 172 on the earlier 1940 surrender of the mineral rights in I.R. 172, regardless of the latter's effectiveness. The 1927 Act is entirely silent on the subjects of surrender variation, surrender revocation, and resurrender, yet no one would seriously suggest that this silence renders all surrenders, including the 1940 agreement, permanent and irrevocable. In fact, the DIA developed its own administrative procedures for the revocation of a surrender, in order to facilitate resurrender and fill the void left by the statute. It is this statutory void which must be addressed here, and I do not think that the analysis is advanced by a finding one way or the other as to whether "Indian lands" are in dispute.

To explain the impact of the 1945 surrender of I.R. 172 "to sell or lease" on the 1940 surrender of the mineral rights in I.R. 172 for "lease", both the appellants and the Crown have advanced different common law property concepts in support of their competing positions. The Crown's position, which is essentially that of the trial judge, Addy J., is that the mineral rights were transferred in the 1945 surrender through the operation of the legal presumption that a general conveyance of land passes all interests except those specifically reserved in the deed of transfer. The appellants, whose position is adopted by my colleague McLachlin J., prefer the common law principle *nemo dat quod non habet* — a person cannot give what she does not possess. According to the reasons of McLachlin J., the

le cadre du présent pourvoi. D'ailleurs, elle ne saurait l'être, vu que la bande a donné un consentement libre et éclairé, que la Couronne s'est acquittée de son obligation de fiduciaire relativement à la cession et que les parties se sont conformées aux formalités prévues par la loi en matière de cession. Ma conclusion que les droits miniers afférents à la R.I. 172 ont été cédés dans le cadre de l'accord de 1945 ne s'appuie d'aucune façon sur la portée du régime établi par la loi relativement aux cessions et vaut donc même si les droits miniers avaient pris la qualité de «terres indiennes» par suite des opérations de 1940. Il en est ainsi parce que la question revient en définitive à déterminer l'effet de la cession de la R.I. 172 en 1945 sur la cession des droits miniers afférents à la R.I. 172 en 1940, quoi qu'il en soit de la validité de cette dernière. Même si la Loi de 1927 ne traite ni de la modification des cessions, ni de leur annulation, ni de la possibilité de refaire cession, on ne saurait prétendre sérieusement que, en raison de ce silence, toutes les cessions, y compris l'accord de 1940, ont un caractère permanent et irrévocable. De fait, le MAI avait établi sa propre procédure administrative en matière d'annulation de cession afin de faciliter la possibilité de refaire cession et de combler le vide existant dans la Loi à cet égard. C'est ce vide qu'il faut examiner en l'espèce, et je ne crois pas que l'on fait avancer l'analyse en décidant, dans un sens ou dans l'autre, si des «terres indiennes» sont en cause.

Pour expliquer l'effet de la cession, en 1945, de la R.I. 172 aux fins de «vendre ou de louer» les terres visées sur la cession, en 1940, des droits miniers afférents à la R.I. 172 à des fins de «location», les appelants et la Couronne ont, au soutien de leurs thèses opposées, invoqué différents concepts du droit des biens en common law. La thèse de la Couronne, qui est essentiellement celle du juge de première instance, le juge Addy, est qu'il y a eu transfert des droits miniers lors de la cession de 1945 par suite de l'effet de la présomption légale qui veut que, en cas de cession générale de terres, il y a transfert de tous les droits, sauf ceux réservés expressément dans l'acte de cession. Les appelants, dont ma collègue le juge McLachlin a retenu la thèse, préfèrent le principe de common

Band could not surrender the mineral rights in I.R. 172 in 1945, since these rights had already been surrendered in 1940.

law *nemo dat quod non habet* — nul ne peut donner ce qu'il n'a pas. Suivant les motifs du juge McLachlin, la bande ne pouvait céder les droits miniers afférents à la R.I. 172 en 1945, puisque ces droits avaient déjà été cédés en 1940.

6 In my view, principles of common law property are not helpful in the context of this case. Since Indian title in reserves is *sui generis*, it would be most unfortunate if the technical land transfer requirements embodied in the common law were to frustrate the intention of the parties, and in particular the Band, in relation to their dealings with I.R. 172. For this reason, the legal character of the 1945 surrender, and its impact on the 1940 surrender, should be determined by reference to the intention of the Band. Unless some statutory bar exists (which, as noted above, is not the case here), then the Band members' intention should be given legal effect.

À mon avis, les principes généraux du droit des biens en common law ne sont pas utiles dans le contexte du présent pourvoi. Puisque le titre indien sur les réserves a un caractère *sui generis*, il serait fort malencontreux que les exigences de forme de la common law en matière de transfert foncier viennent frustrer l'intention des parties, tout particulièrement celle de la bande, à l'égard de leurs intérêts dans la R.I. 172. Voilà pourquoi le caractère juridique de la cession de 1945 et son effet sur celle de 1940 doivent être déterminés au regard de l'intention de la bande. Hormis quelque empêchement prescrit par la loi (ce qui, comme nous l'avons vu précédemment, n'est pas le cas en l'espèce), il faut laisser l'intention des membres de la bande produire ses effets juridiques.

7 An intention-based approach offers a significant advantage, in my view. As McLachlin J. observes, the law treats aboriginal peoples as autonomous actors with respect to the acquisition and surrender of their lands, and for this reason, their decisions must be respected and honoured. It is therefore preferable to rely on the understanding and intention of the Band members in 1945, as opposed to concluding that regardless of their intention, good fortune in the guise of technical land transfer rules and procedures rendered the 1945 surrender of mineral rights null and void. In a case such as this one, a more technical approach operates to the benefit of the aboriginal peoples. However, one can well imagine situations where that same approach would be detrimental, frustrating the well-considered plans of the aboriginals. In my view, when determining the legal effect of dealings between aboriginal peoples and the Crown relating to reserve lands, the *sui generis* nature of aboriginal title requires courts to go beyond the usual restrictions imposed by the common law, in

Selon moi, l'application d'une analyse fondée sur l'intention des parties offre un avantage important. Ainsi que l'a fait remarquer le juge McLachlin, la loi traite les peuples autochtones comme des acteurs autonomes en ce qui concerne l'acquisition et la cession de leurs terres, il faut donc respecter leurs décisions. En conséquence, il est préférable de s'en remettre à l'intention des membres de la bande et à leur compréhension de la situation en 1945, plutôt que de conclure que, quelle qu'ait été cette intention, c'est par un coup de chance — résultant de règles et autres formalités procédurales applicables aux transferts fonciers — qu'est invalidée la cession des droits miniers en 1945. Dans un cas comme celui-ci, l'application d'une analyse plus formaliste est à l'avantage des peuples autochtones. Cependant, il est facile d'imaginer des cas où cette même analyse serait préjudiciable aux autochtones et ferait obstacle à leurs plans mûrement réfléchis. À mon avis, dans l'examen des effets juridiques des opérations conclues par les peuples autochtones et la Couronne relativement à des terres faisant partie de réserves, il ne faut pas oublier que, compte tenu

order to give effect to the true purpose of the dealings.

While McLachlin J. dedicates a considerable portion of her reasons to an analysis of the Band's intention, the fact remains that under her approach, the Band's intention in 1945 is irrelevant. Even if McLachlin J. were to agree with my conclusion that the Band intended to surrender the mineral rights as part of the 1945 agreement, she would be forced to the conclusion that the mineral rights were not part of the 1945 surrender because of her findings in relation to the 1927 Act, the operation of *nemo dat quod non habet*, and the administrative procedures adopted by the DIA for surrender revocation. Although McLachlin J. and I might disagree on the Band's intention in this case, since I prefer to rely on the factual findings of the trial judge, I think that in principle an intention-based approach is preferable to my colleague's more technical reasoning.

In applying this approach in the circumstances of this case, one must have regard to the factual findings of the trial judge, Addy J. Three are particularly relevant in determining the Band members' intention when they agreed to the surrender of I.R. 172 in 1945:

1. That the plaintiffs had known for some considerable time that an absolute surrender of I.R. 172 was being contemplated;

6. That Mr. Grew [the local Indian agent] fully explained to the Indians the consequences of a surrender;

7. That, although they would not have understood and probably would have been incapable of understanding the precise nature of the legal interest they were surrendering, they did in fact understand that by the surrender they were giving up forever all rights to I.R. 172, in return for the money which would be deposited to their

du caractère *sui generis* du titre autochtone, les tribunaux doivent faire abstraction des restrictions habituelles imposées par la common law afin de donner effet à l'objet véritable de ces opérations.

Bien que le juge McLachlin consacre une partie considérable de ses motifs à l'analyse de l'intention de la bande, le fait demeure que, dans le cadre de l'approche qu'elle applique, l'intention de la bande en 1945 n'est pas un facteur pertinent. Même si le juge McLachlin souscrivait à ma conclusion que la bande avait eu l'intention de céder les droits miniers dans l'accord de 1945, elle serait néanmoins forcée de conclure que ces droits n'étaient pas visés par la cession de 1945, vu ses conclusions concernant la Loi de 1927, l'application du principe *nemo dat quod non habet* et la procédure administrative adoptée par le MAI relativement à l'annulation des cessions. Même si le juge McLachlin et moi-même pouvons être en désaccord quant à l'intention de la bande en l'espèce, vu que je préfère m'appuyer sur les conclusions de fait du juge de première instance, j'estime qu'en principe une approche fondée sur l'intention est préférable au raisonnement plus formaliste de ma collègue.

Dans l'application de cette approche aux circonstances de l'espèce, il faut tenir compte des conclusions de fait du juge de première instance, le juge Addy. Trois sont particulièrement pertinentes afin d'établir quelle était l'intention des membres de la bande lorsqu'ils ont convenu de céder la R.I. 172 en 1945:

1. Les demandeurs savaient depuis longtemps qu'une cession absolue de la R.I. 172 était envisagée;

6. M. Grew [l'agent des Indiens pour l'endroit] avait expliqué aux Indiens toutes les conséquences d'une cession;

7. Même s'ils n'ont pas saisi exactement la nature du droit, en *common law*, qu'ils cédaient, ils en étaient probablement incapables, ils ont bel et bien compris, dans les faits, que par la cession ils renonçaient pour toujours à tous leurs droits sur la R.I. 172 en échange de l'argent qui serait versé à leur crédit après la vente de la réserve,

credit once the reserve was sold and with their being furnished with alternate sites near their trapping lines to be purchased from the proceeds; [Emphasis added.]

([1988] 3 F.C. 20, at pp. 66-67.)

The Band understood that by agreeing to the 1945 surrender, they would be transferring all their rights in I.R. 172 to the Crown in trust, and that the Crown would either sell or lease those rights for the benefit of the Band. The sale or lease of I.R. 172 by the Crown would provide the funds necessary for the Band to purchase alternate reserve sites better suited to their traditional hunting and gathering activities. The Band neither expected nor intended to hold rights over I.R. 172 once the 1945 surrender was completed. This was entirely appropriate, as my colleague McLachlin J. points out, because I.R. 172 was virtually useless to the Band at the time.

10

The Band's intention is evidenced by the terms of the 1945 surrender instrument, signed by Chief Sucona, Joseph Apsassin and two councillors on behalf of the Band. This instrument states that the Band did "release, remise, surrender, quit claim and yield up unto our Sovereign Lord the King, his Heirs and Successors forever, ALL AND SINGULAR, that certain parcel or tract of land and premises . . . composed of St. John Indian Reserve No. 172". Since this instrument effected the surrender of certain land forming a "reserve", it is reasonable to conclude that the term "Reserve", as used in the surrender instrument, was intended to have the same meaning as the term "reserve" in the *Indian Act*. As I noted above, s. 2(j) of the Act defines "reserve" as an unsurrendered tract of land including the "minerals . . . thereon or therein". Therefore, the 1945 surrender included the tract of land forming I.R. 172, the minerals in that tract of land, and the right to exploit those minerals. On this basis, I must respectfully disagree with McLachlin J.'s assertion that the surrender document was silent concerning the mineral rights.

et d'autres terrains situés près de leurs sentiers de piégeage qui seraient achetés avec le produit de la vente; [Je souligne.]

([1988] 3 C.F. 20, aux pp. 66 et 67.)

La bande comprenait, d'une part, qu'en acceptant la cession de 1945 elle transférerait à la Couronne, en fiducie, tous les droits qu'elle avait dans la R.I. 172, et, d'autre part, que la Couronne vendrait ou louerait ces droits au profit de la bande. La vente ou la location de la R.I. 172 par la Couronne rapporterait les fonds nécessaires à l'achat, par la bande, d'autres terres visant à lui servir de réserve et convenant mieux à ses activités traditionnelles de chasse et de cueillette. La bande ne s'attendait pas à détenir des droits sur la R.I. 172 une fois la cession de 1945 complétée, et ce n'était pas non plus son intention. Cette décision était tout à fait justifiée, comme le signale ma collègue le juge McLachlin, puisque la R.I. 172 n'avait pratiquement aucune utilité pour la bande à l'époque.

L'intention de la bande ressort des termes mêmes de l'acte de cession de 1945, que le chef Sucona, Joseph Apsassin et deux conseillers ont signé au nom de la bande. Ce document indique que la bande a [TRADUCTION] «cédé au Roi, [son] maître souverain, ainsi qu'à ses héritiers et successeurs, tous les biens-fonds et bâtiments . . . dont la réserve indienne 172 de St. John est composée, et y a renoncé, pour toujours». Comme cet acte portait cession de certaines terres formant une «réserve», il est raisonnable de conclure que l'on désirait, dans l'acte de cession, utiliser le mot «réserve» suivant le sens que lui donne la *Loi des Indiens*. Comme je l'ai fait remarquer précédemment, aux termes de la définition figurant à l'al. 2h) de la Loi, le mot «réserve» s'entend d'une étendue de terre qui n'a pas été rétrocédée et comprend les «minéraux [. . .] qui se trouvent à la surface ou à l'intérieur du sol». En conséquence, la cession de 1945 incluait l'étendue de terre formant la R.I. 172, les minéraux s'y trouvant ainsi que le droit d'exploiter ces minéraux. Pour ce motif, je ne peux, avec égards, souscrire à l'affirmation du juge McLachlin que l'acte de cession était silencieux en ce qui concerne les droits miniers.

Given the Band's intention *vis-à-vis* the 1945 surrender, and the terms of that surrender, Stone J.A., in the court below, concluded:

It would seem to me that the overall effect of the 1945 transaction was essentially the same as might have been achieved by first cancelling the 1940 surrender with consent of the Indians followed by the acceptance of that cancellation by the Governor in Council. According to the Trial Judge's finding the Indians agreed to the release of their rights in I.R. 172; their consent was reflected in the language of the formal surrender instrument and the surrender was afterwards accepted by the Governor in Council.

([1993] 3 F.C. 28, at pp. 122-23.)

He therefore construed the 1945 surrender as a revocation of the 1940 agreement, and a transfer of I.R. 172, including the mineral rights, to the Crown "to sell or lease".

Although the "revocation-resurrender" description offered by Stone J.A. is one plausible construction of the 1945 agreement, I think that the true nature of the 1945 dealings can best be characterized as a variation of a trust in Indian land. In 1940, the Band transferred the mineral rights in I.R. 172 to the Crown in trust, requiring the Crown to lease those rights for the benefit of the Band. The 1945 agreement was also framed as a trust, in which the Band surrendered all of its rights over I.R. 172 to the Crown "to sell or lease". The 1945 agreement subsumed the 1940 agreement, and expanded upon it in two ways: first, while the 1940 surrender concerned mineral rights only, the 1945 surrender covered all rights in I.R. 172, including both mineral rights and surface rights; and second, while the 1940 surrender constituted a trust for "lease", the 1945 surrender gave the Crown, as trustee, the discretion "to sell or lease". This two-pronged variation of the 1940 trust agreement afforded the Crown considerably greater power to act as a fiduciary on behalf of the Band. Of course, under the terms of the trust, and because of the Crown's fiduciary role in the deal-

Vu l'intention de la bande dans le cadre de la cession de 1945 et les conditions de cette cession, le juge Stone de la Cour d'appel fédérale a conclu ainsi:

Il me semble que l'effet général de la cession de 1945 était essentiellement le même que celui auquel on aurait pu en arriver en annulant d'abord la cession de 1940 avec le consentement des Indiens, le gouverneur en conseil acceptant ensuite cette annulation. Selon la conclusion tirée par le juge de première instance, les Indiens ont consenti à la cession des droits qu'ils possédaient sur la R.I. 172; leur consentement se manifestait dans le libellé de l'acte officiel de cession et la cession a par la suite été acceptée par le gouverneur en conseil.

([1993] 3 C.F. 28, aux pp. 122 et 123.)

Il a en conséquence considéré la cession de 1945 comme une annulation de celle de 1940 et un transfert à la Couronne de la R.I. 172, y compris les droits miniers y afférents, aux fins «de vendre ou de louer» les terres visées.

Même si la thèse de l'«annulation suivie d'une nouvelle cession» proposée par le juge Stone est une interprétation plausible de l'accord de 1945, je crois que la meilleure façon de décrire la nature véritable des opérations de 1945 est de les qualifier de modification d'une fiducie visant des terres indiennes. En effet, en 1940, la bande a transféré à la Couronne, en fiducie, les droits miniers afférents à la R.I. 172, exigeant de cette dernière qu'elle les loue au profit de la bande. L'accord de 1945 visait également une fiducie, dans laquelle la bande cédait à la Couronne tous les droits qu'elle détenait sur la R.I. 172 à des fins de vente ou de location. L'accord de 1945 subsumait celui de 1940, et il en élargissait la portée à deux points de vue: premièrement, alors que la cession de 1940 ne visait que les droits miniers, celle de 1945 englobait tous les droits afférents à la R.I. 172, y compris les droits miniers et les droits de superficie; deuxièmement, tandis que la cession de 1940 constituait une fiducie [TRADUCTION] «aux fins de [...] location», celle de 1945 conférait à la Couronne, en qualité de fiduciaire, le pouvoir discrétionnaire «de vendre ou de louer» les terres visées. Cette double modification de l'acte de fiducie de 1940 conférait à la Couronne un pouvoir beaucoup plus grand d'agir à titre de fiduciaire pour le compte de la bande.

ings, the DIA was required to exercise its enlarged powers in the best interests of the Band.

Certes, compte tenu des conditions de la fiducie et du rôle de fiduciaire qu'assumait la Couronne lorsqu'elle effectuait des opérations, le MAI était tenu d'exercer ses pouvoirs élargis dans l'intérêt de la bande.

13 I should add that my reasons should not be interpreted to equate a trust in Indian land with a common law trust. I am well aware that this issue was not resolved in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, and I do not wish to pronounce upon it in this case. However, this Court did recognize in *Guerin* that "trust-like" obligations and principles would be relevant to the analysis of a surrender of Indian lands. In this case, both the 1940 and 1945 surrenders were framed as trusts, and the parties therefore intended to create a trust-like relationship. Thus, for lack of a better label, I think that it is appropriate to refer to these surrenders as trusts in Indian land.

Je tiens à ajouter qu'il ne faut pas interpréter mes motifs comme ayant pour effet d'assimiler les fiducies visant des terres indiennes aux fiducies en common law. Je suis bien conscient que cette question n'a pas été tranchée dans *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, et je ne désire pas le faire en l'espèce. Cependant, notre Cour a, dans cet arrêt, reconnu que des obligations et principes «semblable[s] à [ceux d']une fiducie» étaient pertinents dans le cadre de l'analyse d'une cession visant des terres indiennes. Dans le présent cas, tant la cession de 1940 que celle de 1945 étaient conçues comme des fiducies, et les parties avaient en conséquence l'intention de créer des rapports semblables à ceux créés par une fiducie. En conséquence, à défaut d'un meilleur qualificatif, j'estime approprié d'appeler ces cessions des fiducies visant des terres indiennes.

14 I should also add that I would be reluctant to give effect to this surrender variation if I thought that the Band's understanding of its terms had been inadequate, or if the conduct of the Crown had somehow tainted the dealings in a manner which made it unsafe to rely on the Band's understanding and intention. However, neither of these situations arises here. As the trial judge found, the consequences of the 1945 surrender were fully explained to the Indians by the local agent of the DIA during the negotiations. There was also substantial compliance with the technical surrender requirements embodied in s. 51 of the 1927 *Indian Act*, and as McLachlin J. concludes, the evidence amply demonstrates the valid assent of the Band members to the 1945 agreement. Moreover, by the terms of the surrender instrument, the DIA was required to act in the best interests of the Band in dealing with the mineral rights. In fact, the DIA was under a fiduciary duty to put the Band's interests first. I therefore see nothing during the negotiations prior to the 1945 surrender, or in the terms of the surrender instrument, which would make it

Je tiens à ajouter que j'hésiterais à donner effet à cette modification de cession si je croyais que la bande n'en avait pas bien saisi les conditions, ou si la conduite de la Couronne avait, d'une manière ou d'une autre, vicié les négociations au point qu'il serait hasardeux de tenir pour acquis que la bande avait bien compris la situation et avait eu l'intention de faire ce qu'elle a fait. Cependant, ni l'une ni l'autre de ces situations ne se sont produites en l'espèce. Comme l'a conclu le juge de première instance, l'agent local du MAI a pleinement expliqué les conséquences de la cession de 1945 aux Indiens pendant les négociations. De plus, les exigences de forme en matière de cession prévues par l'art. 51 de la *Loi des Indiens* de 1927 ont, pour l'essentiel, été respectées, et, comme l'a conclu le juge McLachlin, la preuve démontre amplement que les membres de la bande ont ratifié de façon valide l'accord de 1945. Par ailleurs, de par les termes de l'acte de cession, le MAI était tenu d'agir dans l'intérêt de la bande dans le cadre des opérations touchant les droits miniers. De fait, le MAI avait l'obligation de fiduciaire de donner pré-

inappropriate to give effect to the Band's intention to surrender all their rights in I.R. 172 to the Crown in trust "to sell or lease". In fact, the guiding principle that the decisions of aboriginal peoples should be honoured and respected leads me to the opposite conclusion.

I therefore conclude that under the 1945 agreement, both the surface rights and the mineral rights in I.R. 172 were surrendered to the Crown in trust "to sell or lease".

III. Breach of Fiduciary Duty by the DIA Subsequent to the 1945 Surrender

The terms of the 1945 surrender transferred I.R. 172 to the Crown "in trust to sell or lease the same to such person or persons, and upon such terms as the Government of the Dominion of Canada may deem most conducive to our Welfare and that of our people". By taking on the obligations of a trustee in relation to I.R. 172, the DIA was under a fiduciary duty to deal with the land in the best interests of the members of the Beaver Band. This duty extended to both the surface rights and the mineral rights.

In my view, it is critical to the outcome of this case that the 1945 agreement was a surrender in trust, to sell or lease. The terms of the trust agreement provided the DIA with the discretion to sell or lease, and since the DIA was under a fiduciary duty *vis-à-vis* the Band, it was required to exercise this discretion in the Band's best interests. Of equal importance is the fact that the 1945 surrender gave the DIA a virtual *carte blanche* to determine the terms upon which I.R. 172 would be sold or leased. The only limitation was that these terms had to be "conducive" to the "welfare" of the Band. Because of the scope of the discretion granted to the DIA, it would have been open to the

séance aux intérêts de la bande. En conséquence, rien dans les négociations qui ont précédé la cession de 1945 ou dans les conditions de l'acte de cession lui-même ne m'amène à conclure qu'il serait inapproprié de donner effet à l'intention de la bande, savoir de céder en fiducie à la Couronne tous ses droits dans la R.I. 172 pour que cette dernière «vend[e] ou . . . lou[e]» les terres visées. De fait, le principe directeur qui veut que l'on respecte les décisions des peuples autochtones m'amène à la conclusion contraire.

En conséquence, je conclus que, en vertu de l'accord de 1945, tant les droits de superficie de la R.I. 172 et les droits miniers y afférents ont été cédés à la Couronne, en fiducie, pour qu'elle «vend[e] ou . . . lou[e]» les terres visées.

III. Manquement du MAI à son obligation de fiduciaire après la cession de 1945

Aux termes de la cession de 1945, la bande transférait la R.I. 172 à la Couronne [TRADUCTION] «en fiducie aux fins [. . .] de vendre ou de louer [. . .] les dites terres à une ou plusieurs personnes et selon les conditions que le gouvernement du Canada peut juger les plus appropriées pour assurer notre bien-être et celui de notre peuple». En assumant les obligations d'un fiduciaire relativement à la R.I. 172, le MAI avait l'obligation de fiduciaire d'agir dans le meilleur intérêt des membres de la bande des Castors dans les opérations concernant les terres. Cette obligation visait à la fois les droits de superficie et les droits miniers.

À mon avis, le fait que l'accord de 1945 était une cession en fiducie conclue aux fins de vendre ou de louer les terres visées est décisif en l'espèce. Aux termes de l'acte de fiducie, le MAI avait le pouvoir discrétionnaire de vendre ou de louer les terres visées et, comme il était tenu à une obligation de fiduciaire envers la bande, il devait exercer ce pouvoir discrétionnaire dans l'intérêt de cette dernière. Autre fait tout aussi important, la cession de 1945 donnait virtuellement carte blanche au MAI pour décider à quelles conditions la R.I. 172 serait vendue ou louée. La seule restriction était que ces conditions devaient être «appropriées pour assurer [le] bien-être» de la bande. Compte tenu de

15

16

17

DIA to sell the surface rights in I.R. 172 to the Director, *The Veterans' Land Act* ("DVLA"), while continuing to lease the mineral rights for the benefit of the Band, as per the 1940 surrender agreement.

l'étendue du pouvoir discrétionnaire qui était accordé au MAI, il lui aurait été possible de vendre les droits de superficie de la R.I. 172 au Directeur de la *Loi sur les terres destinées aux anciens combattants* («DTAC»), tout en continuant de louer les droits miniers au profit de la bande, conformément à l'acte de cession de 1940.

18 Why this option was not chosen is a mystery. As my colleague McLachlin J. observes, the DIA had a long-standing policy, pre-dating the 1945 surrender, to reserve out mineral rights for the benefit of the aboriginal peoples when surrendered Indian lands were sold off. This policy was adopted precisely because reserving mineral rights was thought to be "conducive to the welfare" of aboriginal peoples in all cases. The existence and rationale of this policy (the wisdom of which, though obvious, is evidenced by the facts of this case) justifies the conclusion that the DIA was under a fiduciary duty to reserve, for the benefit of the Beaver Band, the mineral rights in I.R. 172 when it sold the surface rights to the DVLA in March 1948. In other words, the DIA should have continued to lease the mineral rights for the benefit of the Band as it had been doing since 1940. Its failure to do so can only be explained as "inadvertence".

La raison pour laquelle cette solution n'a pas été retenue est un mystère. Comme le fait remarquer ma collègue le juge McLachlin, suivant une politique de longue date, antérieure à la cession de 1945, lorsqu'il vendait des terres indiennes cédées, le MAI réservait les droits miniers au profit des autochtones concernés. Cette politique avait justement été adoptée parce qu'on estimait que, dans tous les cas, le fait de réserver les droits miniers était une mesure [TRADUCTION] «appropri[ée] pour assurer [le] bien-être» des autochtones visés. L'existence et la raison d'être de cette politique (dont le bien-fondé, bien qu'évident, ressort des faits de la présente affaire) justifient la conclusion que le MAI avait l'obligation de fiduciaire de réserver, au profit de la bande des Castors, les droits miniers afférents à la R.I. 172, lorsqu'il a vendu les droits de superficie au DTAC en mars 1948. Autrement dit, le MAI aurait dû continuer de louer les droits miniers comme il l'avait fait depuis 1940. Son omission de le faire ne peut s'expliquer que par une «inadvertance».

19 The DIA's failure to continue the leasing arrangement could be excused if the Department had received a clear mandate from the Band to sell the mineral rights. As I stated above, the Band's intention leads me to the conclusion that both the surface and mineral rights in I.R. 172 were included in the 1945 surrender. However, the 1945 surrender was "to sell or lease". At no time during the negotiations leading to the 1945 agreement was the sale of the mineral rights discussed specifically. The authorization given encompassed leasing as well as selling. There was therefore no clear authorization from the Band which justified the DIA in departing from its long-standing policy of reserving mineral rights for the benefit of the aboriginals when surface rights were sold. This underscores the critical distinction between the

L'omission du MAI de continuer la location pourrait être excusée si le ministère avait reçu de la bande le mandat clair de vendre les droits miniers. Comme je l'ai affirmé plus tôt, l'intention de la bande m'amène à la conclusion que la cession de 1945 visait à la fois les droits de superficie de la R.I. 172 et les droits miniers y afférents. Cependant, la cession de 1945 était faite aux fins «de vendre ou de louer» les terres visées. À aucun moment au cours des négociations ayant abouti à l'accord de 1945, la question de la vente des droits miniers n'a été discutée de manière explicite. L'autorisation donnée accordait autant le pouvoir de louer les terres visées que celui de les vendre. En conséquence, la bande n'a jamais clairement autorisé le MAI à déroger à sa politique de longue date, qui était de réserver les droits miniers au pro-

Band's intention to include the mineral rights in the 1945 surrender, and an intention of the Band that the mineral rights must be sold and not leased by the Crown. Given these circumstances, the DIA was under a fiduciary duty to continue the leasing arrangement which had been established in the 1940 surrender. It was a violation of the fiduciary duty to sell the mineral rights to the DVLA in 1948.

IV. Limitation of Actions

I agree with McLachlin J. that the breach of fiduciary duty committed by the DIA is not limited to the date when the mineral rights in I.R. 172 were sold to the DVLA. The DIA was under a duty to act in the best interests of the Beaver Band in all of its dealings with the mineral rights in I.R. 172, and as I noted above, this gave rise to a specific duty to lease those mineral rights for the benefit of the Band according to the terms of the 1945 agreement. So long as the DIA had the power, whether under the terms of the surrender instrument, or under the *Indian Act*, to reserve the mineral rights through a leasing arrangement, the DIA was under a fiduciary duty to exercise this power. Thus, like McLachlin J., I think that s. 64 of the Act is very significant, since it gave the DIA the power to revoke an erroneous sale or lease of Indian lands. Because the mineral rights in I.R. 172 were sold inadvertently, s. 64 provided the DIA with the power to reacquire the reserve lands, and thus afforded the DIA a "second chance" to effect a lease of the mineral rights.

In her reasons, McLachlin J. amply demonstrates that between July 15, 1949 and August 9, 1949, the DIA became aware of two facts: (1) the mineral rights in I.R. 172 were potentially of considerable value; and (2) the mineral rights had been sold to the DVLA in 1948. It should also be recalled that the DIA had a long-standing policy of reserving mineral rights for the benefit of aborigi-

fit des autochtones concernés lorsqu'il vendait des droits de superficie. Cette situation fait bien ressortir l'importance de la distinction entre l'intention de la bande d'inclure les droits miniers dans la cession de 1945 et une quelconque intention de la bande de demander à la Couronne de vendre ces droits plutôt que de les louer. Dans ces circonstances, le MAI avait l'obligation de fiduciaire de continuer la location prévue par la cession de 1940. La vente des droits miniers au DTAC en 1948 a constitué une violation de cette obligation de fiduciaire.

IV. Prescription

Je suis d'accord avec le juge McLachlin que le manquement par le MAI à son obligation de fiduciaire n'est pas limité à la date à laquelle les droits miniers afférents à la R.I. 172 ont été vendus au DTAC. Le MAI avait l'obligation d'agir dans l'intérêt de la bande des Castors dans toutes ses opérations concernant les droits miniers afférents à la R.I. 172, ce qui, comme je l'ai déjà mentionné, a donné naissance à l'obligation spécifique de louer ces droits au profit de la bande, conformément aux conditions de l'accord de 1945. Dans la mesure où le MAI détenait, soit en vertu de l'acte de cession soit en vertu de la *Loi des Indiens*, le pouvoir de réserver les droits miniers dans le cadre d'une entente de location, il avait l'obligation de fiduciaire d'exercer ce pouvoir. En conséquence, à l'instar du juge McLachlin, je suis d'avis que l'art. 64 de la Loi est très important, car il conférait au MAI le pouvoir d'annuler les ventes ou affermage de terres indiennes faits par erreur. Étant donné que les droits miniers afférents à la R.I. 172 ont été vendus par inadvertance, l'art. 64 donnait au MAI le pouvoir de se porter de nouveau acquéreur des terres de la réserve, lui accordant ainsi une «deuxième chance» de louer les droits miniers.

Dans ses motifs, le juge McLachlin démontre amplement que, entre le 15 juillet 1949 et le 9 août 1949, le MAI avait appris deux faits: (1) la possibilité que les droits miniers afférents à la R.I. 172 aient une valeur considérable; (2) les droits miniers avaient été vendus au DTAC en 1948. Il faut également se rappeler que le MAI appliquait une politique de longue date, qui consistait à réserver les

nal peoples when selling Indian lands. Given these circumstances, it is rather astonishing that no action was taken by the DIA to determine how the mineral rights could have been sold to the DVLA. Little effort would have been required to detect the error which had occurred.

droits miniers au profit des autochtones visés lorsqu'il vendait des terres indiennes. Vu ces circonstances, il est plutôt étonnant que le MAI n'ait pris aucune mesure pour déterminer comment les droits miniers avaient pu être vendus au DTAC. Il aurait suffi de peu pour découvrir l'erreur qui s'était produite.

22 As a fiduciary, the DIA was required to act with reasonable diligence. In my view, a reasonable person in the DIA's position would have realized by August 9, 1949 that an error had occurred, and would have exercised the s. 64 power to correct the error, reacquire the mineral rights, and effect a leasing arrangement for the benefit of the Band. That this was not done was a clear breach of the DIA's fiduciary duty to deal with I.R. 172 according to the best interests of the Band.

En tant que fiduciaire, le MAI était tenu d'agir avec diligence raisonnable. À mon avis, une personne raisonnable, placée dans la situation du MAI, se serait aperçue, le 9 août 1949, qu'une erreur avait été commise, et elle aurait exercé le pouvoir que lui conférait l'art. 64 pour la corriger, pour acquérir de nouveau les droits miniers et pour conclure une entente de location au profit de la bande. Cette omission constitue un manquement évident à l'obligation de fiduciaire qu'avait le MAI d'agir dans l'intérêt de la bande lorsqu'il effectuait des opérations touchant la R.I. 172.

23 Thus, I conclude that the appellants may recover any losses stemming from transfers by the DVLA after August 9, 1949 as such losses fall within the 30-year limitation period imposed by the British Columbia *Limitation Act*, and are not barred by any other provision of that Act as explained in the reasons of McLachlin J.

En conséquence, je conclus que les appelants peuvent recouvrer les pertes découlant des transferts faits par le DTAC après le 9 août 1949, puisqu'elles se situent à l'intérieur du délai de prescription de 30 ans fixé par la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique et que les réclamations présentées à cet égard ne sont pas écartées par quelque autre disposition de cette loi comme l'a expliqué le juge McLachlin dans ses motifs.

V. Conclusion

V. Conclusion

24 For the reasons given above, I would allow the appeal in the manner stated by McLachlin J. and remit the action to the Federal Court, Trial Division, for assessment of damages accordingly. I would also allow the cross-appeal for the reasons given by her. In the circumstances, I would award costs to the appellants throughout, and would make no order as to costs on the cross-appeal.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi de la manière indiquée par le juge McLachlin et de renvoyer l'action à la Section de première instance de la Cour fédérale pour qu'elle établisse, en conséquence, les dommages-intérêts. Je suis également d'avis, pour les motifs formulés par le juge McLachlin, d'accueillir le pourvoi incident. Compte tenu des circonstances, j'accorde aux appelants leurs dépens devant toutes les cours, mais je ne rends pas d'ordonnance à cet égard pour ce qui est du pourvoi incident.

The reasons of Cory, McLachlin and Major JJ. were delivered by

MCLACHLIN J. —

I. Introduction

In 1916 the Beaver Indian Band (the “Band”) entered into a treaty with the Crown. In exchange for surrendering aboriginal title, the Band was given a parcel of land near Fort St. John, in North-eastern British Columbia (also referred to as “I.R. 172”). The Band was nomadic, subsisting through trapping and hunting. Its Fort St. John reserve was used as the site of its summer campground. In the winter, the Band trapped further north.

In 1940, the Band surrendered the mineral rights on its Fort St. John reserve to the Crown, in trust to lease for its benefit. In the same year, the Crown issued permits to prospect on the land for the sum of \$1,800 and divided the money among the Band members.

At the end of World War II, the federal government instituted a program under which agricultural land was made available to veterans for settlement. The possibility of making the Fort St. John reserve available under this scheme came under discussion. The reserve contained good agricultural land, and the Indians, who made their living by trapping and hunting rather than agriculture, were not using it for farming. After considerable discussion, the Band agreed to surrender its reserve to the Crown, pursuant to the provisions of the *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, so that it could ultimately be distributed under *The Veterans’ Land Act, 1942*, S.C. 1942, c. 33. After negotiations between the Department of Indian Affairs (“DIA”), and the Director, *The Veterans’ Land Act* (“DVLA”), a price of \$70,000 was agreed upon and paid to the DIA by the DVLA. The DIA used some of this money in 1950 to purchase other lands further north and

Version française des motifs des juges Cory, McLachlin et Major rendus par

LE JUGE MCLACHLIN —

I. Introduction

En 1916, la bande indienne des Castors (la «bande») a conclu un traité avec la Couronne. En échange de la cession de son titre ancestral, la bande a reçu un lopin de terre près de Fort St. John (également appelé «R.I. 172»), dans le nord-est de la Colombie-Britannique. La bande était nomade et vivait du piégeage et de la chasse. Elle utilisait sa réserve de Fort St. John comme camp d’été. Durant l’hiver, la bande faisait du piégeage plus au nord.

En 1940, la bande a cédé à la Couronne, en fiducie, les droits miniers afférents à sa réserve de Fort St. John pour que celle-ci les loue au profit de la bande. La même année, la Couronne a délivré des permis de prospection visant ces terres pour la somme de 1 800 \$, qu’elle a répartie entre les membres de la bande.

À la fin de la Seconde Guerre mondiale, le gouvernement fédéral a établi un programme visant à mettre des terres agricoles à la disposition des anciens combattants pour qu’ils s’y établissent. La possibilité d’appliquer ce régime à la réserve de Fort St. John a été discutée, car cette dernière contenait de bonnes terres agricoles et les Indiens, qui vivaient du piégeage et de la chasse plutôt que de l’agriculture, ne les utilisaient pas à des fins agricoles. Après de longues discussions, la bande a accepté de céder sa réserve à la Couronne, conformément aux dispositions de la *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, pour que les terres en question puissent par la suite être attribuées en vertu de la *Loi de 1942 sur les terres destinées aux anciens combattants*, S.C. 1942, ch. 33. Au terme de négociations, le ministère des Affaires indiennes («MAI») et le Directeur de la *Loi sur les terres destinées aux anciens combattants* («DTAC») ont convenu du prix de 70 000 \$, et cette somme a été versée au MAI par le DTAC. En 1950, le MAI a utilisé une partie de cette somme pour acquérir d’autres terres se trouvant plus au nord, plus près

25

26

27

nearer to the Band's trap lines, which became the Band's new reserves.

des sentiers de piégeage de la bande, et qui sont devenues la nouvelle réserve de la bande.

28

Between 1948 and 1956, the land which had formerly been the Band's Fort St. John reserve was sold to veterans by way of agreements for sale. In 1948 gas was discovered about 40 miles southeast of the reserve. In 1949 oil companies expressed interest in exploring the land for oil and gas. The question arose of who held the mineral rights to the property, the Band or the veterans? Correspondence ensued between the DIA and the DVLA on the subject. It was concluded that the DVLA held the mineral rights, having obtained them because they had not been reserved from the transfer of the reserve to the DVLA in 1948. In the 1960s it was concluded that the failure to reserve the mineral rights was by "inadvertence". In 1952 the veterans entered into a pooling arrangement with respect to the mineral rights. In 1976, oil and gas were discovered. The revenue from this discovery (an amount not determined in the current proceedings, but estimated by the trial judge to be roughly \$300 million) went to the veterans or their assigns.

Entre 1948 et 1956, les terres qui constituaient anciennement la réserve de la bande à Fort St. John ont été cédées à des anciens combattants par actes de vente. En 1948, on a découvert du gaz à environ 40 milles au sud-est de la réserve. En 1949, des sociétés pétrolières se sont montrées intéressées à faire de l'exploration en vue d'y trouver du pétrole et du gaz. S'est alors posée la question de savoir qui était titulaire des droits miniers afférents au bien-fonds. Était-ce la bande ou les anciens combattants? Il y a eu échange de correspondance entre le MAI et le DTAC à cet égard. Il a été décidé que le DTAC était titulaire des droits miniers, et qu'il les avait obtenus parce qu'ils n'avaient pas été réservés au moment du transfert de la réserve au DTAC en 1948. Au cours des années 1960, on a conclu que c'est par suite d'une «inadvertance» que les droits miniers n'avaient pas été réservés. En 1952, les anciens combattants ont conclu une convention de mise en commun relativement aux droits miniers. En 1976, on a découvert du pétrole et du gaz. Le revenu tiré de cette découverte (montant indéterminé en l'espèce, mais que le juge de première instance a évalué à environ 300 millions de dollars) est allé aux anciens combattants ou à leurs ayants droit.

29

In 1977, the Band was divided into the Blueberry River Band and the Doig River Band (the "Bands"). In the same year, a concerned officer of the DIA was moved to inquire into how the Band had lost the mineral rights. He brought the matter to the attention of the Bands and took them to see a lawyer. On September 18, 1978 the writ commencing these proceedings was filed. The Bands claimed damages against the Crown for allowing the Band to make an improvident surrender of the reserve, and once surrendered, for disposing of it under value. They also claimed damages for permitting the transfer of the mineral rights to the DVLA and thence to the veterans.

En 1977, la bande s'est scindée en deux: la bande indienne de la rivière Blueberry et la bande indienne de la rivière Doig (les «bandes»). La même année, un fonctionnaire du MAI qui s'intéressait à la question a décidé d'enquêter sur la façon dont la bande avait perdu les droits miniers. Il a porté la question à l'attention des bandes et les a emmenées consulter un avocat. Le bref introduisant la présente instance a été déposé le 18 septembre 1978. Les bandes y réclamaient des dommages-intérêts contre la Couronne, lui reprochant d'une part d'avoir autorisé la bande à faire une cession inconsidérée de la réserve et, une fois la cession réalisée, d'avoir aliéné celle-ci à un prix inférieur à sa valeur, et d'autre part d'avoir permis le transfert des droits miniers, d'abord au DTAC puis aux anciens combattants.

Addy J. at trial dismissed all the Bands' claims except for the sale of the surface rights to the DVLA, which he found to be under value: [1988] 3 F.C. 20 (abridged version), 14 F.T.R. 161, [1988] 1 C.N.L.R. 73. The majority of the Federal Court of Appeal, Isaac C.J. dissenting, dismissed the appeal and the Crown's cross-appeal: [1993] 3 F.C. 28, 100 D.L.R. (4th) 504, 151 N.R. 241, [1993] 2 C.N.L.R. 20. The Bands appeal to this Court, and the Crown cross-appeals on the issue of sale under value.

The appeal raises many issues relating to the duties on the Crown, the alleged breaches of those duties and whether the claims are statute-barred. I propose to consider them under the following headings: (1) Pre-surrender duties and breaches; (2) Post-surrender duties and breaches regarding surface rights; (3) Post-surrender duties and breaches regarding mineral rights; and (4) Limitations issues.

II. Analysis

(1) *Pre-surrender Duties and Breaches*

The Bands argue that the Crown was under a fiduciary obligation prior to the 1945 surrender of the land to ensure that the Band did not enter into the surrender improvidently. This raises the issue of the nature of the duty owed by the Crown when a band wishes to surrender its reserve. The Bands admit that in 1945 they wished to surrender the Fort St. John reserve in order to obtain other lands closer to its trap lines, and the remaining cash lump sum. They contend that the Crown should not have allowed them to make this surrender since, viewed in the long term, surrender was not in their best interest.

Au procès, le juge Addy a rejeté toutes les réclamations des bandes sauf celle concernant la vente des droits de superficie au DTAC, droits qui, a-t-il conclu, avaient été vendus à un prix inférieur à leur valeur réelle: [1988] 3 C.F. 20 (version abrégée), 14 F.T.R. 161, [1988] 1 C.N.L.R. 73. La Cour d'appel fédérale a, à la majorité, le juge en chef Isaac étant dissident, rejeté l'appel ainsi que l'appel incident de la Couronne: [1993] 3 C.F. 28, 100 D.L.R. (4th) 504, 151 N.R. 241, [1993] 2 C.N.L.R. 20. Les bandes se pourvoient auprès de notre Cour, et la Couronne interjette un pourvoi incident sur la question de la vente des droits de superficie à un prix inférieur à leur valeur réelle.

Le pourvoi soulève de nombreuses questions en ce qui a trait aux obligations de la Couronne, aux prétendus manquements à ces obligations et au fait de savoir si les réclamations sont prescrites. Je me propose d'examiner ces questions sous les rubriques suivantes: (1) les obligations antérieures à la cession et les manquements à ces obligations; (2) les obligations relatives aux droits de superficie et postérieures à la cession, et les manquements à ces obligations; (3) les obligations relatives aux droits miniers et postérieures à la cession, et les manquements à ces obligations; (4) les questions relatives à la prescription des réclamations.

II. Analyse

(1) *Les obligations antérieures à la cession et les manquements à ces obligations*

Les bandes prétendent que, avant la cession des terres en 1945, la Couronne avait l'obligation de fiduciaire de s'assurer que la bande ne conclue pas de cession inconsidérée. Cet argument soulève la question de la nature de l'obligation qui incombe à la Couronne lorsqu'une bande désire céder sa réserve. Les bandes admettent que, en 1945, elles désiraient céder la réserve de Fort St. John afin d'obtenir d'autres terres situées plus près de leurs sentiers de piégeage ainsi qu'une somme forfaitaire pour le solde du prix de vente. Elles affirment toutefois que la Couronne n'aurait pas dû leur permettre de faire cette cession puisque, à long terme, celle-ci n'était pas dans leur intérêt.

30

31

32

(a) Whether the *Indian Act* Imposed a Duty on the Crown to Prevent the Surrender of the Reserve

33 The first issue is whether the *Indian Act* imposed a duty on the Crown to refuse the Band's surrender of its reserve. The answer to this question is found in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, where the majority of this Court, *per* Dickson J. (as he then was), held that the duty on the Crown with respect to surrender of Indian lands was founded on preventing exploitative bargains.

34 The Bands contend that the *Indian Act* imposed a duty on the Crown to refuse to allow the Band to surrender its lands in light of its interest in the land and the paternalistic scheme of the *Indian Act*. When a reserve is granted to a band, as was done here in 1916, title does not pass to the band. Rather the Crown holds the fee simple title. The Crown thus possesses power with respect to those lands and must, it is argued, exercise that power as a fiduciary on behalf of the band. This is reinforced by the paternalistic tone of the *Indian Act*, which it is argued imposes a duty upon the Crown to protect the Indians from themselves and prevent them from making foolish decisions with respect to their land. This is why, it is submitted, title remains in the Crown. The Crown, on the other hand, paints the Band as an independent agent with respect to the surrender of its lands.

35 My view is that the *Indian Act's* provisions for surrender of band reserves strikes a balance between the two extremes of autonomy and protection. The band's consent was required to surrender its reserve. Without that consent the reserve could not be sold. But the Crown, through the Governor in Council, was also required to consent to the surrender. The purpose of the requirement of Crown consent was not to substitute the Crown's decision

a) La *Loi des Indiens* imposait-elle à la Couronne l'obligation d'empêcher la cession de la réserve?

Il s'agit d'abord de déterminer si la *Loi des Indiens* imposait à la Couronne l'obligation de refuser que la bande cède sa réserve. La réponse à cette question se trouve dans l'arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, où le juge Dickson (plus tard Juge en chef du Canada) a statué, au nom des juges de la majorité de la Cour, que le fondement de l'obligation de la Couronne relativement à la cession des terres des Indiens était la prévention des marchés abusifs.

Les bandes prétendent que la *Loi des Indiens* imposait à la Couronne l'obligation de refuser à la bande l'autorisation de céder ses terres, vu la nature de l'intérêt de la bande sur les terres et le caractère paternaliste du régime établi par la *Loi des Indiens*. Lorsqu'une réserve est accordée à une bande, comme ce fut le cas en l'espèce en 1916, le titre n'est pas transmis à la bande visée, mais c'est plutôt la Couronne qui détient le titre en fief simple. La Couronne est donc investie de certains pouvoirs à l'égard de ces terres et elle doit, fait-on valoir, les exercer en qualité de fiduciaire, pour le compte de la bande concernée. Ce fait est renforcé par le ton paternaliste de la *Loi des Indiens*, qui, allègue-t-on, impose à la Couronne l'obligation de protéger les Indiens contre eux-mêmes et de les empêcher de prendre des décisions imprudentes relativement à leurs terres. Voilà pourquoi, prétend-on, la Couronne conserve le titre de propriété. Cette dernière, quant à elle, décrit la bande comme un acteur indépendant pour ce qui est de la cession de ses terres.

À mon avis, les dispositions de la *Loi des Indiens* relatives à la cession des réserves des bandes établissent un équilibre entre les deux pôles extrêmes que constituent l'autonomie et la protection. Il fallait que la bande visée consente à la cession de sa réserve, à défaut de quoi celle-ci ne pouvait pas être vendue. Par ailleurs, il fallait également que la Couronne, par l'intermédiaire du gouverneur en conseil, consente à la cession. L'exigence que la Couronne consente à la cession n'avait pas pour objet de substituer la décision de

for that of the band, but to prevent exploitation. As Dickson J. characterized it in *Guerin* (at p. 383):

The purpose of this surrender requirement is clearly to interpose the Crown between the Indians and prospective purchasers or lessees of their land, so as to prevent the Indians from being exploited.

It follows that under the *Indian Act*, the Band had the right to decide whether to surrender the reserve, and its decision was to be respected. At the same time, if the Band's decision was foolish or improvident — a decision that constituted exploitation — the Crown could refuse to consent. In short, the Crown's obligation was limited to preventing exploitative bargains.

Subject to the issue of the value of the reserve and the matter of mineral rights, which I deal with later, the evidence does not support the view that the surrender of the Fort St. John reserve was foolish, improvident or amounted to exploitation. In fact, viewed from the perspective of the Band at the time, it made good sense. The measure of control which the Act permitted the Band to exercise over the surrender of the reserve negates the contention that absent exploitation, the Act imposed a fiduciary obligation on the Crown with respect to the surrender of the reserve.

(b) Whether the Circumstances of the Case Gave Rise to a Fiduciary Duty on the Crown with Respect to the Surrender

If the *Indian Act* did not impose a duty on the Crown to block the surrender of the reserve, the further question arises of whether on the particular facts of this case a fiduciary relationship was superimposed on the regime for alienation of Indian lands contemplated by the *Indian Act*.

Generally speaking, a fiduciary obligation arises where one person possesses unilateral power or discretion on a matter affecting a second "peculiarly vulnerable" person: see *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2

cette dernière à celle des bandes, mais plutôt d'empêcher que celles-ci se fassent exploiter. Le juge Dickson a décrit ainsi cette exigence dans *Guerin* (à la p. 383):

Cette exigence d'une cession vise manifestement à interposer Sa Majesté entre les Indiens et tout acheteur ou locataire éventuel de leurs terres, de manière à empêcher que les Indiens se fassent exploiter.

Il s'ensuit que, en vertu de la *Loi des Indiens*, les bandes avaient le droit de décider si elles voulaient céder leur réserve, et que leur décision devait être respectée. Par ailleurs, si la décision de la bande concernée était imprudente ou inconsidérée — et équivalait à de l'exploitation — la Couronne pouvait refuser son consentement. Bref, l'obligation de la Couronne se limitait à prévenir les marchés abusifs.

Sous réserve de la question de la valeur de la réserve et de la question des droits miniers, que j'examine plus loin, la preuve n'étaye pas l'argument que la cession de la réserve de Fort St. John était imprudente ou inconsidérée, ou qu'elle équivalait à de l'exploitation. De fait, du point de vue de la bande, à l'époque, cette décision se défendait. L'étendue du contrôle que la Loi permettait à la bande d'exercer sur la cession de la réserve réfute l'argument que, en l'absence d'exploitation, la Loi imposait une obligation de fiduciaire à la Couronne relativement à la cession de la réserve.

(b) Les circonstances de l'espèce ont-elles donné naissance à une obligation de fiduciaire de la Couronne à l'égard de la cession?

Si la *Loi des Indiens* n'imposait pas à la Couronne l'obligation de bloquer la cession de la réserve, se pose alors la question de savoir si, compte tenu des faits particuliers de l'espèce, des rapports de fiduciaire ne venaient pas s'ajouter au régime d'aliénation des terres indiennes établi par la *Loi des Indiens*.

En règle générale, une obligation de fiduciaire prend naissance lorsqu'une personne possède un pouvoir unilatéral ou discrétionnaire à l'égard d'une question touchant une autre personne «particulièrement vulnérable»: voir *Frame c. Smith*,

36

37

38

S.C.R. 226; and *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377. The vulnerable party is in the power of the party possessing the power or discretion, who is in turn obligated to exercise that power or discretion solely for the benefit of the vulnerable party. A person cedes (or more often finds himself in the situation where someone else has ceded for him) his power over a matter to another person. The person who has ceded power trusts the person to whom power is ceded to exercise the power with loyalty and care. This is the notion at the heart of the fiduciary obligation.

[1987] 2 R.C.S. 99; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, et *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377. La partie vulnérable est tributaire de la partie qui possède le pouvoir unilatéral ou discrétionnaire, qui, à son tour, est obligée d'exercer ce pouvoir uniquement au profit de la partie vulnérable. La personne qui cède (ou, plus souvent, qui se trouve dans la situation où quelqu'un d'autre a cédé pour elle) son pouvoir sur quelque chose à une autre personne escompte que la personne à qui le pouvoir en question est cédé l'exercera avec loyauté et diligence. Cette notion est la pierre d'assise de l'obligation de fiduciaire.

39

The evidence supports the view that the Band trusted the Crown to provide it with information as to its options and their foreseeable consequences, in relation to the surrender of the Fort St. John reserve and the acquisition of new reserves which would better suit its life of trapping and hunting. It does not support the contention that the Band abnegated or entrusted its power of decision over the surrender of the reserve to the Crown, as attested by the following findings of Addy J. (at pp. 66-67 F.C.):

1. That the plaintiffs had known for some considerable time that an absolute surrender of I.R. 172 was being contemplated;
2. That they had discussed the matter previously on at least three formal meetings where representatives of the Department were present;
3. That, contrary to what has been claimed by the plaintiffs, it would be nothing short of ludicrous to conclude that the Indians would not also have discussed it between themselves on many occasions in an informal manner, in their various family and hunting groups;
4. That, at the surrender meeting itself, the matter was fully discussed both between the Indians and with the departmental representatives previous to the signing of the actual surrender;
5. That [Crown representatives had not] attempted to influence the plaintiffs either previously or during the surrender meeting but that, on the contrary, the matter appears to have been dealt with most conscientiously by the departmental representatives concerned;

Il ressort de la preuve que la bande escomptait que la Couronne la renseignerait sur les diverses solutions qui s'offraient à elle — et sur les conséquences prévisibles de ces solutions — relativement à la cession de la réserve de Fort St. John et à l'acquisition de nouvelles terres qui conviendraient mieux à son mode de vie fondé sur le piégeage et la chasse. Comme l'attestent les conclusions suivantes du juge Addy (aux pp. 66 et 67 C.F.), la preuve n'étaye pas la prétention que la bande avait renoncé à son pouvoir de décision quant à la cession de la réserve ou qu'elle s'en était remis à la Couronne à cet égard:

1. Les demandeurs savaient depuis longtemps qu'une cession absolue de la R.I. 172 était envisagée;
2. Ils en avaient discuté auparavant au moins à trois reprises à l'occasion d'assemblées officielles tenues en présence de représentants du Ministère;
3. Contrairement à ce que prétendent les demandeurs, il serait absurde de conclure que les Indiens n'auraient pas débattu la question entre eux à de nombreuses occasions et de façon informelle au sein des groupes familiaux et des groupes de chasse;
4. À l'assemblée de la cession elle-même, la question avait fait l'objet d'un débat complet. Les Indiens en avaient discuté entre eux et avec les représentants du Ministère avant la signature de l'acte de cession;
5. [Les représentants de la Couronne n'avaient pas] essayé d'influencer les demandeurs soit avant, soit pendant l'assemblée de la cession. Au contraire, la question semble avoir été résolue de façon très consciencieuse par les représentants du Ministère concernés;

6. That Mr. Grew [the local Indian agent] fully explained to the Indians the consequences of a surrender;

7. That, although they would not have understood and probably would have been incapable of understanding the precise nature of the legal interest they were surrendering, they did in fact understand that by the surrender they were giving up forever all rights to I.R. 172, in return for the money which would be deposited to their credit once the reserve was sold and with their being furnished with alternate sites near their trapping lines to be purchased from the proceeds;

8. That the said alternate sites had already been chosen by them, after mature consideration.

I conclude that the evidence does not support the existence of a fiduciary duty on the Crown prior to the surrender of the reserve by the Band.

(c) Whether the Surrender Was Invalid for Failure to Comply with Section 51 of the *Indian Act*

Section 51(1) of the 1927 *Indian Act* indicates that no surrender shall be valid unless the surrender is assented to by the majority of male members of the band at a meeting summoned for the purpose. Subsections (3) and (4) then provide:

3. The fact that such release or surrender has been assented to by the band at such council or meeting shall be certified on oath by the Superintendent General, or by the officer authorized by him to attend such council or meeting, and by some of the chiefs or principal men present thereat and entitled to vote, before any person having authority to take affidavits and having jurisdiction within the place where the oath is administered.

4. When such assent has been so certified, as aforesaid, such release or surrender shall be submitted to the Governor in Council for acceptance or refusal.

These subsections were not complied with in obtaining the 1945 surrender from the Band. The non-compliance was technical. The chiefs should have personally certified the surrender on oath. Instead, they told the commissioner that they

6. M. Grew [l'agent des Indiens pour l'endroit] avait expliqué aux Indiens toutes les conséquences d'une cession;

7. Même s'ils n'ont pas saisi exactement la nature du droit, en *common law*, qu'ils cédaient, ils en étaient probablement incapables, ils ont bel et bien compris, dans les faits, que par la cession ils renonçaient pour toujours à tous leurs droits sur la R.I. 172 en échange de l'argent qui serait versé à leur crédit après la vente de la réserve, et d'autres terrains situés près de leurs sentiers de piégeage qui seraient achetés avec le produit de la vente;

8. Lesdits terrains avaient déjà été choisis par les Indiens, après mûre réflexion.

Je conclus que la preuve n'appuie pas l'existence d'une obligation de fiduciaire qui aurait incombé à la Couronne avant la cession de la réserve par la bande.

e) La cession était-elle invalide en raison de l'inobservation de l'art. 51 de la *Loi des Indiens*?

Aux termes du par. 51(1) de la *Loi des Indiens* de 1927, une cession n'est valide que si elle a été ratifiée par la majorité des hommes de la bande à une assemblée convoquée pour en délibérer. Les paragraphes (3) et (4) sont ainsi rédigés:

3. Le fait que la cession ou rétrocession a été consentie par la bande, à ce conseil ou à cette assemblée, doit être attesté sous serment par le surintendant général ou par le fonctionnaire qu'il a autorisé à assister à ce conseil ou à cette assemblée, et par l'un des chefs ou des anciens qui y a assisté et y a droit de vote, devant toute personne autorisée à faire prêter serment et ayant juridiction dans l'endroit où le serment est prêté.

4. Après que ce consentement a été ainsi attesté, comme susdit, la cession ou rétrocession est soumise au gouverneur en son conseil, pour qu'il l'accepte ou la refuse.

On ne s'est pas conformé à ces paragraphes pour obtenir de la bande la cession de 1945. Il ne s'est agi là, toutefois, que d'un simple vice de forme. En effet, les chefs auraient dû attester personnellement, sous serment, qu'ils consentaient à la ces-

wished to surrender, which the commissioner certified on oath.

42

This raises the question of whether the ss. 51(3) and 51(4) are mandatory or merely directory. Addy J. and Stone J.A. below held that despite the use of the word “shall”, the provisions were directory rather than mandatory, relying on *Montreal Street Railway Co. v. Normandin*, [1917] A.C. 170 (P.C.), which summarized the factors relevant to determining whether a statutory direction is mandatory or directory as follows (at p. 175):

When the provisions of a statute relate to the performance of a public duty and the case is such that to hold null and void acts done in neglect of this duty would work serious general inconvenience, or injustice to persons who have no control over those entrusted with the duty, and at the same time would not promote the main object of the Legislature, it has been the practice to hold such provisions to be directory only

Addy J. concluded that to read the provisions in a mandatory way would not promote the main object of the legislation, which is to ensure that the sale of the reserve is made pursuant to the wishes of the Band. Stone J.A. agreed. This Court has since held that the object of the statute, and the effect of ruling one way or the other, are the most important considerations in determining whether a directive is mandatory or directory: *British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General)*, [1994] 2 S.C.R. 41.

43

The true object of ss. 51(3) and 51(4) of the *Indian Act* was to ensure that the surrender was validly assented to by the Band. The evidence, including the voter’s list, in the possession of the DIA amply established valid assent. Moreover, to read the provisions as mandatory would work seri-

sion. Au lieu de cela, ils ont plutôt dit au commissaire qu’ils désiraient céder la réserve, et c’est ce dernier qui a attesté ce fait sous serment.

Cela soulève la question de savoir si les par. 51(3) et (4) ont un caractère soit impératif, soit simplement supplétif ou directif. Le juge Addy de la Section de première instance de la Cour fédérale et le juge Stone de la Cour d’appel fédérale ont statué que malgré l’utilisation du mot *shall* («doit» ou l’indicatif présent, selon le cas, dans le texte français) les dispositions avaient un caractère supplétif et non pas impératif, appuyant leur conclusion sur l’arrêt *Montreal Street Railway Co. c. Normandin*, [1917] A.C. 170 (C.P.), dans lequel on a résumé ainsi (à la p. 175) les facteurs servant à déterminer si une directive contenue dans une disposition législative a un caractère soit impératif, soit supplétif ou directif:

[TRADUCTION] Lorsque les dispositions d’une loi se rapportent à l’exécution d’un devoir public et que, dans un cas donné, déclarer nuls et nonavenus des actes accomplis par manquement à ce devoir entraînerait, pour des personnes qui n’ont aucun contrôle sur ceux chargés de ce devoir, une injustice ou des inconvénients généraux graves, et en même temps n’aiderait pas à atteindre l’objet principal visé par le législateur, on conclut habituellement que ces dispositions ne sont que directives . . .

Le juge Addy a conclu que le fait de reconnaître à ces dispositions un caractère impératif ne favoriserait pas la réalisation de l’objet principal de la loi, qui est de faire en sorte que la vente de la réserve se fasse selon les désirs de la bande. Le juge Stone a souscrit à cette conclusion. Depuis, notre Cour a jugé que l’objet de la loi ainsi que la conséquence d’une décision dans un sens ou dans l’autre sont les considérations les plus importantes pour déterminer si une directive a un caractère impératif ou directif: *Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général)*, [1994] 2 R.C.S. 41.

L’objet véritable des par. 51(3) et (4) de la *Loi des Indiens* était de faire en sorte que le consentement de la bande à la cession soit valide. Les éléments de preuve en la possession du MAI, notamment la liste des personnes ayant participé au vote, établissaient amplement l’existence d’un consente-

ous inconvenience, not only where the surrender is later challenged, but in any case where the provision was not fulfilled, as the Band would have to go through the process again of holding a meeting, assenting to the surrender, and then certifying the assent. I therefore agree with the conclusion of the courts below that the “shall” in the provisions should not be considered mandatory. Failure to comply with s. 51 of the *Indian Act* therefore does not defeat the surrender.

(d) Conclusions on Pre-surrender Duty and Breach

I conclude that the Bands have not established that the Crown wrongly failed to prevent the surrender of the Fort St. John reserve in 1945.

(2) Post-surrender Duties and Breaches Regarding Surface Rights

The 1945 surrender conveyed the Band’s lands to the Crown “in trust to sell or lease the same to such person or persons, and upon such terms as the Government of the Dominion of Canada may deem most conducive to our Welfare and that of our people” (emphasis added). The Crown concedes that this surrender imposed a fiduciary duty on the Crown with respect to the subsequent sale or lease of the lands: *Guerin, supra*. The only issue is whether the Crown breached that duty when in 1948 it sold the lands to the DVLA for \$70,000.

The duty imposed upon the Crown by the terms of surrender (converted to a statutory duty by s. 54 of the Act) was broad. It extended not only to the monetary aspects of the transaction, but to whether the arrangement would be conducive to the welfare of the Indians in the broader sense. The Bands

ment valide. De plus, interpréter ces dispositions comme étant impératives entraînerait de graves inconvénients, non seulement dans le cas où la cession est contestée plus tard, mais également dans tous ceux où on ne s’est pas conformé à la disposition, car il faudrait alors que la bande tienne une nouvelle assemblée, consente à la cession et atteste ce consentement. Je suis donc d’accord avec la conclusion des tribunaux inférieurs que le mot «shall» («doit» ou l’indicatif présent, selon le cas, dans le texte français) utilisé dans les dispositions en cause ne devrait pas être considéré comme ayant un sens impératif. L’inobservation de l’art. 51 de la *Loi des Indiens* n’invalide donc pas la cession.

d) Les conclusions relatives à l’existence d’une obligation avant la cession et au manquement à cette obligation

Je conclus que les bandes n’ont pas établi que la Couronne a eu tort de ne pas empêcher la cession de la réserve de Fort St. John en 1945.

(2) Les obligations relatives aux droits de superficie et postérieures à la cession, et les manquements à ces obligations

La cession de 1945 a eu pour effet de transférer les terres de la bande à la Couronne [TRADUCTION] «en fiducie aux fins de vendre ou de louer lesdites terres à une ou plusieurs personnes et selon les conditions que le gouvernement du Canada peut juger les plus appropriées pour assurer notre bien-être et celui de notre peuple» (je souligne). La Couronne admet que cette cession lui a imposé une obligation de fiduciaire en ce qui concerne la vente ou la location subséquentes des terres visées: *Guerin*, précité. La seule question qui se pose est de déterminer si la Couronne a manqué à cette obligation lorsque, en 1948, elle a vendu les terres au DTAC pour la somme de 70 000 \$.

L’obligation imposée à la Couronne par les conditions de la cession (obligation qui est devenue une obligation légale par l’effet de l’art. 54 de la Loi) était considérable. Elle visait non seulement les aspects financiers de l’opération, mais également la question de savoir si l’entente assurerait,

44

45

46

argue that the Crown breached this duty by: (a) failing to consider leasing rather than selling the land; (b) selling the land under value; and (c) not restoring the reserve to the Band after surrender in view of its impoverished situation. I will consider each allegation in turn.

(a) Failure to Consider Leasing Rather than Sale of the Surface Rights

47 The trial judge held that the Crown considered the best interests of the Band in disposing of the land and that, viewed from the perspective of the time, the sale of the land to the Department of Veterans Affairs was in fact in the best interests of the Band. He held that the Band was interested in obtaining reserves nearer to its hunting and trapping grounds. If the surface rights had been leased rather than sold, the Band might not have had enough money up front to purchase replacement lands.

48 Against this, the Bands point to policy statements of the DIA in the early 1940's which suggest that the DIA would have preferred to lease unused Indian interests rather than sell them, so that the land would be available for use by the Indians and their descendants in the future. The Bands claim that the DIA failed to follow its own policy. The Bands also rely on the fact that the Director of Indian Affairs, Dr. McGill, wrote to the Deputy Minister in August 1944, strongly advising against the sale of the lands and suggesting that the annoyance of seeing good agricultural land unused could be assuaged by leasing it to suitable tenants, if available.

49 The evidence is clear that the government's general policy was against selling Indian lands. The evidence is also clear that a debate took place over whether the Fort St. John reserve, which the Crown now held upon trust for the Indians, should be sold. In the end, the initial inclination of the

au sens large du terme, le bien-être des Indiens. Les bandes prétendent que la Couronne a manqué à cette obligation: a) en n'envisageant pas de louer les terres plutôt que de les vendre; b) en vendant les terres à un prix inférieur à leur valeur; c) en ne remettant pas la réserve à la bande, après la cession, vu l'état d'appauvrissement dans lequel se trouvait la bande. Je vais examiner chacune de ces allégations à tour de rôle.

a) L'omission d'envisager la location des droits de superficie plutôt que leur vente

Le juge de première instance a conclu que la Couronne a tenu compte de l'intérêt de la bande en aliénant les terres et que, avec le recul du temps, la vente des terres au ministère des Affaires des anciens combattants était effectivement dans l'intérêt de la bande. Il a jugé que cette dernière était intéressée à obtenir des terres situées plus près de ses territoires de chasse et de piégeage. Si les droits de superficie avaient été loués plutôt que vendus, la bande n'aurait peut-être pas eu, sur le coup, suffisamment d'argent pour acheter des terres de remplacement.

À l'encontre de ce point, les bandes renvoient aux énoncés de politique du MAI du début des années 1940, énoncés qui tendent à indiquer que le MAI préférerait louer les intérêts fonciers non utilisés des Indiens plutôt que de les vendre, de sorte que les Indiens et leurs descendants disposent, dans le futur, de terres qu'ils pourraient utiliser. Les bandes prétendent que le MAI n'a pas suivi sa propre politique. Elles invoquent également le fait que le directeur des Affaires indiennes, M. McGill, a écrit au sous-ministre, en août 1944, et lui a fortement déconseillé de vendre les terres, tout en lui indiquant qu'il était possible d'apaiser le mécontentement que causait le fait que de bonnes terres agricoles n'étaient pas utilisées en louant ces terres à des occupants convenables, s'il s'en trouvait.

Il ressort clairement de la preuve que la politique générale du gouvernement était de ne pas vendre les terres des Indiens. La preuve indique aussi de façon claire que des discussions ont eu lieu afin de décider si la réserve de Fort St. John, que la Couronne détenait alors en fiducie pour les

DIA not to sell the reserve was outweighed by two factors: the desire of the Band to get money for the purchase of substitute lands nearer their trap lines; coupled with political pressure for release of the lands for agricultural purposes. Dr. McGill pointed out that although the Band did not use the reserve for agriculture, it might be compelled to use it in the future due to dwindling fur supplies. The Deputy Minister responded that he agreed that any suggestion to dispose of Indian lands "should be most carefully considered before any final decision is reached", and wrote to the Canadian Legion (interested in acquiring the land for veterans) suggesting an alternative plan in which only a portion of the reserve would be sold. A non-surrender lease, pursuant to s. 93(3) of the 1927 *Indian Act*, was also considered by the Superintendent of Reserves and Trusts in 1945. Throughout this time, the DIA took the view that it should bring no pressure to bear on the Band to promote the sale.

Armed with these instructions, the local agent, Grew, visited the Band. He reported back that the Band was willing to surrender the land for sale or lease provided that they would be supplied with other lands, nearer their trap lines. He also suggested that it was unlikely that the Band would ever make use of the reserve for farming, as they were trappers. The Director of Indian affairs (then a Mr. Hoey) wrote back that in addition to political pressure to open the lands for "ordinary settlement", the cash received as a result of the sale would be "for many years of more practical value to the Indians" than the land of the reserve. Once Dr. McGill left office, the general policy of maintaining the Fort St. John reserve for the Band appears to have succumbed to political demands for farm land. This, coupled with the apparent desire of the Band to exchange their more southern

Indiens, devait être vendue. En fin de compte, deux facteurs ont amené le MAI à changer son idée première, qui était de ne pas vendre la réserve: le désir de la bande d'obtenir de l'argent pour acheter des terres de remplacement situées plus près de ses sentiers de piégeage, et les pressions politiques qui étaient exercées en vue de la cession des terres à des fins agricoles. Monsieur McGill a signalé que, même si la bande n'utilisait pas la réserve à de telles fins, elle pourrait être contrainte de le faire dans le futur en raison de la diminution des populations d'animaux à fourrure. Le sous-ministre a répondu qu'il était d'accord que toute proposition de vente de terres indiennes [TRADUCTION] «devrait être étudiée très attentivement avant qu'une décision définitive soit prise», et il a écrit à la Légion canadienne (qui était intéressée à acquérir les terres pour les anciens combattants) et proposé une solution de rechange, soit la vente d'une partie seulement de la réserve. Le surintendant des réserves et des fidéicommissaires a également envisagé, en 1945, la possibilité d'affermier les terres, sans qu'il y ait eu rétrocession, en vertu du par. 93(3) de la *Loi des Indiens* de 1927. Pendant toute cette période, le MAI a jugé bon de ne pas exercer de pressions sur la bande en vue de l'inciter à vendre les terres.

Muni de ces instructions, Grew, l'agent des Indiens pour l'endroit, a rendu visite à la bande. Dans son rapport, il a relaté que celle-ci désirait céder les terres afin qu'elles soient vendues ou louées, pourvu qu'on lui en fournisse d'autres situées plus près de ses sentiers de piégeage. Il a également affirmé qu'il était peu probable que la bande se serve jamais de la réserve à des fins agricoles, car ses membres étaient des trappeurs. Le directeur des Affaires indiennes (à l'époque un certain M. Hoey) a répondu que, outre le fait que des pressions politiques étaient exercées pour que l'on ouvre ces terres à la [TRADUCTION] «colonisation ordinaire», le produit de la vente serait «pendant bon nombre d'années plus utile aux Indiens» que les terres de la réserve. Après que M. McGill eut quitté son poste, la politique générale, qui était de conserver la réserve de Fort St. John pour la bande, semble avoir cédé le pas aux demandes insistantes qui étaient formulées, sur le plan poli-

reserve for other lands nearer their trap lines, resulted in the sale of the land to the DVLA.

tique, en vue d'obtenir des terres agricoles. Ce fait, conjugué au désir manifeste de la bande d'échanger sa réserve qui se trouvait plus au sud pour d'autres terres situées plus près de ses sentiers de piégeage, a entraîné la vente des terres visées au DTAC.

51

In the face of this evidence, it cannot be said that Addy J. erred in concluding that the sale of the land to the DVLA was not in breach of the Crown's fiduciary duty. A number of options — lease, partial sale and outright sale — were considered. The interests and wishes of the Band were given utmost consideration throughout. The choice that was made — to sell the land — possessed the advantage of allowing the Band to get other lands nearer its trap lines. At the time, that was a defensible choice. Indeed, it can be argued that the sale of the surface rights was the only alternative that met the Band's apparent need to obtain land nearer its trap lines. In retrospect, with the decline of trapping and the discovery of oil and gas, the decision may be argued to have been unfortunate. But at the time, it may be defended as a reasonable solution to the problems the Band faced.

À la lumière de ces éléments de preuve, il est impossible d'affirmer que le juge Addy a fait erreur en concluant que la vente des terres au DTAC ne constituait pas un manquement par la Couronne à son obligation de fiduciaire. Un certain nombre de possibilités — location, vente partielle et vente en bloc — ont été envisagées. On a accordé la plus grande attention aux intérêts et aux désirs des Indiens avant de décider. La solution retenue — en l'occurrence la vente des terres — avait l'avantage de permettre à la bande d'obtenir d'autres terres situées plus près de ses sentiers de piégeage. À l'époque, il s'agissait d'un choix défendable. De fait, on peut prétendre que la vente des droits de superficie était la seule solution qui répondait au besoin manifeste de la bande d'obtenir des terres plus près de ses sentiers de piégeage. Avec le recul du temps, compte tenu du déclin du piégeage et de la découverte de pétrole et de gaz, il est possible d'affirmer que la vente des terres s'est révélée une décision malencontreuse. Toutefois, à l'époque, elle pouvait se défendre en tant que solution raisonnable aux problèmes auxquels la bande faisait alors face.

(b) Sale at Undervalue

(b) La vente des terres à un prix inférieur à leur valeur

52

The DIA received an appraisal of the land which placed its value at approximately \$93,160. The DVLA's appraisals suggested a lower value. Ultimately, the DIA sold the land to the DVLA *en bloc* for \$70,000. The trial judge accepted the Bands' contention that the Crown breached its fiduciary duty by selling the land under value, since it sold at less than value suggested by its appraisers. He stated (at p. 76 F.C.):

Le MAI avait reçu une évaluation fixant la valeur des terres à approximativement 93 160 \$, alors que les évaluations du DTAC suggéraient une valeur moindre. En fin de compte, le MAI a vendu les terres en bloc au DTAC pour 70 000 \$. Le juge de première instance a retenu l'argument des bandes que la Couronne a manqué à son obligation de fiduciaire en vendant les terres à un prix inférieur à leur valeur, puisqu'elle les a vendues à un prix inférieur à la valeur suggérée par ses évaluateurs. Il a déclaré ceci (à la p. 76 C.F.):

The defendant had a duty to convince the Court that it could not reasonably have been expected to obtain a bet-

Il incombait à la défenderesse de convaincre la Cour qu'elle ne pouvait raisonnablement s'attendre à obtenir

ter price. There was no evidence as to what other offers were sought and what efforts were made to obtain a better price elsewhere. Since the onus of establishing that a full and fair price was in fact obtained in March 1948 has not been discharged by the defendant, I find that the latter was guilty of a breach of its fiduciary duty towards the plaintiffs in that regard.

The Crown appeals this finding, arguing first that the onus was on the Bands to show that the sale was under value, and second, that the price of \$70,000 was unreasonable.

The trial judge was correct in finding that a fiduciary involved in self-dealing, i.e. in a conflict of interest, bears the onus of demonstrating that its personal interest did not benefit from its fiduciary powers: J. C. Shepherd, *The Law of Fiduciaries* (1981), at pp. 157-59; and A. H. Oosterhoff: *Text, Commentary and Cases on Trusts* (4th ed. 1992). The Crown, facing conflicting political pressures in favour of preserving the land for the Band on the one hand, and making it available for distribution to veterans on the other, may be argued to have been in a position of conflict of interest.

More problematic is the trial judge's conclusion that the Crown failed to discharge the onus of showing the price of \$70,000 to be reasonable. While the DIA received a higher appraisal, there were also appraisals giving lower value to the land. In fact, there appears to have been no alternate market for the land at the time, which might be expected to make accurate appraisal difficult. The evidence reveals the price was arrived at after a course of negotiations conducted at arm's length between the DIA and the DVLA.

This evidence does not appear to support the trial judge's conclusion that the Crown was in breach of its fiduciary obligation to sell the land at a fair value. In finding a breach despite this evi-

un meilleur prix. Aucune preuve n'a été présentée pour établir que d'autres offres avaient été recherchées ni pour montrer que des efforts avaient été faits pour obtenir un meilleur prix ailleurs. Comme la défenderesse ne s'est pas acquittée du fardeau d'établir qu'un prix équitable avait en réalité été obtenu en mars 1948, je conclus qu'elle a manqué sur ce point à ses obligations de fiduciaire à l'égard des demandeurs.

La Couronne se pourvoit contre cette conclusion et prétend, dans un premier temps, qu'il incombait aux bandes de prouver que les terres avaient été vendues à un prix inférieur à leur valeur, et, dans un deuxième temps, que le prix de 70 000 \$ était déraisonnable.

Le juge de première instance a eu raison de conclure que le fiduciaire qui participe à une opération intéressée, c'est-à-dire qui est en conflit d'intérêts, a le fardeau de prouver qu'il n'a pas tiré d'avantages personnels de ses pouvoirs de fiduciaire: J. C. Shepherd, *The Law of Fiduciaries* (1981), aux pp. 157 à 159, et A. H. Oosterhoff: *Text, Commentary and Cases on Trusts* (4th ed. 1992). Il est possible de prétendre que la Couronne était en conflit d'intérêts, car elle faisait l'objet de pressions politiques divergentes l'incitant, d'une part, à conserver les terres en cause pour la bande et, d'autre part, à prendre des mesures pour qu'elles puissent être distribuées aux anciens combattants.

La conclusion du juge de première instance que la Couronne ne s'est pas acquittée du fardeau de prouver que le prix de 70 000 \$ était raisonnable soulève cependant plus de problèmes. En effet, même si le MAI avait reçu une évaluation plus élevée, il existait également des évaluations attribuant une valeur moindre aux terres. De fait, il semble qu'il n'y avait pas d'autre marché pour ces terres à l'époque, ce qui, comme on peut s'y attendre, rendait difficile l'établissement d'une évaluation précise. Il ressort de la preuve que le prix a été fixé au terme de négociations entre le MAI et le DTAC qui se sont déroulées dans des conditions de pleine concurrence.

Cette preuve ne semble pas étayer la conclusion du juge de première instance que la Couronne a manqué à l'obligation de fiduciaire qu'elle avait de vendre les terres à leur juste valeur. En concluant à

53

54

55

dence, the trial judge misconstrued the effect of the onus on the Crown. The Crown adduced evidence showing that the sale price lay within a range established by the appraisals. This raised a *prima facie* case that the sale price was reasonable. The onus then shifted to the Bands to show it was unreasonable. The Bands did not adduce such evidence. On this state of the record, a presumption of breach of the Crown's fiduciary duty to exact a fair price cannot be based on a failure to discharge the onus upon it. I note that the trial judge made no finding as to the true value of the property, nor any finding that it was significantly greater than \$70,000, deferring this to the stage of assessment of damages.

l'existence d'un manquement en dépit de cette preuve, le juge de première instance a mal interprété les effets du fardeau de la preuve qui incombait à la Couronne. Cette dernière a présenté des éléments de preuve indiquant que le prix de vente se situait dans la fourchette établie par les évaluations. Cette preuve a établi, *prima facie*, que le prix de vente était raisonnable. Il y a alors eu déplacement du fardeau de la preuve, et c'est aux bandes qu'il appartenait de prouver que ce prix était déraisonnable. Les bandes n'ont pas apporté cette preuve. Compte tenu de la preuve au dossier sur ce point, une présomption de manquement par la Couronne à son obligation de fiduciaire, qui consistait à obtenir un juste prix, ne peut donc découler d'une omission de la Couronne de s'acquitter du fardeau de la preuve qui lui incombait. Je remarque que le juge de première instance ne s'est pas prononcé sur la valeur réelle du bien-fonds et qu'il n'a pas statué que cette valeur dépassait largement les 70 000 \$, mais qu'il a plutôt reporté l'examen de cette question à l'étape de la détermination des dommages-intérêts.

56 I conclude that the trial judge erred in concluding that the Crown breached its fiduciary duty to the Band by selling the land for \$70,000.

Je conclus que le juge de première instance a commis une erreur en statuant que la Couronne a manqué à son obligation de fiduciaire envers la bande en vendant les terres pour la somme de 70 000 \$.

(c) Failure to Restore the Surface Rights to the Band after the 1945 Surrender

c) L'omission de remettre les droits de superficie à la bande après la cession de 1945

57 The Bands argue that they should have been given their reserve back because of their apparent impoverishment between 1945 and 1961. The Crown, in the Bands' submission, should have realized that the surrender had been a mistake. Instead of confirming the mistake by selling the land to the DVLA, it should have cancelled the surrender and transferred the land back to the Band.

Les bandes font valoir qu'on aurait dû leur remettre leur réserve en raison de l'état d'appauvrissement évident dans lequel elles se trouvaient entre 1945 et 1961. La Couronne, au dire des bandes, aurait dû se rendre compte que la cession avait été une erreur. Au lieu d'exacerber cette erreur en vendant les terres au DTAC, elle aurait dû annuler la cession et remettre les terres à la bande.

58 There can be no doubt that the Band lived in abject poverty and ill-health between 1945 and 1961. The problem the Bands' argument faces is that their condition appears to have been unrelated to possession of the Fort St. John reserve. In fact, the Band did not make significant use of the

Il ne fait aucun doute que, entre 1945 et 1961, la bande vivait dans la misère et que l'état de santé de ses membres était déplorable. Le problème que pose cet argument des bandes est qu'il semble ne pas y avoir de rapport entre leur situation durant cette période et le fait qu'elles ne possédaient pas

reserve from 1916 to 1945, one of the primary reasons behind the move to surrender it and purchase more suitable property. Nor did the Band make much use of the land from 1945 to 1950 when alternative lands were purchased, despite the fact that it was entitled to use the land during this period. Finally, the purchase of new lands in 1950 did not, by the Bands' own admission, alleviate the situation.

Accepting that the Band was living in poverty, one cannot infer that the solution was to cancel the 1945 surrender or refuse to sell the Fort St. John reserve land. The Crown cannot be said to have breached the fiduciary duty it owed the Band after surrender of the Fort St. John reserve by failing to restore the land to the Indians.

(d) Conclusions on Post-surrender Duty and Breach with Respect to Surface Rights

I conclude that the Bands have not established breach of fiduciary duty with respect to the sale of the surface rights.

(3) *Post-surrender Duties and Breaches Regarding Mineral Rights*

The Band surrendered "Petroleum and Natural Gas and the mining rights in connection therewith" in the Fort St. John reserve to the Crown in 1940, "in trust to lease the same to such person or persons, and upon such terms as the Government of Canada may deem most conducive to our welfare and that of our people". Section 54 of the 1927 *Indian Act* required the Crown to hold these lands for the purpose specified in the surrender — for lease for the benefit of the Band. The right to explore for minerals was leased in 1940 for \$1,800. In 1948, by means which to this day remain the subject of debate, the mineral rights were transferred to the DVLA and hence to the veterans who took up the Fort St. John land. When

la réserve de Fort St. John. De fait, la bande n'a pas beaucoup utilisé cette réserve de 1916 à 1945, et ce fait constituait d'ailleurs une des principales raisons de sa décision de la vendre et d'acquérir des terres convenant davantage à ses besoins. La bande ne s'est pas non plus beaucoup servi des terres de la réserve de 1945 à 1950, année au cours de laquelle des terres de remplacement ont été achetées, et ce même si elle avait le droit de les utiliser durant cette période. Enfin, l'achat de nouvelles terres en 1950 n'a pas, de l'aveu même des bandes, amélioré leur sort.

Même en admettant que la bande vivait dans la pauvreté, on ne peut en déduire que la solution était d'annuler la cession de 1945 ou de refuser de vendre les terres de la réserve de Fort St. John. Il est impossible d'affirmer que, après la cession de la réserve de Fort St. John, la Couronne a manqué à son obligation de fiduciaire envers la bande en ne remettant pas ces terres aux Indiens.

d) Les conclusions sur l'obligation relative aux droits de superficie et postérieure à la cession, et le manquement à cette obligation

Je conclus que les bandes n'ont pas prouvé qu'il y a eu manquement à l'obligation de fiduciaire en ce qui concerne la vente des droits de superficie.

(3) *Les obligations relatives aux droits miniers et postérieures à la cession, et les manquements à ces obligations*

La bande a, en 1940, cédé à la Couronne [TRANSDUCTION] «les droits au pétrole et au gaz naturel ainsi que les droits connexes» dans la réserve de Fort St. John [TRANSDUCTION] «en fiducie aux fins de leur location à une ou plusieurs personnes et selon les conditions que le gouvernement du Canada peut juger les plus appropriées pour assurer notre bien-être et celui de notre peuple». Aux termes de l'art. 54 de la *Loi des Indiens* de 1927, la Couronne devait détenir ces terres pour les fins mentionnées dans la cession — c'est-à-dire aux fins de leur location au profit de la bande. Le droit de faire de l'exploration sur ces terres en vue d'y trouver des minéraux a été loué, en 1940, pour la somme de 1 800 \$. En 1948, par une mesure qui, à ce jour,

59

60

61

oil and gas were discovered on the lands in 1976, it was not the Indians, but the veterans and their assigns, who obtained the revenues that flowed from the mineral rights.

62 To this résumé must be added two additional uncontested facts. First, at the time the mineral rights passed to the DVLA, and hence to the veterans, the Indians were unsophisticated and may not have fully understood the concept of different interests in land and how they might be lost. Second, they were never advised of the transfer of the mineral rights to the DVLA. They discovered it only in 1977, when an employee of the DIA brought to their attention that oil and gas had been discovered on their former lands and queried how the mineral rights had come to be transferred from the Band to the veterans.

63 The trial judge held that the mineral rights were not severable from the surface rights and consequently passed to the DVLA with the general surrender of the reserve in 1945. He failed to consider whether the earlier surrender of the mineral rights raised special considerations and imposed special obligations on the Crown. He further held that the Crown acted properly with respect to the mineral rights because they were not considered valuable at the time. In my view, he erred on both counts.

(a) The Effect of the 1940 Surrender of Mineral Rights

64 The duties of the Crown with respect to the surrender of the mineral rights after the 1940 surrender are clear. The mineral rights were conveyed to the Crown in trust to lease for the welfare of the Band. The Crown owed the Band a fiduciary duty with respect to the minerals after the 1940 surrender as a matter of general law: *Guerin, supra*.

demeure litigieuse, les droits miniers ont été transférés au DTAC et ensuite aux anciens combattants qui se sont établis sur les terres de Fort St. John. Lorsqu'on a découvert du pétrole et du gaz sur ces terres en 1976, ce ne sont pas les Indiens mais les anciens combattants et leurs ayants droit qui ont touché les revenus découlant des droits miniers.

Il faut ajouter à ce résumé deux autres faits incontestés. Premièrement, à l'époque où les droits miniers ont été transférés, d'abord au DTAC puis aux anciens combattants, les Indiens n'étaient pas des gens avertis, et il est possible qu'ils n'aient pas bien compris les principes concernant l'existence de droits fonciers distincts et la façon dont de tels droits pouvaient être perdus. Deuxièmement, ils n'ont jamais été informés du transfert des droits miniers au DTAC. Ils ne l'ont découvert qu'en 1977, lorsqu'un employé du MAI les a informés de la découverte de pétrole et de gaz sur leurs anciennes terres et a cherché à savoir comment les droits miniers étaient passés de la bande aux anciens combattants.

Le juge de première instance a conclu que les droits miniers n'étaient pas séparables des droits de superficie et qu'ils avaient par conséquent été transférés au DTAC au moment de la cession générale de la réserve en 1945. Il a toutefois omis de se demander si la cession des droits miniers, survenue précédemment, ne soulevait pas de questions particulières et n'avait pas pour effet d'imposer des obligations spéciales à la Couronne. Le juge a également conclu que la Couronne avait agi correctement pour ce qui est des droits miniers, étant donné que ces droits n'étaient pas considérés comme ayant une grande valeur à l'époque. À mon avis, il a fait erreur dans les deux cas.

a) L'effet de la cession des droits miniers en 1940

Les obligations de la Couronne en ce qui concerne la cession des droits miniers après la cession de 1940 sont claires. Ces droits ont été transportés à la Couronne en fiducie aux fins de leur location pour le bien-être de la bande. La Couronne avait envers la bande, en vertu des règles générales du droit, une obligation de fiduciaire relativement aux

Quite apart from this, the terms of the surrender and the Act, s. 54, make it clear that the Crown took the mineral rights as a fiduciary for the Band on terms which limited the Crown to leasing them for the Band's benefit.

(b) The Effect of the 1945 Surrender on the Mineral Rights

The trial judge found that the mineral rights were surrendered to the DIA by virtue of the general surrender of land in 1945, due to the failure to exclude mineral rights. The matter of the subsequent transfer of the mineral rights to the DVLA appears never to have been considered in any of the discussions between the DIA and the DVLA, and the Band was never advised that its mineral rights would be transferred. The mineral rights were transferred, on the trial judge's view, not because anyone intended them to be transferred, but by reason of the presumption of law that a general conveyance of land passes all interest except those specifically reserved in the deed of transfer.

In my view, this analysis is in error. Prior to 1940, the Band held a right in both the surface rights and the mineral rights of the reserve. The Band surrendered the mineral rights in the reserve to the Crown in 1940. The effect of this was to remove the mineral rights from the reserve. When the Band surrendered its interest in the Fort St. John reserve to the Crown in 1945, it could transfer only those rights in the reserve which it still possessed: *nemo dat quod non habet* — a person cannot give what he does not possess. The 1945 surrender could not therefore have included surrender of the Band's reserve rights over the minerals. Rather, it involved only the surrender of those rights which still belonged to the Band to surrender, namely the surface rights. The minerals remained in the Crown and the Crown remained bound by the terms of the 1940 surrender, even after the 1945 surrender of the Indian's remaining interest in the lands.

minéraux après la cession de 1940: *Guerin*, précité. Cela mis à part, toutefois, il ressort clairement de l'art. 54 de la Loi et des conditions de la cession que les droits miniers ont été transférés à la Couronne, en qualité de fiduciaire de la bande, et que la Couronne n'était habilitée qu'à les louer au profit de la bande.

b) L'effet de la cession de 1945 sur les droits miniers

Le juge de première instance a conclu que les droits miniers ont été cédés au MAI en vertu de la cession générale des terres en 1945, en raison de l'omission d'en exclure les droits miniers. Il semble que la question du transfert subséquent des droits miniers au DTAC n'a jamais fait l'objet de discussions entre le MAI et le DTAC, et la bande n'a jamais été informée du fait que ses droits miniers seraient transférés. De l'avis du juge de première instance, ces droits ont été transférés, non pas parce que quelqu'un entendait qu'ils le soient mais plutôt par suite de l'effet de la présomption légale qui veut que, en cas de cession générale de terres, il y a transfert de tous les droits sauf ceux réservés expressément dans l'acte de cession.

Selon moi, cette analyse est erronée. Avant 1940, la bande était titulaire tant des droits de superficie de la réserve que des droits miniers y afférents. La bande a, en 1940, cédé à la Couronne les droits miniers dans la réserve. Cela a eu pour effet de retrancher ces droits de la réserve. Lorsque la bande a cédé ses droits sur la réserve de Fort St. John à la Couronne en 1945, elle ne pouvait transférer que les droits qu'elle possédait encore: *nemo dat quod non habet* — nul ne peut donner ce qu'il n'a pas. La cession de 1945 ne pouvait donc pas comprendre les droits de la bande sur les minéraux de la réserve. Au contraire, elle ne visait que les droits qui appartenaient encore à la bande et que cette dernière pouvait céder, savoir les droits de superficie. Les minéraux sont restés en la possession de la Couronne, qui continuait d'être liée par les conditions de la cession de 1940, même après la cession, en 1945, des droits qu'avaient encore les Indiens sur les terres en cause.

65

66

67

This result is dictated not only by the most basic principles of property transfer, but by the *Indian Act* itself. Section 2 of the 1927 Act differentiates between a “reserve” and “Indian lands”:

(e) “Indian lands” means any reserve or portion of a reserve which has been surrendered to the Crown;

(j) “reserve” means any tract or tracts of land set apart by treaty or otherwise for the use or benefit of or granted to a particular band of Indians, of which the legal title is in the Crown, and which remains so set apart and has not been surrendered to the Crown, and includes all the trees, wood, timber, soil, stone, minerals, metals and other valuables thereon or therein; [Emphasis added.]

Only a “reserve” or “a portion of a reserve” can be surrendered: ss. 50, 51, 53 and 54. Once a reserve or a “portion of a reserve” is surrendered, it becomes “Indian lands”: s. 2(e); and *St. Ann’s Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211. This was the status of the mineral rights after the 1940 surrender. As “Indian lands” held by the Crown in trust, they could not be surrendered again in 1945.

68

A number of arguments are raised against the proposition that the mineral rights, having already been surrendered in 1940, were not affected by the 1945 surrender. I will consider each in turn. The first argument is that offered by the trial judge. The trial judge took the view that mineral rights cannot be surrendered except in conjunction with a surrender of surface rights. The trial judge based this conclusion on the definition of reserve in the 1927 *Indian Act*:

Cette conclusion s’impose non seulement de par l’effet des principes les plus fondamentaux du transfert des biens immobiliers, mais aussi de par l’effet de la *Loi des Indiens* elle-même. À l’article 2 de la Loi de 1927, on fait la distinction suivante entre «réserve» et «terres indiennes»:

h) «réserve» signifie toute étendue de terre mise à part, par traité ou autrement, pour l’usage ou le profit d’une bande particulière d’Indiens ou concédée à cette bande, et dont le titre légal est attribué à la Couronne, et qui fait encore partie de la réserve et n’a pas été rétrocédée à la Couronne, et comprend les arbres, le bois, la terre, la pierre, les minéraux, les métaux et autres choses de valeur qui se trouvent à la surface ou à l’intérieur du sol; [Je souligne.]

D) «terres indiennes», «terres des Indiens» signifie toute réserve ou partie de réserve qui a été cédée à la Couronne;

Seule une «réserve» ou «une partie de réserve» peut être cédée: art. 50, 51, 53 et 54. Une fois cédée, la réserve ou «partie de réserve» devient des «terres indiennes»: al. 2l) et *St. Ann’s Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211. Voilà quel était le statut des droits miniers après la cession de 1940. En tant que «terres indiennes» détenues en fiducie par la Couronne, ces droits ne pouvaient être cédés de nouveau en 1945.

On soulève un certain nombre d’arguments contre la proposition que les droits miniers n’ont pas été touchés par la cession de 1945 puisqu’ils avaient déjà été cédés en 1940. J’examinerai séparément chacun de ces arguments. Le premier est celui du juge de première instance, qui a dit être d’avis que les droits miniers ne peuvent être cédés qu’en même temps que les droits de superficie. Il a fondé cette conclusion sur la définition du terme «réserve» dans la *Loi des Indiens* de 1927:

“reserve” means any tract or tracts of land . . . and includes all the trees, wood, timber, soil, stone, minerals, metals and other valuables thereon or therein;

The trial judge concluded that since a reserve means a tract of land including, *inter alia*, minerals, a portion of a reserve must mean a portion of a tract of land including minerals. If this interpretation is adopted, mineral rights can never be surrendered under the 1927 *Indian Act* without the surface rights and conversely, the surface rights can never be surrendered without the mineral rights. With the greatest of respect, this interpretation is unwarranted on the wording of the definition. While a reserve is defined as a tract of land it is also defined as including, *inter alia*, minerals. Therefore, the reserve as a whole includes the minerals. In plain English, a portion is part of the whole: *Chambers English Dictionary* (7th ed. 1988), and *Concise Oxford Dictionary* (8th ed. 1990). The minerals and the rights pertaining thereto are included as part of the whole reserve and therefore constitute a portion of the reserve.

The trial judge concluded that the 1940 surrender was not a surrender of a “portion” of the reserve, but only of an indivisible right “in a part of the whole reserve”. In this way, the words of the Act prohibiting resurrender of a portion of a reserve previously surrendered were avoided. The trial judge distinguished *St. Ann’s Island, supra*, by pointing out that in that case, it was an island which was considered a portion of the reserve.

This reasoning raises a number of problems. The *Indian Act* makes no mention of a right in a “part” of a whole reserve, nor any provision for its surrender. The trial judge’s reasoning leaves us with this question: how could the surrender of 1940 have been effected under the *Indian Act* if the mineral rights were not a “portion” of a reserve? Moreover, the narrow and technical interpretation

«réserve» signifie toute étendue de terre [. . .] et comprend les arbres, le bois, la terre, la pierre, les minéraux, les métaux et autres choses de valeur qui se trouvent à la surface ou à l’intérieur du sol;

Le juge de première instance a conclu que, comme une réserve est une étendue de terre comprenant notamment les minéraux qui s’y trouvent, une partie de réserve doit aussi signifier une partie d’étendue de terre et les minéraux s’y trouvant. Si l’on retenait cette interprétation, les droits miniers ne pourraient jamais, en vertu de la *Loi des Indiens* de 1927, être cédés sans les droits de superficie, et, inversement, les droits de superficie ne pourraient jamais l’être sans les droits miniers. En toute déférence, le texte de la définition en question ne justifie pas cette interprétation. Bien que le texte dise qu’une réserve est une étendue de terre, il précise également que la réserve comprend notamment les minéraux qui s’y trouvent. En conséquence, l’ensemble de la réserve comprend les minéraux. Dans son sens courant, le terme «partie» désigne un élément d’un tout: *Le nouveau Petit Robert* (1994) et *Le Petit Larousse illustré 1994*. Les minéraux et les droits y afférents sont un élément de l’ensemble de la réserve et constituent, de ce fait, une partie de la réserve.

Le juge de première instance a conclu que la cession de 1940 ne visait pas une «partie» de réserve, mais seulement un droit indivisible «sur une partie de l’ensemble de la réserve». En exprimant ainsi sa conclusion, le juge a évité les termes de la Loi qui interdisent de céder à nouveau une partie d’une réserve qui a déjà été cédée. Le juge de première instance a distingué le cas dont il était saisi de l’arrêt *St. Ann’s Island*, précité, en signalant que, dans cet arrêt, il était question d’une île qui avait été considérée comme une partie de réserve.

Ce raisonnement soulève un certain nombre de problèmes. Le premier est que la *Loi des Indiens* ne fait aucune mention d’un droit sur une «partie» de l’ensemble d’une réserve, ni ne pourvoit à la cession d’un tel droit. Le raisonnement du juge de première instance nous laisse devant la question suivante: Comment la cession de 1940 aurait-elle pu être réalisée en vertu de la *Loi des Indiens* si les

of the phrase "portion of a reserve" adopted by the trial judge violates the wording of the *Indian Act*, and is not supported by the incorporeal nature of Indian title. It runs contrary to the general policy of the law, which permits severance of the various property interests in a given parcel of land, and to the provisions and the legislative intention of the *Indian Act* and regulations dealing with severance of interests in general, and of oil and gas in particular. From a practical perspective, it deprives the Indian people of the ability to deal with mineral interests in their reserves separate from the surface rights while retaining the significant protections of the *Indian Act*.

droits miniers n'étaient pas une «partie» d'une réserve? Par ailleurs, l'interprétation restrictive et formaliste de l'expression «partie de réserve» adoptée par le juge de première instance va à l'encontre du texte de la *Loi des Indiens*, et ne trouve pas appui dans le caractère incorporel du titre des Indiens. Elle est contraire à l'orientation générale de la loi — qui permet la séparation des divers droits fonciers sur une parcelle donnée — ainsi qu'aux dispositions et à l'objet de la *Loi des Indiens* et de son règlement d'application touchant la séparation des droits en général, tout particulièrement des droits pétroliers et gaziers. D'un point de vue pratique, une telle interprétation prive les Indiens de la possibilité de faire des opérations touchant les droits miniers afférents à leur réserve sans porter atteinte aux droits de superficie de celle-ci, tout en continuant de bénéficier des importantes mesures de protection qu'offre la *Loi des Indiens*.

71 Dealing first with the general policy of the law, the proposition that mineral rights cannot be severed from surface rights on reserve lands is novel. No authority is cited for it. The general rule is that mineral title can be severed from the realty and form the basis for a separate chain of title: *Berkheiser v. Berkheiser*, [1957] S.C.R. 387, at p. 395, *per* Kellock J.

Tout d'abord, en ce qui concerne l'orientation générale de la loi, l'argument que, dans le cas des terres constituant les réserves, les droits miniers ne peuvent pas être séparés des droits de superficie est une proposition nouvelle. Aucune jurisprudence n'est citée à l'appui de cette proposition. Selon la règle générale, le titre relatif aux minéraux peut être séparé du bien-fonds et constituer la base d'une chaîne de titres distincte: *Berkheiser c. Berkheiser*, [1957] R.C.S. 387, à la p. 395, les motifs du juge Kellock.

72 This might not be determinative if the nature of the Band's interests in land required a departure from the usual rule. But that is not the case. The trial judge's apparent assumption that the mineral interest in the reserve cannot be severed from the corporeal interest loses its force when it is realized that the only and entire interest of a band in a reserve is incorporeal. Even the right of the Band in the surface area of the reserve was not a corporeal property interest but rather a personal right guaranteed in perpetuity; for this reason it could not form the *res* of a trust according to the majority in *Guerin*. Indian title in reserves is *sui generis* in that it does not include the fee simple title but consists rather in a right of perpetual usufruct. This

Cette règle pourrait ne pas être déterminante si la nature des droits fonciers de la bande exigeait qu'on y déroge. Cependant, tel n'est pas le cas en l'espèce. L'hypothèse qu'a visiblement faite le juge de première instance et selon laquelle les droits miniers afférents à la réserve ne peuvent pas être séparés du droit corporel perd de sa valeur lorsqu'on se rend compte que le seul et unique droit que possède une bande à l'égard d'une réserve est incorporel. Même le droit de la bande à l'égard de la superficie de la réserve n'était pas un droit de propriété de nature corporelle mais plutôt un droit personnel garanti à perpétuité; pour cette raison, il ne pouvait constituer l'objet (*res*) d'une fiducie suivant les motifs des juges de la majorité

renders suspect the trial judge's conclusion that a "portion of a reserve" must include a physical piece of the realty.

The wording of the *Indian Act* and the regulations governing oil and gas which have been enacted under it, confirm that mineral rights in Indian reserves have consistently been viewed as capable of being transferred without transferring surface rights. Pursuant to the Act, Parliament early on introduced a separate regime governing mineral interests in Indian lands. In 1910 it passed the first regulations: *Regulations for the Disposal of Petroleum and Gas on the Indian Reserves in the Provinces of Alberta and Saskatchewan and the Northwest Territories*, May 17, 1910, Order in Council P.C. 987. This was followed in 1938 by a comprehensive scheme to regulate the leasing of Indian oil and gas interests pursuant to an amendment to the *Indian Act* authorizing the Governor in Council to make regulations in this respect, see: *An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1938, c. 31, s. 1; and *Regulations for the Disposal of Petroleum and Natural Gas Rights on Indian Reserves*, (1938) 72 Can. Gaz. 725.

More specifically, s. 50 of the Act and the regulations in place in 1938 confirm that in 1940, when the surrender of mineral rights at issue was made, it was possible to surrender mineral rights without surrendering surface title. Section 50 of the Act provides that no reserve "or portion of a reserve" can be sold or leased unless first surrendered to the Crown. Section 1(a) of the 1938 regulations confirms that oil and natural gas rights were viewed as "portion of a reserve" which might be surrendered, with or without surface rights. Section 1(a) requires that a statutory surrender be made before the regulations can be applied to Indian oil and gas

dans *Guerin*. Le titre des Indiens sur les réserves a un caractère *sui generis*, en ce sens qu'il ne comprend pas le titre en fief simple mais constitue plutôt un droit d'usufruit perpétuel. Cela jette des doutes sur la conclusion du juge de première instance qu'une «partie de réserve» doit comprendre une partie concrète du bien immeuble visé.

Le texte de la *Loi des Indiens* et son règlement d'application concernant le pétrole et le gaz confirment que l'on a toujours considéré que les droits miniers afférents aux réserves indiennes pouvaient être transférés indépendamment des droits de superficie. Comme l'y autorisait la Loi, le Parlement n'a pas mis de temps à établir un régime distinct visant à régir les droits miniers afférents aux terres indiennes. En 1910, il a pris le premier règlement à cet égard: *Regulations for the Disposal of Petroleum and Gas on the Indian Reserves in the Provinces of Alberta and Saskatchewan and the Northwest Territories*, 17 mai 1910, décret C.P. 987. Cette mesure a été suivie, en 1938, par l'établissement, conformément à une modification qui avait été apportée à la *Loi des Indiens* afin d'autoriser le gouverneur en conseil à prendre des règlements à ce sujet, d'un régime exhaustif visant à réglementer la location des droits pétroliers et gaziers des Indiens; voir: *Loi modifiant la Loi des Indiens*, S.C. 1938, ch. 31, art. 1; *Regulations for the Disposal of Petroleum and Natural Gas Rights on Indian Reserves*, (1938) 72 Can. Gaz. 725.

Plus particulièrement, l'art. 50 de la Loi ainsi que le règlement en vigueur en 1938 confirment qu'il était possible, en 1940, lors de la cession en cause des droits miniers, de céder des droits miniers sans céder le titre relatif aux droits de superficie. L'article 50 de la Loi indique qu'aucune réserve «ou portion de réserve» ne peut être vendue ou affermée à moins d'avoir été d'abord cédée à la Couronne. L'alinéa 1a) du règlement de 1938 confirme que les droits pétroliers et gaziers étaient considérés comme une [TRANSDUCTION] «partie de réserve» susceptible d'être cédée, avec ou sans les droits de superficie. De plus, l'al. 1a) exige qu'il y ait eu cession en vertu de la Loi pour que le règlement s'applique aux

interests and before oil and gas interests can be leased by the Crown:

1. (a) The petroleum and natural gas rights on any Indian Reserve in Canada may be leased to applicants at a rental of fifty cents an acre for the first year, and for each subsequent year a rental at the rate of one dollar an acre, payable yearly in advance, provided that such petroleum and natural gas rights have been released or surrendered to His Majesty in trust, in accordance with the provisions of Subsection One of Section 50 of the Indian Act . . . [Emphasis added.]

75

It is undisputed that the Band's 1940 surrender of its mineral rights precisely met the formal requirements of the surrender provisions of the 1927 *Indian Act*. The surrender was assented to by a majority as required by s. 51(1). This was certified on oath as required by s. 51(3), and the surrender was accepted by the Governor in Council as required by s. 51(4). The Order in Council P.C. 8939, November 19, 1941, which accepts the 1940 surrender of the mineral rights specifically references the statutory nature of the surrender and directs that the mineral rights be leased in accordance with the regulations:

His Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Mines and Resources, is pleased to accept the attached surrender, dated July 9, 1940, of the petroleum and natural gas and the mining rights in connection therewith on all that parcel or tract of land and premises situate, lying and being in the St. Johns Indian Reserve No. 172 in the Province of British Columbia . . . which has been duly executed in accordance with the provisions of the Indian Act and Regulations, by the members of the St. Johns Band of Indians in the said Province, in order that the said petroleum and natural gas and the mining rights in connection therewith may be leased for their benefit, and it is hereby accepted as provided in Section 51(4) of the Indian Act, Chapter 98, Revised Statutes of Canada 1927.

His Excellency in Council, on the same recommendation, and pursuant to the provisions of Section 54 of the said *Indian Act* is further pleased, hereby, to direct that the said petroleum and natural gas and the mining rights in connection therewith be leased as agreed upon, subject to the terms and conditions of the Regulations for the disposal of Petroleum and Natural Gas rights on Indian Reserves and subject further to the conditions of

droits pétroliers et gaziers des Indiens et que ces droits puissent être loués par la Couronne:

[TRADUCTION] a) Les droits au pétrole et au gaz naturel afférents à une réserve indienne au Canada peuvent être loués moyennant un loyer annuel de cinquante cents l'acre pour la première année et d'un dollar pour les années subséquentes, payable à l'avance, pourvu que les droits en question aient d'abord été cédés ou rétrocédés en fiducie à Sa Majesté conformément à l'article 50 de la Loi des Indiens . . . [Je souligne.]

Il n'est pas contesté que la cession par la bande, en 1940, de ses droits miniers respectait pleinement les exigences de forme prévues par les dispositions relatives aux cessions de la *Loi des Indiens* de 1927. Cette cession a été ratifiée par la majorité prévue au par. 51(1). Ce fait a été attesté sous serment conformément au par. 51(3), et la cession a été acceptée par le gouverneur en son conseil comme le prévoit le par. 51(4). Le décret C.P. 8939, daté du 19 novembre 1941, par lequel on a accepté la cession de 1940 des droits miniers, indique expressément qu'il s'agit d'une cession faite en vertu de la Loi et ordonne que les droits miniers soient loués conformément au règlement:

[TRADUCTION] Sur avis conforme du ministre des Mines et des Ressources, il plaît à Son Excellence le gouverneur général en conseil d'accepter l'acte de cession ci-annexé, daté du 9 juillet 1940, visant le pétrole, le gaz naturel et les droits miniers connexes, afférents à l'ensemble de cette parcelle ou étendue de terre se trouvant dans la réserve indienne n° 172 de St. Johns dans la province de la Colombie-Britannique [. . .] qui a été dûment passé conformément aux dispositions de la Loi des Indiens et de son règlement d'application, par les membres de la bande des Indiens de St. Johns dans ladite province, pour que le pétrole, le gaz et les droits miniers connexes puissent être affermé au profit de la bande, et il est accepté conformément au par. 51(4) de la Loi des Indiens, chapitre 98, Statuts révisés du Canada, 1927.

Conformément au même avis et à l'article 54 de la *Loi des Indiens*, il plaît aussi à Son Excellence en conseil d'ordonner que le pétrole, le gaz naturel et les droits miniers connexes soient affermé comme convenu, sous réserve des conditions prévues par le *Regulations for the Disposal of Petroleum and Natural Gas rights on Indian*

the said surrender and the provisions of Part One of the said Indian Act. [Emphasis added.]

The scheme of the Act and regulations, in 1938 as now, is clear. Indians may surrender mineral rights which in turn must be dealt with by the Crown according to the terms of the surrender. The statute and the regulations protect the Indians by requiring that the formalities of surrender be complied with before the mineral rights can be leased or otherwise dealt with. The result is beneficial to Indians, who are able to retain the surface rights so important to their sense of place and belonging, while profiting from the lease and sale of their mineral rights. Today, as in 1940, the vast majority of the oil and gas interests managed by the Crown on behalf of the Indians underlie reserves whose surface rights have not been surrendered to Crown. The suggestion that mineral title cannot be conveyed except in conjunction with surface rights undermines this statutory regime.

The second argument brought against the conclusion that the 1945 surrender did not include the Band's mineral rights is that the right to "resurrender" the mineral rights previously surrendered for a new purpose must be presumed. Otherwise, the 1940 surrender would preclude the Band from ever changing the terms of the trust, for example, to permit sale of the mineral rights instead of lease. My colleague Gonthier J. relies on this argument. He states that the 1927 Act is entirely silent on the subject of resurrender. With respect, this is incorrect. The Act does not permit resurrender. The Act only permits surrender of a "reserve" or "portion of a reserve" which has not been surrendered to the Crown. It does not allow for resurrender of "Indian lands" which has already been surrendered.

This does not mean, however, that an Indian band is forever bound by the terms of the initial

Reserves et ladite cession, et des dispositions de la partie I de la Loi des Indiens. [Je souligne.]

L'économie de la Loi et de son règlement d'application, tant en 1938 que de nos jours, est claire. Les Indiens peuvent céder des droits miniers, auquel cas la Couronne doit ensuite agir à l'égard de ces droits conformément aux conditions de la cession. La Loi et le règlement protègent les Indiens en exigeant le respect des formalités régissant les cessions avant que les droits miniers puissent être loués ou faire l'objet d'autres opérations. Cette situation est à l'avantage des Indiens, car ils peuvent ainsi conserver les droits de superficie, droits si importants pour leur sentiment d'enracinement et d'appartenance, et continuer de profiter des avantages découlant de la location ou de la vente de leurs droits miniers. De nos jours, comme en 1940, la vaste majorité des intérêts pétroliers et gaziers gérés par la Couronne pour le compte des Indiens se trouvent dans le sous-sol de réserves dont les droits de superficie n'ont pas été cédés à la Couronne. La thèse selon laquelle le titre relatif aux droits miniers ne peut être transféré qu'avec les droits de superficie sape le régime établi par la loi.

Suivant le deuxième argument formulé à l'encontre de la conclusion que la cession de 1945 n'incluait pas les droits miniers, il faut présumer l'existence d'un droit de «céder à nouveau», à une autre fin, les droits miniers déjà cédés. En l'absence d'un tel droit, la cession de 1940 aurait pour effet d'empêcher pour toujours la bande de modifier les conditions de la fiducie, par exemple pour permettre la vente des droits miniers plutôt que leur location. Mon collègue le juge Gonthier s'appuie sur cet argument. Il affirme que la Loi de 1927 ne traite pas de la possibilité de refaire cession. Avec égards, cette affirmation est inexacte. La Loi ne permet pas qu'il y ait une nouvelle cession. Elle ne permet que la cession d'une «réserve» ou d'une «partie de réserve» qui n'a pas été cédée à la Couronne. Elle ne permet pas de céder à nouveau des «terres indiennes» qui ont déjà été cédées.

Toutefois, cela ne veut pas dire que la bande indienne concernée est liée pour toujours par les

76

77

78

surrender and is incapable of varying the terms of a surrender. Joe Leask, a Crown witness and Director of Reserves and Trusts for Indian affairs, testified that the settled practice under the Act was that once land was surrendered, it could not be resurrendered unless the initial surrender was first revoked. When a change was sought in the terms of a surrender, the process used in the DIA required the Crown to revoke the original surrender and restore the previously surrendered "Indian lands" to the band, by way of an order in council. At this point the "Indian lands" once again became a "reserve" or "portion of a reserve", which could be surrendered on new terms pursuant to the Act. This administrative procedure allowed surrenders to be varied while retaining the provisions and protections of the *Indian Act*.

conditions de la cession initiale et qu'elle est incapable de les faire modifier. Joe Leask, témoin de la Couronne et directeur des réserves et des fidéicommis pour les Affaires indiennes, a déposé que, suivant la pratique établie en vertu de la Loi, une fois que des terres avaient été cédées, elles ne pouvaient pas être cédées à nouveau à moins d'annulation de la cession initiale. Lorsqu'on voulait modifier une cession, il fallait, conformément à la méthode appliquée par le MAI, que la Couronne annule la cession originale et remette à la bande, par décret, les «terres indiennes» cédées antérieurement. À ce moment-là, les «terres indiennes» redeviennent une «réserve» ou «partie de réserve», qui pouvait alors être cédée à de nouvelles conditions conformément à la Loi. Cette procédure administrative permettait de modifier les conditions des cessions, tout en maintenant l'application des dispositions de la *Loi des Indiens* et des mécanismes de protection prévus par celle-ci.

79

A third argument against the view that the 1940 surrender of mineral rights precluded their resurrender in 1945 asserts that the general language of the 1945 surrender constituted a revocation of the 1940 surrender and a resurrender of the mineral rights. Again, the argument is tenuous. To achieve a revocation of the 1940 surrender, according to the Crown witness Leask, a formal revocation document would have had to be executed by the Crown and approved by the Governor in Council, followed by a resurrender complying with the provisions of the Act. And even if these formalities could somehow be dispensed with, the Crown is faced by the fact that the mineral rights were not discussed in 1945, nor referred to in the 1945 document of surrender. To accept the Crown's argument would be to infer revocation of the 1940 surrender not from the words of the 1945 document, but from the absence of exclusionary words.

Dans un troisième argument présenté contre la thèse que la cession des droits miniers, en 1940, avait eu pour effet d'empêcher qu'ils soient cédés à nouveau en 1945, on faisait valoir que le libellé général de la cession de 1945 constituait une annulation de la cession de 1940 et une nouvelle cession des droits miniers. Encore une fois, il s'agit d'un argument plutôt faible. D'après Leask, le témoin de la Couronne, il aurait fallu, pour qu'il y ait annulation de la cession de 1940, qu'un acte formel d'annulation ait été passé par la Couronne et approuvé par le gouverneur en conseil, et qu'il y ait eu ensuite une nouvelle cession conforme aux dispositions de la Loi. D'ailleurs, même s'il avait été possible, d'une manière ou d'une autre, d'éviter ces formalités, la Couronne doit reconnaître que la question des droits miniers n'a pas été discutée en 1945 et que l'acte de cession de 1945 ne fait pas mention de ces droits. Accepter l'argument de la Couronne reviendrait à inférer l'annulation de la cession de 1940 non pas des termes mêmes du document de 1945, mais plutôt de l'absence de termes portant exclusion des droits miniers.

80

Before leaving my conclusion that the 1940 surrender of mineral rights precluded the resurrender of the mineral rights in 1945, I must deal with the

Avant de clore l'examen de ma conclusion que la cession des droits miniers en 1940 empêchait qu'ils soient cédés à nouveau en 1945, il me faut

comments of Gonthier J. with respect to it. Gonthier J. suggests that this argument is academic. In his view, the result in this case should not depend on "technical" interpretations of the *Indian Act* and rules of property transfer, but only on the intention of the Band in 1945. If the Band intended to transfer the mineral rights in 1945, then the mineral rights should be deemed to be transferred, in his view.

With respect, I cannot agree. My reasons are two. First, neither the 1940 transfer and the obligations the Crown incurred under it, nor the provisions of the *Indian Act* can be swept aside by some vague intention five years later. Second, the alleged intention, in my view, is not established.

If intention were all that mattered, there would be no purpose to the detailed provisions of the *Indian Act* and regulations under it regarding surrender, nor any substance to the fiduciary duty which the Crown assumed with respect to the Band's mineral rights when it accepted their surrender in 1940. It is not disputed that the property of Indians, like the property of any other person, must be dealt with according to law. The stark facts are that the Band conveyed the mineral rights in I.R. 172 to the Crown in 1940, on the trust that the Crown would lease those mineral rights for their benefit. With respect, I find it neither academic nor technical to suggest, that the 1940 surrender removed the mineral rights from I.R. 172, with the result that they could not pass when what remained of the Band's rights in I.R. 172 was surrendered in 1945.

The basic purpose of the surrender provisions of the *Indian Act* is to ensure that the intention of Indian bands with respect to their interest in their reserves be honoured. One must wonder why, if the Band intended to alter the terms of the 1940 conditional surrender to make an absolute surrender, it did not avail itself of the provisions of the *Indian Act* for the proper legal expression of that intention? One may also ask why, if it was the

répondre aux commentaires du juge Gonthier à ce sujet. Mon collègue affirme qu'il s'agit d'un argument théorique. À son avis, la solution du présent litige ne devrait pas dépendre d'interprétations «formalistes» de la *Loi des Indiens* et des règles régissant le transfert des biens fonciers, mais seulement de l'intention de la bande en 1945. De l'avis du juge Gonthier, si la bande entendait transférer les droits miniers en 1945, ces droits devraient alors être considérés comme ayant été transférés.

Avec égards, je ne puis accepter cette position, et ce pour deux motifs. Premièrement, ni le transfert de 1940 et les obligations en découlant pour la Couronne, ni les dispositions de la *Loi des Indiens* ne peuvent être écartés par quelque vague intention de la bande cinq ans plus tard. Deuxièmement, on n'a pas, à mon avis, établi l'intention alléguée.

Si l'intention était le seul facteur à prendre en considération, les dispositions détaillées de la *Loi des Indiens* et de son règlement d'application en ce qui concerne les cessions n'auraient aucun objet, et l'obligation de fiduciaire qu'a assumée la Couronne relativement aux droits miniers de la bande, lorsqu'elle a accepté la cession en 1940, serait dépourvue de tout fondement. Il n'est pas contesté que les biens des Indiens doivent, à l'instar de ceux appartenant à toute autre personne, être traités conformément à la loi. La réalité est que la bande a, en 1940, cédé en fiducie à la Couronne les droits miniers afférents à la R.I. 172 pour qu'elle les loue au profit de la bande. Avec égards, je suis d'avis qu'il n'est ni théorique ni formaliste d'affirmer que la cession de 1940 a eu pour effet de retrancher les droits miniers de la R.I. 172, et qu'en conséquence ces droits n'ont pu être transférés au moment de la cession, en 1945, des droits que détenait encore la bande sur la R.I. 172.

L'objet fondamental des dispositions de la *Loi des Indiens* relatives aux cessions est de faire en sorte que l'on respecte l'intention des bandes indiennes relativement à leurs droits sur les réserves. Si la bande entendait modifier les modalités de la cession conditionnelle de 1940 pour faire une cession absolue, il convient alors de se demander pourquoi elle n'a pas eu recours aux dispositions de la *Loi des Indiens* afin de réaliser con-

81

82

83

intention of the Band to surrender the mineral rights for purposes of sale in 1945, mineral rights were never discussed in the negotiations leading to the 1945 surrender?

84 Even assuming that an intention to transfer the mineral rights in 1945 could somehow sweep aside these problems, finding such an intention in 1945 is difficult. My colleague Gonthier J. asserts that the trial judge found as a fact that the Band intended to give up all rights in I.R. 172 forever in 1945. With respect, the trial judge's findings fall short of this.

85 The trial judge did not make an explicit finding of fact as to whether the Band gave full, free and informed consent to the surrender of the mineral rights in 1945. He began his discussion of this issue at p. 54 F.C. as follows:

Assuming for the moment that full, free and informed consent was given by the plaintiffs to the 1945 surrender, one would normally conclude on the mere reading of those two documents and failing evidence to the contrary, that it was intended by both parties on executing the 1945 surrender, that all of the property rights of the plaintiffs, including any property or other rights in minerals which they might possibly have were being surrendered for the purposes mentioned in that document, that is, for sale or lease by the Crown for the benefit of the Indians. [Emphasis added.]

The trial judge then continued to discuss the wording of the 1945 document and concluded that the wording of that document (by its failure to exclude the mineral rights) evidenced an intention of the Band to resurrender those rights on different terms. He somehow reached this conclusion in spite of his recognition at p. 64 F.C. that "[t]he legal effect could only be to grant or surrender whatever rights the plaintiffs had in I.R. 172." Clearly if the effect of the 1940 surrender was to sever mineral rights from the reserve then the legal effect of the 1945 surrender could not include those rights. He never

venablement cette intention sur le plan juridique. De même, si la bande avait l'intention, en 1945, de céder les droits miniers pour qu'ils soient vendus, il est également permis de se demander pourquoi on n'a jamais discuté de ces droits au cours des négociations qui ont abouti à la cession de 1945.

Même en supposant que l'intention de transférer les droits miniers en 1945 pourrait, de quelque manière, écarter ces problèmes, il est difficile de déceler l'existence d'une telle intention en 1945. Mon collègue le juge Gonthier affirme que le juge de première instance est arrivé à la conclusion de fait que la bande avait l'intention, en 1945, de renoncer pour toujours à ses droits afférents à la R.I. 172. Avec égards, les conclusions du juge de première instance ne vont pas jusque-là.

Le juge de première instance n'est pas spécifiquement arrivé à la conclusion de fait que la bande avait librement consenti, en toute connaissance de cause, à la cession des droits miniers en 1945. Voici comment il a commencé son analyse de la question à la p. 54 C.F.:

Si on présume pour l'instant que les demandeurs ont librement consenti, en toute connaissance de cause, à la cession effectuée en 1945, on pourrait normalement conclure à la simple lecture des deux documents, et en l'absence de preuve contraire, que les deux parties voulaient, en signant la cession de 1945, que tous les droits de propriété des demandeurs, y compris les droits de propriété ou autres droits qu'ils pouvaient posséder sur les minéraux de la réserve, soient cédés aux fins mentionnées dans cet acte, c'est-à-dire leur vente ou leur location par la Couronne pour le profit des Indiens. [Je souligne.]

Le juge de première instance a ensuite poursuivi l'examen du document de 1945 et il a conclu que ce document, de par son libellé (le fait qu'il n'excluait pas les droits miniers), attestait l'intention de la bande de céder à nouveau les droits en question, mais à des conditions différentes. Il est arrivé à cette conclusion même s'il avait reconnu, à la p. 64 C.F., que «[s]euls les droits que les demandeurs détenaient sur la R.I. 172 pouvaient être légalement cédés.» De toute évidence, si la cession de 1940 avait eu pour effet de retrancher les droits miniers de la réserve, celle de 1945 ne pouvait

returned to consider the validity of his initial assumption that full, free and informed consent was given by the Band.

It follows that the finding of the trial judge that the Band intended to give up all rights in I.R. 172 forever is a legal finding based on his reading of the wording of the 1945 surrender rather than a finding of fact based on the evidence presented at trial. In fact the only witness whose oral testimony with respect to the 1945 surrender was accepted by the trial judge testified: "No mention of mineral rights were made at the meeting" (p. 201 F.T.R.). Likewise, the notes of the Indian agent in Fort St. John, Galibois, indicate that no mention was made of mineral rights. At page 184 F.T.R., the trial judge states that "from and including the surrender in 1945 . . . mineral rights were never mentioned or considered either one way or the other". What the evidence does establish is that the Band was promised replacement reserves at the 1945 surrender meeting. It also establishes that the replacement reserves purchased for the Band did not include mineral rights.

While the reasons of my colleague Gonthier J. claim to reflect the intention of the Band, the only evidence on the record of an intention to vary the terms under which the Crown held the mineral rights is that they were not mentioned either at the meeting at which assent was given to the 1945 surrender nor in the 1945 surrender document. With respect, this constitutes a weak evidentiary basis on which to establish an intention which would have the effect of revoking or varying an explicit surrender on different terms to which full and informed consent was given. In fact, later in his reasons, my colleague accepts that in 1945 the Crown did not receive a clear mandate from the Band to sell the mineral rights.

In my opinion, we should not overturn a deliberately executed and statutorily authorized surrender

donc, sur le plan juridique, les inclure. Le juge de première instance n'a cependant jamais réexaminé la validité de son hypothèse initiale, savoir que la bande avait donné librement son consentement, en toute connaissance de cause.

Il s'ensuit que la conclusion du juge de première instance que la bande entendait renoncer pour toujours à tous ses droits afférents à la R.I. 172 est une conclusion de droit, fondée sur son interprétation du texte de l'acte de cession de 1945, plutôt qu'une conclusion de fait fondée sur la preuve présentée au procès. En fait, la seule personne dont le témoignage a été retenu par le juge de première instance a dit: [TRADUCTION] «Aucune allusion à des droits miniers n'a été faite à l'assemblée» (p. 201 F.T.R.). De même, les notes de l'agent des Indiens, Galibois, indiquent qu'il n'a pas été question des droits miniers. À la page 184 F.T.R., le juge de première instance affirme «qu'à compter de la cession en 1945 [. . .] on n'a jamais fait allusion d'une manière ou d'une autre aux droits miniers ou on n'a jamais examiné cette question». Ce qu'établit la preuve, toutefois, c'est que, à l'occasion de l'assemblée concernant la cession en 1945, on avait promis à la bande des terres pour remplacer sa réserve. La preuve établit également que les terres de remplacement achetées pour la bande n'incluaient pas les droits miniers.

Même si, dans ses motifs, mon collègue le juge Gonthier dit tenir compte de l'intention de la bande, la seule preuve au dossier de l'intention de modifier les conditions auxquelles la Couronne détenait les droits miniers est qu'il n'en a été question ni à l'assemblée au cours de laquelle on a consenti à la cession de 1945, ni dans l'acte constatant cette cession. Avec égards, cette preuve constitue un fondement plutôt faible pour étayer l'existence d'une intention qui aurait eu pour effet d'annuler ou de modifier une cession explicite, à des conditions différentes, auxquelles on aurait consenti librement et de manière éclairée. De fait, plus loin dans ses motifs, mon collègue reconnaît que la Couronne n'avait pas, en 1945, reçu de la bande le mandat clair de vendre les droits miniers.

À mon avis, nous ne devrions pas, en l'absence de preuve, invalider un acte de cession dûment

86

87

88

on the basis of no evidence. In determining something as nebulous as intention over 40 years later one must look to all available sources. Here the written source is silent where one would have expected clear wording to revoke the previous surrender and the oral testimony establishes that the issue was never even discussed. This cannot be evidence of intention and the Band should be entitled to the protection of the *Indian Act* and the common law which prevent the Crown from unilaterally changing the terms under which it held the property as fiduciary without obtaining the informed consent of the Band. In the words of Gonthier J., the DIA never received a clear mandate from the Band to sell the mineral rights. How then, one may ask, can one conclude that the Band intended that the mineral rights be surrendered for purposes of sale?

passé et autorisé par la loi. Lorsqu'il s'agit de déterminer quelque chose d'aussi nébuleux que l'intention, et ce plus de 40 ans après le fait, il faut examiner toutes les sources disponibles. En l'espèce, la preuve écrite est muette sur cette question, alors qu'on se serait attendu à ce que l'annulation de la cession précédente y soit constatée en termes clairs. De plus, les témoignages oraux établissent que cette question n'a même jamais été discutée. Cela ne peut constituer la preuve de l'intention, et la bande devrait pouvoir invoquer les mesures de protection prévues par la *Loi des Indiens* et la common law et qui ont pour effet d'empêcher la Couronne de modifier unilatéralement les conditions en vertu desquelles elle détenait les biens en qualité de fiduciaire, sans obtenir le consentement éclairé de la bande. Suivant les mots mêmes du juge Gonthier, le MAI n'a jamais reçu de la bande le mandat clair de vendre les droits miniers. Cela étant, comment peut-on conclure que la bande a eu l'intention de céder les droits miniers pour qu'ils soient vendus?

89 My colleague, Gonthier J. asserts that the 1945 surrender specifically included the mineral rights. He reaches this conclusion by importing the definition of "reserve" from the 1927 *Indian Act* into the 1945 surrender agreement. He notes that the statutory definition in s. 2(j) includes "minerals" and therefore that minerals were included in the 1945 surrender. With respect, this assertion conveniently overlooks the requirement in s. 2(j) that a reserve includes only that which "has not been surrendered to the Crown". Given the legitimacy of the 1940 surrender with respect to the mineral rights, which my colleague accepts, it would be more accurate to say that applying the statutory definition of "reserve" to the 1945 surrender would specifically exclude minerals from that surrender.

Mon collègue le juge Gonthier affirme que la cession de 1945 visait spécifiquement les droits miniers. Il arrive à cette conclusion en important dans l'acte de cession de 1945 la définition de «réserve» de la *Loi des Indiens* de 1927. Il signale que, comme la définition figurant à l'al. 2h) de la Loi vise les «minéraux», ceux-ci étaient visés par la cession de 1945. Avec égards, cette affirmation fait opportunément abstraction de l'exigence énoncée dans ce même alinéa et selon laquelle une réserve inclut uniquement ce qui «n'a pas été rétrocéd[é] à la Couronne». Compte tenu du caractère légitime de la cession des droits miniers en 1940, ce qu'admet mon collègue, il serait plus exact d'affirmer que l'application à la cession de 1945 de la définition de «réserve» figurant dans la Loi a plutôt pour effet d'en exclure spécifiquement les minéraux.

90 It should be remembered that this is not a case where an Indian band is arguing that the Crown's failure to follow the proper administrative procedures has thwarted its true intentions. Rather, this is a case where the Crown, as fiduciary, has acted in a manner not authorized by the original surren-

Il faut se rappeler qu'il ne s'agit pas d'une affaire où une bande indienne prétend que ses véritables intentions ont été contrecarrées par suite de l'omission de la Couronne de suivre la procédure administrative applicable. Au contraire, nous sommes plutôt en présence d'un cas où la Cou-

der under which it became the fiduciary of the property. If the Crown wished to gain a broader discretion with respect to the property that it held in a “trust-like” manner there were certain steps it was required to follow. These steps included informing the Band specifically of the Crown’s intention to alter the terms on which it held the mineral rights and following its own administrative procedures by revoking the 1940 surrender by order in council to allow for a new surrender in accordance with the *Indian Act*. Neither of these steps were taken here.

Gonthier J. suggests that the 1945 dealings may best be “characterized as a variation of a trust in Indian land” (para. 12), a concept of trust which we are told is not to be equated with a common law trust. Whatever the legal characteristics of the proposed “trust in Indian land”, it is difficult to see how it advances the case. The difficulties of applying trust principles directly to the *sui generis* Indian interest in their reserves point to the fact that it is better to stay within the protective confines of the *Indian Act*. The 1927 *Indian Act* contains provisions which regulate in some detail the manner in which Indians may surrender their reserves or interests in their reserves to the Crown. The formal surrender requirements contained in the *Indian Act* serve to protect the Indians’ interest by requiring that free and informed consent is given by a band to the precise manner in which the Crown handles property which it holds on behalf of the Band. The Act also recognizes the Indians as autonomous actors capable of making decisions concerning their interest in reserve property and ensures that the true intent of an Indian Band is respected by the Crown. No matter how appealing it may appear, this Court should be wary of discarding carefully drafted protections created under validly enacted legislation in favour of an *ad hoc*

ronne, en tant que fiduciaire, a agi d’une manière qui n’était pas autorisée par la cession originale en vertu de laquelle elle était devenue fiduciaire des biens visés. Si la Couronne souhaitait obtenir un pouvoir discrétionnaire plus grand à l’égard des biens qu’elle détenait selon une formule «semblable à une fiducie», certaines étapes devaient être suivies. Parmi ces étapes, mentionnons l’obligation de la Couronne d’informer expressément la bande de son intention de modifier les conditions auxquelles la Couronne détenait les droits miniers, ainsi que l’obligation de cette dernière de suivre sa propre procédure administrative et d’annuler, par décret, la cession de 1940, afin de permettre l’accomplissement d’une nouvelle cession conforme à la *Loi des Indiens*. Ni l’une ni l’autre de ces étapes n’ont été suivies en l’espèce.

Le juge Gonthier affirme que la meilleure façon de décrire les opérations de 1945 est de les «qualifier de modification d’une fiducie visant des terres indiennes» (par. 12), forme de fiducie qui, de poursuivre le juge, ne doit pas être assimilée à une fiducie en common law. Quelles que soient les caractéristiques juridiques de la notion de «fiducie visant des terres indiennes» que l’on propose, il est difficile de voir en quoi cela aide à trancher le pourvoi. Les difficultés que soulève le fait d’appliquer directement les principes du droit des fiducies au droit *sui generis* des Indiens sur leurs réserves indiquent qu’il vaut mieux s’en tenir aux mécanismes de protection prévus par la *Loi des Indiens*. La *Loi des Indiens* de 1927 renferme des dispositions qui réglementent de manière assez détaillée la façon dont les Indiens peuvent céder à la Couronne leurs réserves ou leurs droits sur celles-ci. Les formalités touchant les cessions qui sont établies par la Loi visent à protéger les droits des Indiens en exigeant que la bande concernée consente, de manière libre et éclairée, à la façon précise dont la Couronne prend charge du bien qu’elle détient pour le compte de la bande. La Loi reconnaît également que les Indiens sont des acteurs autonomes, capables de prendre des décisions relativement aux droits qu’ils détiennent sur leur réserve, et elle fait en sorte que la Couronne respecte l’intention véritable des bandes indiennes. Aussi attirante que puisse paraître une telle solution, notre Cour doit

approach based on novel analogies to other areas of the law.

prendre garde de ne pas écarter des mécanismes de protection soigneusement créés en vertu de lois valablement édictées, pour leur substituer une méthode *ad hoc* fondée sur des analogies nouvelles, établies avec d'autres domaines du droit.

92

I conclude that the 1940 surrender of the mineral rights was a valid surrender of a portion of the reserve which converted that portion into "Indian lands". By the definition of the Act, a reserve cannot include what has already been surrendered. It follows that the 1945 surrender of the reserve could not include the mineral rights as a matter of law and according to the wording and the statutory scheme of the *Indian Act*. I conclude that the 1945 surrender had no effect on the mineral rights. The Crown continued to hold them in trust for the Band on terms that they be leased for the welfare of the Band.

Je conclus que la cession des droits miniers en 1940 était une cession valide d'une partie de la réserve, et qu'elle a eu pour effet de faire de la portion ainsi cédée des «terres indiennes». De par la définition de la Loi, une réserve ne peut pas comprendre ce qui a déjà été cédé. Il s'ensuit que, tant en droit que d'après le texte et l'économie de la *Loi des Indiens*, la cession de la réserve en 1945 ne pouvait pas inclure les droits miniers. Je conclus que la cession de 1945 n'a eu aucun effet sur les droits miniers. La Couronne a continué de les détenir en fiducie pour la bande, aux fins de les louer pour le bien-être de celle-ci.

(c) Did the Transfer of the Mineral Rights in 1948 Constitute a Breach of Fiduciary Duty?

(c) Le transfert des droits miniers en 1948 a-t-il constitué un manquement à l'obligation de fiduciaire?

93

Until 1948 the DIA held the surface rights and the mineral rights in trust for the Indians, pursuant to the surrenders of 1945 and 1940 respectively. In 1948, after concluding negotiations for the reserve, it assigned the land to the DVLA. The assignment did not reserve out mineral rights despite the fact that the Crown had no right to sell them under the terms of the 1940 surrender and s. 54 of the Act, and despite the fact that they had not been mentioned in the negotiations leading to the sale and appear to have played no role in determining the price paid. Since the transfer to the DVLA did not reserve out the mineral rights, and since the DIA had always held legal title to both the mineral rights and the surface rights, the transfer must be taken to have legally passed the mineral rights as well as the surface rights: *Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Canada* (1889), 14 A.C. 295 (P.C.). So the DVLA, without ever having sought them, found itself in possession of the mineral rights. The DVLA in turn passed the mineral rights on to the veterans as they met the terms of their agreements for sale, in the form of original Crown grants, pursuant to s. 5(2) of *The*

Jusqu'en 1948, le MAI a détenu en fiducie pour les Indiens les droits de superficie et les droits miniers, conformément aux cessions de 1945 et de 1940 respectivement. En 1948, au terme de négociations visant la réserve, le MAI a cédé les terres au DTAC. L'acte de transfert ne réservait pas les droits miniers, malgré le fait, d'une part, que la Couronne n'avait pas, en vertu des conditions de la cession de 1940 et des dispositions de l'art. 54 de la Loi, le droit de les vendre, et, d'autre part, que ces droits n'avaient pas été mentionnés durant les négociations ayant abouti à la vente et qu'ils ne semblent pas avoir eu quelque influence dans la détermination du prix payé. Comme l'acte de transfert au DTAC ne réservait pas les droits miniers et que le MAI n'avait jamais cessé de détenir le titre légal à la fois aux droits miniers et aux droits de superficie, le transfert doit être considéré comme ayant eu pour effet de transporter légalement les droits miniers ainsi que les droits de superficie: *Attorney-General of British Columbia c. Attorney-General of Canada* (1889), 14 A.C. 295 (C.P.). Ainsi, le DTAC s'est retrouvé en possession des droits miniers sans les avoir jamais

Veterans' Land Act, 1942 (later R.S.C. 1952, c. 280, s. 5(3)).

Years later, wonderment persisted as to why the mineral rights had been passed to the DVLA. The wonderment was understandable given the well-known policy of the DIA to reserve out mineral rights and the fact that the only interest of the DVLA was to obtain land for agricultural purposes, not to enrich veterans through procuring mineral rights for them. The best explanation of how the mineral rights came to be transferred to the DVLA appears to lie in simple inadvertence. Thus, in 1961 District Solicitor A. F. McWilliams wrote to the Director of Veteran's Affairs as follows:

It has been known here The Director, The Veterans' Land Act is the owner of the mineral rights underlying the Fort St. John Indian Reserve. It has always been a mystery to the writer how he acquired these mineral rights, and our file on the Fort St. John Indian Reserve does not disclose how this came about. We would be interested to know, therefore, under what arrangement did The Director, The Veterans' Land Act acquire the mineral rights under the Fort St. John Indian Reserve. [Emphasis added.]

The reply from H. R. Holmes, the Superintendent of the Securities and Property Division of the Department of Veterans' Affairs reads as follows:

1. I think the simple answer to your query of June 14th is that the reason we acquired the mineral rights when we acquired the surface rights is because the Letters Patent which issued did not reserve the mines and minerals.

2. The chief and principal men of the St. John Beaver Band of Indians executed a Surrender dated the 22nd of September, 1945, and the Governor in Council by Order in Council P.C. 6506 dated the 16th day of October, 1945, accepted the Surrender and authorized the Minis-

demandés. À son tour, il les a transportés aux anciens combattants, dès que ceux-ci avaient satisfait aux conditions de leur acte de vente respectif qui prenait la forme de concession primitive accordée par la Couronne, conformément au par. 5(2) de la *Loi de 1942 sur les terres destinées aux anciens combattants* (plus tard S.R.C. 1952, ch. 280, par. 5(3)).

Bien des années plus tard, on se demandait encore pourquoi les droits miniers avaient été transférés au DTAC. Cet étonnement était compréhensible compte tenu de la politique notoire du MAI qui était de réserver les droits miniers en cas de cession et du fait que le DTAC désirait seulement obtenir des terres à des fins agricoles et non enrichir les anciens combattants en leur procurant des droits miniers. Il semble que la meilleure façon d'expliquer le transfert des droits miniers au DTAC est de considérer qu'il s'est agi d'une simple inadvertence. D'ailleurs, en 1961, le procureur de district, A. F. McWilliams, a écrit ce qui suit au Directeur des Affaires des anciens combattants:

[TRADUCTION] Nous savons que le Directeur de la Loi sur les terres destinées aux anciens combattants est propriétaire des droits miniers afférents au sous-sol de la réserve indienne de Fort St. John. Je me suis toujours demandé comment il avait acquis ces droits miniers, et notre dossier sur la réserve indienne de Fort St. John ne révèle pas comment cela s'est produit. Nous serions par conséquent intéressés de savoir de quelle façon le Directeur de la Loi sur les terres destinées aux anciens combattants a acquis ces droits miniers. [Je souligne.]

Voici la réponse qu'a donnée H. R. Holmes, surintendant de la Division des propriétés et valeurs du ministère des Affaires des anciens combattants:

[TRADUCTION]

1. Je pense que la réponse à votre demande de renseignements du 14 juin est tout simplement que nous avons acquis les droits miniers en même temps que les droits de superficie, en raison du fait que les lettres patentes délivrées à cette fin ne réservaient pas les mines et les minéraux.

2. Le chef et les principaux membres masculins de la bande indienne des Castors de St. John ont signé un acte de cession daté du 22 septembre 1945, et le gouverneur en conseil a, par le décret C.P. 6506 daté du 16 octobre 1945, accepté la cession et autorisé le ministre des

ter of Mines and Resources [under which Ministry the DIA existed at the time] to sell or lease the said lands subject to the conditions of the Surrender and the provisions of the Indian Act. During purchase negotiations with Indian Affairs, there was no reference, to the best of my knowledge and belief, to the question of mineral rights. As I have already said, the mines and minerals, either deliberately or inadvertently, were not reserved with the result that we acquired them. I think possibly the failure to reserve the sub-surface rights was inadvertent. [Emphasis added.]

Mines et Ressources [ministère dont relevait le MAI à l'époque] à vendre ou à louer lesdites terres sous réserve des conditions de la cession et des dispositions de la Loi des Indiens. Durant les négociations avec les Affaires indiennes relativement à l'achat, il n'a pas été question, autant que je sache, des droits miniers. Comme je l'ai dit plus tôt, qu'il se soit agi d'une décision délibérée ou d'une inadvertance, les mines et les minéraux n'ont pas été réservés, de sorte que nous les avons acquis. Il est possible, selon moi, que l'omission de réserver les droits relatifs au sous-sol de la réserve résulte d'une inadvertance. [Je souligne.]

95 There exist two grounds for arguing that transfer of the minerals to the DVLA in 1948 constituted a breach of fiduciary duty by the Crown. The first argument is that the transfer breached the 1940 surrender of the minerals, which restricted the DIA to leasing them for the benefit of the Band. A fiduciary is at very least bound to adhere to the terms of the instrument which bestows his powers and creates the trust.

Deux arguments permettent de prétendre que le transfert des minéraux au DTAC en 1948 a constitué un manquement aux obligations de fiduciaire de la Couronne. Le premier argument est que ce transfert a violé les conditions de la cession des droits miniers réalisée en 1940, cession en vertu de laquelle le MAI n'était autorisé qu'à louer les droits en question au profit de la bande. Un fiduciaire est à tout le moins tenu de respecter les dispositions de l'acte qui lui confère ses pouvoirs et crée la fiducie.

96 In any event, even if one were to accept for the sake of the argument that the 1945 surrender revoked the 1940 surrender of mineral rights, the 1945 surrender still imposed an obligation on the Crown to lease or sell in the best interests of the Band. This would leave for consideration the argument that the Crown breached its fiduciary obligations by transferring the mineral rights to the DVLA in 1948, because transfer rather than reservation for future leasing was contrary to the best interests of the Indians.

Quoi qu'il en soit, même si on accepte, pour les fins de la discussion, l'argument que la cession de 1945 a eu pour effet d'annuler celle des droits miniers en 1940, la Couronne avait toujours, aux termes de la cession de 1945, l'obligation de vendre ou de louer les terres visées dans l'intérêt de la bande. Il reste alors à examiner l'argument voulant que, en transférant les droits miniers au DTAC en 1948, la Couronne a manqué à son obligation de fiduciaire, parce que la décision de transférer ces droits plutôt que de les réserver en vue de leur location dans le futur n'était pas dans l'intérêt des Indiens.

97 The trial judge rejected this argument on the ground that it was not foreseeable in 1948 that the mineral rights could have any value (at p. 49 F.C.):

Le juge de première instance a rejeté cet argument pour le motif qu'il était impossible, en 1948, de prévoir que les droits miniers pourraient prendre quelque valeur (à la p. 49 C.F.):

I find that, taking into account the fiduciary relationship then existing between Her Majesty the Queen and the plaintiffs, none of her officers, servants or agents, exercising due care, consideration and attention in the discharge of those fiduciary duties, could reasonably be expected to have anticipated at any time during 1948 or previously that there would be any real value attached to

J'estime que, si on tient compte du rapport fiduciaire liant alors Sa Majesté la Reine aux demandeurs, on ne pouvait raisonnablement s'attendre à ce qu'aucun des fonctionnaires, préposés ou mandataires de cette dernière, exerçant toute la prudence et l'attention voulues dans l'exécution de ses obligations fiduciaires, ait pu prévoir à quelque moment que ce soit, en 1948 ou avant,

potential mineral rights under I.R. 172 or that there would be any reasonably foreseeable advantage in retaining them.

The finding of the trial judge that the Crown could not have known in 1948 that the mineral rights might possess value flies in the face of the evidence on record. Accordingly, this is one of those rare cases where departure from a trial judge's finding may be warranted.

The Crown's own prior experience sufficed to establish that the mineral rights had actual and potential value. After taking the surrender in 1940, it issued a permit for prospecting for oil and gas on the property. The 1940 permit alone was worth \$1,800, a not insignificant sum given that the annual interest of 5 percent on the \$70,000 purchase price for the surface rights yielded about \$3,500.

Moreover, the Crown had much earlier realized the potential value of mineral rights and routinely excluded them from its grants. As early as 1919, in *The Soldier Settlement Act, 1919*, S.C. 1919, c. 71, the federal Crown had reserved out mines and minerals from land grants to returning veterans. The *Dominion Lands Act*, R.S.C. 1927, c. 113, covering all federal land on the Prairies and in the Peace River District did the same. Provinces adopted the same policy. For example, the B.C. *Land Act*, R.S.B.C. 1924, c. 131, ss. 119 and 120, reserved mineral rights to the B.C. Crown on all grants of provincial lands. As a result, the new reserves obtained for the Band in 1950 did not include mineral rights.

If more were required, events close in time to 1948 reveal that these particular mineral rights might have considerable value, if only from the

que les droits miniers éventuels afférents à la R.I. 172 auraient une valeur réelle ou qu'il y aurait un avantage raisonnablement prévisible à conserver ces droits.

La constatation du juge de première instance que la Couronne ne pouvait pas savoir, en 1948, que les droits miniers pourraient avoir de la valeur est incompatible avec la preuve figurant au dossier. Par conséquent, nous sommes en présence d'un des rares cas où il est justifié d'écarter une constatation du juge de première instance.

Les expériences antérieures de la Couronne à cet égard permettaient à elles seules de savoir que les droits miniers avaient une valeur à la fois concrète et potentielle. Après avoir conclu la cession en 1940, la Couronne a délivré un permis de prospection pétrolière et gazière sur le bien-fonds. Le permis de 1940 valait à lui seul 1 800 \$, somme non négligeable puisque l'intérêt annuel de 5 pour 100 obtenu sur la somme de 70 000 \$, qui constituait le prix d'achat des droits de superficie, rapportait environ 3 500 \$.

En outre, la Couronne avait déjà pris conscience, bien longtemps auparavant, de la valeur qu'étaient susceptibles de prendre les droits miniers, et, en conséquence, elle les excluait habituellement des concessions qu'elle accordait. Dès 1919, dans la *Loi d'établissement des soldats, 1919*, S.C. 1919, ch. 71, la Couronne fédérale se réservait les mines et les minéraux dans les concessions de terres accordées aux anciens combattants démobilisés. La *Loi des terres fédérales*, S.R.C. 1927, ch. 113, faisait de même à l'égard de toutes les terres fédérales dans les Prairies et dans le district de la rivière de la Paix. Les provinces appliquaient la même politique. Par exemple, la *Land Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1924, ch. 131, art. 119 et 120, réservait les droits miniers à la Couronne de la Colombie-Britannique dans toutes les concessions de terres provinciales. Par conséquent, les nouvelles terres acquises pour la bande en 1950 n'incluaient pas les droits miniers.

Si tant est que cela était nécessaire, des événements survenus aux environs de 1948 indiquaient que les droits miniers en cause pouvaient avoir une

98

99

100

101

point of view of revenues from exploration rights. In 1949 interest in further exploration on the land for oil and gas gave rise to negotiations which resulted in a pooling agreement by the veterans in 1952. The Department of Mines and Minerals noted in its 1949 recommendation that gas had been discovered (in 1948) 40 miles south of the reserve and that detailed geological exploration of the reserve was in order. In view of the fact that the 1952 lease was in the same terms as the 1940 lease, the trial judge's suggestion that the 1952 lease constituted the first evidence that the mineral rights could be potentially valuable is difficult to understand. Equally inexplicable is the trial judge's emphasis on the fact that oil was not discovered on the land until 1976 and then only by chance. Those observations do not negate the clear evidence that the potential value of the mineral rights was apparent at a much earlier date. In so far as he confused potential with actual value, the trial judge erred.

valeur considérable, ne serait-ce que du point de vue des revenus émanant des droits d'exploration. En 1949, l'intérêt manifesté en vue de la poursuite de l'exploration des terres visées pour y chercher du pétrole et du gaz donna lieu à des négociations qui aboutirent à la conclusion par les anciens combattants, en 1952, d'un accord de mise en commun. Le ministère des Mines et des Minéraux a noté, dans sa recommandation de 1949, que du gaz avait été découvert (en 1948) à 40 milles au sud de la réserve et qu'il convenait de procéder à une exploration géologique minutieuse de la réserve. Comme les conditions du bail de 1952 étaient les mêmes que celles du bail de 1940, il est difficile de comprendre comment le juge de première instance peut dire que le bail de 1952 constituait le premier élément de preuve indiquant que les droits miniers pouvaient avoir une certaine valeur. Tout aussi inexplicable est l'insistance du juge de première instance sur le fait que ce n'est qu'en 1976 que du pétrole a été découvert sur les terres visées, et encore là, par hasard seulement. Ces observations n'ont pas pour effet de réfuter la preuve manifeste que la valeur potentielle des droits miniers était évidente bien avant cette date. Dans la mesure où il a confondu valeur potentielle et valeur réelle, le juge de première instance a commis une erreur.

102

Secondly, the trial judge's inference from low value of the absence of a duty to reserve the mineral from the 1948 transfer is suspect. If indeed the mineral rights had minimal sale value in 1948, it does not follow that a prudent person would give them away. It is more logical to argue that since nothing could be obtained for them at the time, and since it would cost nothing to keep them, they should be kept against the chance, however remote, that they might acquire some value in the future. The wisdom of the latter course is demonstrated by the Crown's policy with respect to its own mineral rights; it reserved them to itself, regardless of actual value. It lies ill in the mouth of the Crown to argue that it should have done less

Deuxièmement, l'inférence du juge de première instance que, en raison de la faible valeur des droits miniers, il n'y avait aucune obligation de les réserver à l'occasion du transfert de 1948, est douteuse. Si, de fait, les droits miniers n'avaient qu'une valeur de vente minimale en 1948, il ne s'ensuit pas qu'une personne prudente en aurait fait cadeau pour autant. Il est plus logique de prétendre que, comme on ne pouvait rien en tirer à l'époque et qu'il n'en coûtait rien pour les conserver, il fallait les garder au cas où par l'effet de quelque chance, si mince soit-elle, ils prendraient une certaine valeur par la suite. La sagesse de cette dernière solution ressort de la politique de la Couronne à l'égard de ses propres droits miniers. En effet, celle-ci réservait ses droits, indépendamment de leur valeur réelle au moment pertinent. La Couronne est malvenue d'affirmer qu'elle était tenue à

with the property entrusted to it as fiduciary to lease for the welfare of the Band.

The trial judge's emphasis on the apparent low value of the mineral rights suggests an underlying concern with the injustice of conferring an unexpected windfall on the Indians at the Crown's expense. This concern is misplaced. It amounts to bringing foreseeability into the fiduciary analysis through the back door. This constitutes an error of law. The beneficiary of a fiduciary duty is entitled to have his or her property restored or value in its place, even if the value of the property turns out to be much greater than could have been foreseen at the time of the breach: *Hodgkinson v. Simms*, *supra*, at p. 440, *per* La Forest J.

The matter comes down to this. The duty on the Crown as fiduciary was "that of a man of ordinary prudence in managing his own affairs": *Fales v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302, at p. 315. A reasonable person does not inadvertently give away a potentially valuable asset which has already demonstrated earning potential. Nor does a reasonable person give away for no consideration what it will cost him nothing to keep and which may one day possess value, however remote the possibility. The Crown managing its own affairs reserved out its minerals. It should have done the same for the Band.

(d) Conclusions on Post-surrender Duty and Breach with Respect to Mineral Rights

I conclude that the 1940 surrender of the mineral rights imposed a fiduciary duty to the Band with respect to the mineral rights under the terms of the 1940 surrender, and that the DIA breached this duty by conveying the mineral rights to the DVLA.

moins en ce qui concerne le bien qui, en sa qualité de fiduciaire, lui avait été confié pour qu'elle le loue pour le bien-être de la bande.

L'insistance du juge de première instance sur la valeur apparemment peu élevée des droits miniers tend à indiquer qu'il craint qu'il y ait injustice à accorder, aux frais de la Couronne, des profits inattendus aux Indiens. Cette crainte est déplacée, car elle revient à introduire subrepticement le critère de la prévisibilité dans l'analyse concernant l'obligation de fiduciaire. Ceci constitue une erreur de droit. Le bénéficiaire d'une obligation de fiduciaire a droit à ce qu'on lui rende son bien ou la valeur de ce bien, et ce même si cette valeur se révèle beaucoup plus élevée que ce qu'il était possible de prévoir au moment du manquement à l'obligation: *Hodgkinson c. Simms*, précité, à la p. 440, le juge La Forest.

Voilà à quoi se résume la question. En tant que fiduciaire, la Couronne avait l'obligation d'agir avec le soin et la diligence «qu'un bon père de famille apporte à l'administration de ses propres affaires»: *Fales c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302, à la p. 315. Une personne raisonnable ne se départit pas par inadvertance d'un bien qui peut avoir de la valeur et dont la capacité de produire un revenu a déjà été démontrée. Une personne raisonnable ne se départit pas non plus, sans contrepartie, d'un bien qui ne lui coûte rien à conserver et qui, aussi mince que cette possibilité puisse être, pourrait un jour avoir de la valeur. Dans la gestion de ses propres affaires, la Couronne réservait ses droits miniers. Elle aurait dû faire de même pour la bande.

d) Les conclusions sur l'obligation relative aux droits miniers et postérieure à la cession et sur le manquement à cette obligation

Je conclus que la cession des droits miniers en 1940 a eu pour effet d'imposer, conformément aux conditions de l'acte de cession, une obligation de fiduciaire envers la bande relativement aux droits miniers, et que le MAI a manqué à cette obligation en transférant les droits miniers au DTAC.

103

104

105

(4) *Limitations Issues*

106 The Crown argues that if it breached its fiduciary duty to the Band, by conveying the reserve to the DVLA, the action on the breach is statute-barred. The Bands dispute this contention.

107 Section 38(1) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, which applies to this litigation (now R.S.C., 1985, c. F-7, s. 39(1)), adopts the limitations legislation in place in the province where the cause of action arose. The relevant legislation in British Columbia is the *Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 236 (previously S.B.C. 1975, c. 37). Section 8 of that Act places a general ultimate 30-year limitation on any action: no action may be brought after the expiration of 30 years from the date on which the right to do so arose. In addition, s. 3(2) fixes a 10-year limitation on actions for breach of trust, and s. 3(4) places a 6-year limitation on actions which are not listed in the Act. There is no specific limitation in the Act on claims for breach of fiduciary duty. The 6- and 10-year limitations, but not the general 30-year ultimate limitation, may be postponed in certain circumstances. It is important to determine whether these limitations will affect recovery by the plaintiffs.

(a) The Sale of Surface Rights

108 I earlier concluded that no breach of duty with respect to the sale of the surface rights has been proven. If it had been, it would be statute-barred, because the sale to the DVLA took place in March 1948, 30 years and 6 months prior to the filing of this claim in September 1978.

(4) *Les questions relatives à la prescription des réclamations*

La Couronne prétend que si elle a manqué à son obligation de fiduciaire envers la bande en cédant la réserve au DTAC, l'action relative à ce manquement est prescrite. La bande conteste cette prétention.

Le paragraphe 38(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10 (maintenant L.R.C. (1985), ch. F-7, par. 39(1)), qui s'applique au présent litige, précise que ce sont les règles de droit relatives à la prescription en vigueur dans la province où la cause d'action a pris naissance qui s'appliquent. En Colombie-Britannique le texte de loi pertinent est la *Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 236 (auparavant S.B.C. 1975, ch. 37). L'article 8 de cette loi fixe un délai général et final de prescription de 30 ans applicable à toute action: aucune action ne peut être intentée après l'expiration d'un délai de 30 ans qui commence à courir à compter de la date où le droit de le faire a pris naissance. De plus, le par. 3(2) fixe un délai de prescription de 10 ans à l'égard des actions pour abus de confiance («*breach of trust*»), et le par. 3(4) un délai de prescription de 6 ans à l'égard des actions qui ne sont pas énumérées dans la Loi. Aucun délai de prescription particulier n'est fixé à l'égard des réclamations pour manquement à une obligation de fiduciaire. Il est possible, dans certaines circonstances, de reporter le moment où commencent à courir les délais de prescription de 6 et 10 ans, mais non le délai général et final de 30 ans. Il est important de déterminer si ces délais de prescription influenceront sur le droit des demandeurs d'obtenir réparation.

a) La vente des droits de superficie

J'ai conclu précédemment que, en ce qui concerne la vente des droits de superficie, aucun manquement à une obligation n'avait été prouvé. D'ailleurs, même si une telle preuve avait été faite, la demande à ce titre aurait été prescrite étant donné que la vente au DTAC a eu lieu en mars 1948, soit 30 ans et 6 mois avant le dépôt de la présente action en septembre 1978.

(b) The Mineral Rights Claims

I earlier concluded that the Crown breached its fiduciary duty to the Band by inadvertently transferring the mineral rights to the DVLA, which in turn transferred them to the veterans who ultimately took up the reserve land. The Crown argues that since the inadvertent transfer was made in March 1948, the action for this breach is barred by the 30-year limitation period.

Against this, the Bands argue that the 1948 transfer to the DVLA was not a transfer at all, but merely an administrative allocation within the bosom of the unified Crown. Thus, the Crown's fiduciary duty continued, although it was transferred for administrative purposes to the DVLA after 1948. Consequently, the cause of action did not arise until the land was alienated from the DVLA to the veterans.

I cannot accept this argument. Although the transfer was from one Crown entity to another, it remained a transfer and an alienation of title. First, the transfer converted the Band's interest from a property interest into a sum of money, suggesting alienation. Second, the continuing fiduciary duty proposed for the DVLA is problematic from a practical point of view. Any duty would have applied, at least in theory, both to the mineral rights and the surface rights. Each sale to a veteran would have required the DVLA to consider not only those matters he was entitled to consider under his Act, but sometimes conflicting matters under the *Indian Act*. This would have made the sale in 1948 pointless from the DVLA's point of view and have rendered it impossible to administer. Moreover, it is not clear that the DVLA had any knowledge of the fiduciary obligations which bound the DIA. In fact, the DVLA and the DIA acted at arms length throughout, as was appropriate given the different interests they represented and the different mandates of their statutes. In summary, the crystallization of the property interest into a monetary sum and the practical consider-

(b) Les réclamations visant les droits miniers

J'ai conclu, plus tôt, que la Couronne a manqué à son obligation de fiduciaire envers la bande en transférant par inadvertance les droits miniers au DTAC qui, à son tour, les a transférés aux anciens combattants qui se sont finalement établis sur les terres de la réserve. La Couronne fait valoir que, comme le transfert effectué par inadvertance est survenu en mars 1948, l'action relative à ce manquement est prescrite en raison de l'écoulement du délai de prescription trentenaire.

À l'encontre de cet argument, les bandes allèguent que le transfert de 1948 au DTAC ne constituait aucunement un transfert, mais simplement une affectation de nature administrative au sein de la Couronne unifiée, et donc que l'obligation de fiduciaire de la Couronne a continué d'exister, quoiqu'elle ait été transférée au DTAC, à des fins administratives, après 1948. Par conséquent, la cause d'action n'aurait pris naissance qu'au moment de l'aliénation des terres aux anciens combattants par le DTAC.

Je ne puis accepter cet argument. Même s'il s'agissait d'un transfert entre entités de la Couronne, il y avait néanmoins transfert et aliénation de titre. Premièrement, le transfert a eu pour effet de convertir le droit foncier de la bande en argent, fait qui tend à indiquer qu'il y a eu aliénation. Deuxièmement, l'argument voulant que l'obligation de fiduciaire ait continué d'exister et que le DTAC en ait été débiteur soulève un problème d'ordre pratique. Une telle obligation se serait appliquée, du moins en théorie, tant aux droits miniers qu'aux droits de superficie. À l'occasion de chaque vente à un ancien combattant, le DTAC aurait dû prendre en considération non seulement les facteurs dont il pouvait tenir compte en vertu de sa Loi habilitante, mais également, dans certains cas, d'autres facteurs incompatibles avec les premiers et prévus par la *Loi des Indiens*. Cette situation aurait rendu la vente de 1948 futile du point de vue du DTAC, en plus de rendre impossible l'administration des terres visées. Qui plus est, il n'est pas évident que le DTAC était au courant des obligations de fiduciaire qui liaient le MAI. De fait, le DTAC et le MAI ont agi tout au long des

109

110

111

ations negating a duty in the DVLA toward the Band negate the suggestion that the 1948 transfer changed nothing and that the real alienation came later.

négociations dans des conditions de pleine concurrence, attitude appropriée vu les intérêts opposés qu'ils représentaient et les mandats différents qui leur étaient confiés par leur loi habilitante respective. En résumé, la transformation du droit foncier en somme d'argent ainsi que les considérations d'ordre pratique faisant obstacle à l'existence d'une obligation du DTAC envers la bande réfutent l'argument que le transfert de 1948 n'avait rien changé et que la véritable aliénation n'est survenue que plus tard.

112 An alternative argument, not considered below, is that the Crown had a statutory ability under s. 64 of the 1927 *Indian Act* to revoke any sale or lease issued in error or mistake, and that it was under a duty to exercise this power to correct the erroneous transfer of the mineral rights to the DVLA. Section 64 empowered the DIA to revoke erroneous sales or leases from the DIA to third parties:

64. If the Superintendent General is satisfied that any purchaser or lessee of any Indian lands, or any person claiming under or through him, has been guilty of any fraud or imposition, or has violated any of the conditions of the sale or lease, or if any such sale or lease has been made or issued in error or mistake, he may cancel such sale or lease and resume the land therein mentioned, or dispose of it as if no sale or lease thereof had ever been made. [Emphasis added.]

Un autre argument, qui n'a pas été examiné devant les juridictions inférieures, est que la Couronne avait, en vertu de l'art. 64 de la *Loi des Indiens* de 1927, le pouvoir d'annuler les ventes ou affermage conclus par méprise ou par erreur, et qu'elle avait l'obligation d'exercer ce pouvoir pour corriger le transfert des droits miniers accordé par erreur au DTAC. L'article 64 habilitait le MAI à annuler les ventes ou affermage conclus par erreur avec des tiers par le MAI:

64. Si le surintendant général s'est assuré qu'un acquéreur ou affermataire de terres indiennes, ou qu'un individu revendiquant du chef de ce dernier ou par son fait, s'est rendu coupable de fraude ou de supercherie, ou a enfreint quelqu'une des conditions de la vente ou de l'affermage, ou si quelque vente a été faite ou si quelque affermage a été accordé par méprise ou par erreur, il peut annuler cette vente ou cet affermage et reprendre possession de la terre y mentionnée, ou en disposer comme si cette vente ou cet affermage n'eût jamais eu lieu. [Je souligne.]

113 The Crown argues that s. 64 does not apply because the mineral rights were not transferred in error. The evidence does not support this contention. As discussed earlier, the transfer has never been described as intentional and has generally been attributed to inadvertence. This constitutes "error or mistake" within s. 64.

La Couronne affirme que l'art. 64 ne s'applique pas parce que les droits miniers n'ont pas été transférés par erreur. La preuve n'appuie pas cette affirmation. Comme il a été indiqué précédemment, le transfert n'a jamais été qualifié d'intentionnel, mais il a généralement été imputé à une inadvertence. Cela constitue une «méprise ou [une] erreur» au sens de l'art. 64.

114 It follows that the DIA had the power to revoke the inadvertent, erroneous grant of the mineral rights to the DVLA up to the time they were transferred to veterans. The remaining questions are whether the DIA was under a duty to use this

Il s'ensuit que le MAI avait le pouvoir d'annuler le transfert des droits miniers qui avait été fait par erreur, en l'occurrence par inadvertence, au DTAC, et ce jusqu'au transfert de ces droits aux anciens combattants. Il reste à déterminer, d'une part, si le

power to revoke the transfer, and how this affects the timing of a breach of fiduciary duty.

In my view, the DIA was under a duty to use this power to rectify errors prejudicing the interests of the Indians as part of its ongoing fiduciary duty to the Indians. The fiduciary duty associated with the administration of Indian lands may have terminated with the sale of the lands in 1948. However, an ongoing fiduciary duty to act to correct error in the best interests of the Indians may be inferred from the exceptional nature of s. 64. That section gave the DIA the power to revoke erroneous grants of land, even as against *bona fide* purchasers. It is not unreasonable to infer that the enactors of the legislation intended the DIA to use that power in the best interests of the Indians. If s. 64 above is not enough to establish a fiduciary obligation to correct the error, it would certainly appear to do so, when read in the context of jurisprudence on fiduciary obligations. Where a party is granted power over another's interests, and where the other party is correspondingly deprived of power over them, or is "vulnerable", then the party possessing the power is under a fiduciary obligation to exercise it in the best interests of the other: *Frame v. Smith, supra, per Wilson J.*; and *Hodgkinson v. Simms, supra*. Section 64 gave to DIA power to correct the error that had wrongly conveyed the Band's minerals to the DVLA. The Band itself had no such power; it was vulnerable. In these circumstances, a fiduciary duty to correct the error lies.

The DIA's duty was the usual duty of a fiduciary to act with reasonable diligence with respect to the Indians' interest. Reasonable diligence required that the DIA move to correct the erroneous transfer when it came into possession of facts suggesting

MAI avait l'obligation d'exercer ce pouvoir afin d'annuler le transfert, et, d'autre part, de quelle manière cela influe sur le moment où serait survenu un manquement à l'obligation de fiduciaire.

À mon avis, le MAI était tenu d'exercer ce pouvoir pour corriger les erreurs qui portaient préjudice aux intérêts des Indiens vu l'obligation de fiduciaire continue qu'il avait envers ces derniers. Même si l'obligation de fiduciaire touchant l'administration des terres des Indiens a pu cesser au moment de la vente des terres en 1948, on peut néanmoins inférer du caractère exceptionnel de l'art. 64 le maintien d'une obligation de fiduciaire d'agir dans l'intérêt des Indiens afin de corriger une erreur. Cette disposition conférait au MAI le pouvoir d'annuler le transfert de terres en cas d'erreur, même à l'égard d'acheteurs de bonne foi. Il n'est pas déraisonnable d'inférer que le législateur voulait que le MAI exerce ce pouvoir dans l'intérêt des Indiens. Si le texte précité de l'art. 64 ne suffit pas à établir l'existence d'une obligation de fiduciaire de corriger l'erreur, il paraît certainement avoir cet effet lorsqu'on l'interprète en corrélation avec la jurisprudence sur les obligations de fiduciaire. Lorsqu'une partie se voit conférer certains pouvoirs touchant les droits d'une autre partie et que cette dernière se voit privée des pouvoirs en question ou est «vulnérable», la première partie, celle qui détient les pouvoirs, a l'obligation de fiduciaire de les exercer dans l'intérêt de l'autre: *Frame c. Smith, précité, le juge Wilson*; et *Hodgkinson c. Simms, précité*. L'article 64 conférait au MAI le pouvoir de corriger l'erreur qui avait eu pour conséquence de transférer à tort au DTAC les droits miniers de la bande. La bande elle-même ne possédait pas ce pouvoir; elle était vulnérable. Dans de telles circonstances, il existe une obligation de fiduciaire de corriger l'erreur.

L'obligation du MAI était celle qui incombe habituellement à un fiduciaire, c'est-à-dire l'obligation de faire montre de diligence raisonnable à l'égard du droit en cause des Indiens. Pour s'acquitter de cette obligation de diligence raisonnable, le MAI devait prendre les mesures requises pour corriger le transfert fait par erreur, lorsqu'il a pris connaissance de faits tendant à indiquer qu'il y

115

116

error and the potential value of the minerals that it had erroneously transferred.

117

As of July 15, 1949, the DIA was incontrovertibly in possession of information that I.R. 172 had mineral value potential as determined by the Crown's own officials. On July 12, 1949, acting on the assumption that the DIA still owned the mineral rights, Mr. Allan, the Superintendent of Reserves and Trusts, who had been approached by an oil company, requested advice from the Department of Mines and Resources as to whether exploration on I.R. 172 was appropriate. The answer sent on July 15, 1949 is worth quoting:

Natural gas has recently been discovered about 40 miles to the southeast of the St. John Indian Reserve.

In view of this fact and as there has been no detailed geological exploration of this area and more geological information is desirable it is recommended that the Reserve be made available for permit under the Regulations.

According to the letter from Allan to Galibois on August 3, 1949 the exploration revenues would be \$1,800. That letter requests Galibois to get the necessary surrender from the Band (still assuming mineral rights held by the Band). On August 9, 1949 Galibois informed Allan by letter that I.R. 172 had been sold (with the minerals) to the DVLA. In the months that followed, the DIA responded to the DVLA's concerns as to the validity of its title to the mineral rights by confirming that the mineral rights had indeed been passed to the DVLA in 1948. The DIA took no action to have the transfers set aside, as it could have under s. 64 of the *Indian Act*.

118

I conclude that the Crown, having first breached its fiduciary duty to the Indians by transferring the minerals to the DVLA, committed a second breach by failing to correct the error on August 9, 1949 when it learned of the error's existence and the potential value of the mineral rights.

avait eu une erreur et que les droits miniers transférés à tort avaient une certaine valeur potentielle.

Le 15 juillet 1949, le MAI était indiscutablement en possession de renseignements indiquant que la R.I. 172 avait un potentiel minier, ainsi que l'avaient déterminé les propres employés de la Couronne. Le 12 juillet 1949, présumant que le MAI était toujours propriétaire des droits miniers, M. Allan, surintendant des réserves et des fidéicomis, auprès de qui une société pétrolière avait fait des démarches, a demandé au ministère des Mines et des Ressources s'il ne convenait pas d'explorer la R.I. 172. La réponse, expédiée le 15 juillet 1949, vaut d'être citée:

[TRADUCTION] On a récemment découvert du gaz naturel à environ 40 milles au sud-est de la réserve indienne de St. John.

Compte tenu de ce fait et du fait qu'il n'y a pas eu d'exploration géologique détaillée de cette région et qu'il est souhaitable de recueillir davantage de données géologiques, il est recommandé de délivrer, en vertu de la réglementation applicable, des permis d'exploration visant la réserve.

D'après la lettre datée du 3 août 1949 expédiée par Allan à Galibois, les revenus d'exploration s'élèveraient à 1 800 \$. Dans cette lettre, on demandait à Galibois d'obtenir de la bande la cession nécessaire (toujours à partir de l'hypothèse que les droits miniers étaient détenus par la bande). Le 9 août 1949, Galibois a informé Allan, par lettre, que la R.I. 172 avait été vendue (avec les minéraux) au DTAC. Dans les mois qui ont suivi, le MAI a répondu aux préoccupations exprimées par le DTAC quant à la validité de son titre sur les droits miniers et lui a confirmé que ces droits avaient bel et bien été transférés au DTAC en 1948. Le MAI n'a pris aucune mesure pour faire annuler les transferts, comme il aurait pu le faire en vertu de l'art. 64 de la *Loi des Indiens*.

Je conclus que la Couronne, qui avait initialement manqué à son obligation de fiduciaire envers les Indiens en transférant les minéraux au DTAC, a commis un deuxième manquement en omettant de corriger l'erreur en question le 9 août 1949, lorsqu'elle a appris l'existence de cette erreur et de la valeur potentielle des droits miniers.

This action was filed on September 18, 1978. Any losses stemming from transfers after August 9, 1949, are therefore still permissible under the s. 8 general limitation. As of this date, 6.75 sections of the 31 transferred to the DVLA remained in the hands of the DVLA. Had the DIA discharged its duty to the Indians, the mineral title would have been returned to them. Instead, mineral title was passed on to the veterans, and in the case of 2.5 sections, directly conveyed to oil companies to the credit of the Consolidated Revenue Fund.

The remaining issue is whether those claims regarding mineral rights which survive the 30-year limitation period are barred by other limitation periods. The parties treated this action as falling under s. 3(4) of the B.C. *Limitation Act* which prescribes a 6-year limitation for "[a]ny other action not specifically provided for". I am content to do the same.

Clearly the action, commenced in 1978, falls well beyond 6 years from the agreements for sale with the veterans, which took place between 1948 and 1956. However, that is not the end of the matter. Section 6(3) of the *Limitation Act* provides:

6. . . .

(3) The running of time with respect to the limitation periods fixed by this Act for an action

. . . .

(e) in which material facts relating to the cause of action have been wilfully concealed;

. . . .

is postponed and time does not commence to run against a plaintiff until . . . those facts within his means of knowledge are such that a reasonable man, knowing those facts and having taken the appropriate advice a reasonable man would seek on those facts, would regard those facts as showing that

La présente action a été déposée le 18 septembre 1978. Toutes les pertes découlant des transferts faits après le 9 août 1949 donnent donc ouverture à action compte tenu du délai de prescription général prévu par l'art. 8. À cette date, 6,75 des 31 lots transférés au DTAC étaient encore entre les mains de ce dernier. Si le MAI s'était acquitté de son obligation envers les Indiens, le titre relatif aux droits miniers leur aurait été remis. Au contraire, ce titre a plutôt été transféré aux anciens combattants et, dans le cas de 2,5 lots, il a été cédé directement à des sociétés pétrolières, et le produit de la cession a été porté au crédit du Trésor.

Il reste à se demander si les réclamations concernant les droits miniers qui subsistent à l'application du délai de prescription trentenaire ne sont pas prescrites par d'autres délais. Les parties ont considéré que la présente action est visée par le par. 3(4) de la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique, qui fixe un délai de prescription de 6 ans à l'égard de [TRADUCTION] «[t]oute autre action non expressément prévue». Je me borne à faire de même.

Il est évident que l'action qui a été intentée en 1978, dépasse de beaucoup le délai de 6 ans qui a commencé à courir à compter des conventions de vente conclues avec les anciens combattants entre 1948 et 1956. Toutefois, cela ne met pas fin pour autant à la question. En effet, le par. 6(3) de la *Limitation Act* précise ce qui suit:

[TRADUCTION] 6. . . .

(3) Le délai de prescription fixé par la présente loi à l'égard d'une action concernant

. . . .

e) des faits importants se rapportant à la cause d'action qui ont délibérément été dissimulés;

. . . .

ne commence à courir qu'au moment où [. . .] les faits, qu'il [le demandeur] est en mesure de connaître, sont tels qu'une personne raisonnable, connaissant ces faits et ayant reçu les conseils appropriés qu'une personne raisonnable aurait demandés à leur égard, estimerait qu'ils montrent:

119

120

121

- (i) an action on the cause of action would, apart from the effect of the expiration of a limitation period, have a reasonable prospect of success; and
- (j) the person whose means of knowledge is in question ought, in his own interests and taking his circumstances into account, to be able to bring an action.

This section and its equivalents elsewhere embrace a broad definition of discoverability: see *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6. The facts in the case at bar fall within it. Until approached by a member of the DIA in 1977, the Bands were ignorant of critical facts in the exclusive possession of the Crown: the fact that the mineral rights were transferred to the DVLA for no consideration; the fact that the DVLA had no right to that transfer; and the fact that the Crown had in its possession knowledge of its error and the potential value of the mineral rights while it was still within its power to rectify the error. The Bands became aware of the true facts only in 1977, placing their writ well within the applicable limitation period of 6 years.

- i) qu'une action fondée sur la cause d'action aurait, si ce n'était de l'expiration du délai de prescription, des chances de succès raisonnables,
- j) que la personne qui est en mesure de connaître les faits devrait, dans son propre intérêt et compte tenu des circonstances, être capable d'intenter une action.

Ce paragraphe et les dispositions équivalentes applicables ailleurs sont fondées sur une définition libérale de la notion de découverte du préjudice: voir l'arrêt *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6. Les faits de la présente espèce entrent dans le champ d'application de cette définition. Jusqu'à ce qu'un fonctionnaire du MAI communique avec elles en 1977, les bandes n'étaient pas au courant de faits essentiels que la Couronne était la seule à connaître: savoir que les droits miniers avaient été transférés au DTAC sans contrepartie, que le DTAC n'avait pas droit à ce transfert et que la Couronne était au courant de son erreur et de la valeur potentielle des droits miniers, alors qu'elle avait encore le pouvoir de corriger cette erreur. Comme les bandes n'ont appris les faits véritables qu'en 1977, leur action a été intentée bien à l'intérieur du délai de prescription de 6 ans applicable.

122

Other arguments, neither presented nor considered below, were presented by the Bands and interveners in support of relaxing or not applying the limitation periods prescribed by the *Limitation Act* of British Columbia. I find them unpersuasive in the context of this case and consider them no further.

III. Conclusion

123

I would allow the appeal and set aside the judgments below. The Bands are entitled to damages against the Crown for breach of fiduciary duty with respect to such mineral rights as were conveyed by agreement for sale after August 9, 1949. I would also allow the cross-appeal, for the reasons given above. I would award costs to the appellants on the appeal. Since the cross-appeal was as to rea-

Les bandes et les intervenants ont avancé d'autres arguments, qui n'ont pas été présentés et examinés devant les juridictions inférieures et qui visent à obtenir l'assouplissement ou la non-application des délais de prescription prévus par la *Limitation Act* de la Colombie-Britannique. Comme je ne considère pas les arguments convaincants dans le contexte du présent pourvoi, je ne m'y attarderai pas davantage.

III. Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'annuler les décisions des juridictions inférieures. Les bandes ont droit à des dommages-intérêts de la part de la Couronne par suite du manquement de celle-ci à l'obligation de fiduciaire qui lui incombait relativement aux droits miniers qui ont été cédés par actes de vente après le 9 août 1949. Je suis également d'avis, pour les motifs qui précèdent, d'accueillir le pourvoi incident. J'accorderais aux appelants leurs dépens dans le cadre du pourvoi. Comme le pourvoi incident ne portait que sur les

sons only and did not affect the result, I would make no order of costs on the cross-appeal.

Appeal allowed with costs and cross-appeal allowed.

Solicitors for the appellants: Mandell, Pinder, Vancouver.

Solicitor for the respondent: George Thomson, Ottawa.

Solicitors for the interveners the Musqueam Nation and Ermineskin Tribal Council: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Solicitors for the interveners Chief Abel Bosum et al. and Chief Terry Buffalo et al.: O'Reilly & Associés, Montreal.

Solicitors for the intervener the Assembly of First Nations: Scott & Ayles, Ottawa.

motifs et n'a pas influencé l'issue du pourvoi, je ne rendrais aucune ordonnance concernant les dépens du pourvoi incident.

Pourvoi accueilli avec dépens et pourvoi incident accueilli.

Procureurs des appelants: Mandell, Pinder, Vancouver.

Procureur de l'intimée: George Thomson, Ottawa.

Procureurs des intervenants la Nation Musqueam et le Conseil tribal Ermineskin: Blake, Cassels & Graydon, Vancouver.

Procureurs des intervenants le chef Abel Bosum et autres et le chef Terry Buffalo et autres: O'Reilly & Associés, Montréal.

Procureurs de l'intervenante l'Assemblée des premières nations: Scott & Ayles, Ottawa.



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, 1995 Vol. 4

3^e cahier, 1995 Vol. 4

Cited as [1995] 4 S.C.R. 411-596

Renvoi [1995] 4 R.C.S. 411-596

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISELE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1996.

CONTENTS

A. (LL.) v. B. (A.) 536

Jurisdiction — Supreme Court of Canada — Interlocutory judgment at trial — Third party seeking to appeal that judgment — Whether or not Supreme Court of Canada had jurisdiction to hear appeal — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 2(1), 40(1).

Criminal law — Evidence — Privilege — Medical files and records — Allegation of sexual assault — Complainant counselled by institutions with specialties in sexual assault — Accused demanding production of all records — Whether or not documents subject to class privilege or meeting requirements for ad hoc production — Whether or not production should be ordered, and if so ordered, its nature and extent — Whether or not production infringing Charter right to privacy — Whether or not production infringing Charter right to equality of the sexual assault complainant — Whether or not production infringing accused's Charter rights to a fair trial and to

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISELE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

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

SOMMAIRE

A. (LL.) c. B. (A.) 536

Compétence — Cour suprême du Canada — Jugement interlocutoire au procès — Tiers cherchant à faire appel du jugement — La Cour suprême du Canada a-t-elle compétence pour entendre l'appel? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 2(1), 40(1).

Droit criminel — Preuve — Privilège — Dossiers médicaux — Allégation d'agression sexuelle — Plaignante ayant consulté des établissements spécialisés dans les agressions sexuelles — Accusé demandant la production de tous les dossiers — Les documents font-ils l'objet d'un privilège générale ou satisfont-ils aux exigences d'une production ad hoc? — Y a-t-il lieu d'ordonner la production et, dans l'affirmative, quelles en sont la nature et l'étendue? — La production viole-t-elle le droit à la protection de la vie privée garanti par la Charte? — La production viole-t-elle le droit de la victime d'agression sexuelle à l'égalité garantie par la Charte? — La

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

full answer and defence — Proper balancing of Charter rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 15.

P. (M.) v. L.B. (G.) 592

Family law — Custody — Variation — Custodial parent breaching child residency clause in agreement for corollary relief — Application for change of custody by non-custodial parent — Best interests of the child — Evidence.

R. v. O'Connor 411

Criminal law — Evidence — Disclosure — Accused charged with sexual offences — Defence counsel obtaining pre-trial order requiring Crown to disclose complainants' entire medical, counselling and school records — Trial judge ordering stay of proceedings owing to non-disclosure and late disclosure by Crown — Court of Appeal allowing Crown's appeal and ordering new trial — Whether stay of proceedings appropriate remedy for non-disclosure by Crown of information in its possession.

Criminal law — Evidence — Medical and counselling records — Procedure to be followed where accused seeks production of records in hands of third parties.

SOMMAIRE (Fin)

production viole-t-elle les droits de l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière? — Pondération des droits garantis par la Charte — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 15.

P. (M.) c. L.B. (G.) 592

Droit de la famille — Garde d'enfant — Changement — Non-respect par le gardien de l'enfant de la clause du lieu de résidence de l'enfant incluse dans la convention sur les mesures accessoires — Requête en changement de garde présentée par le parent non gardien — Intérêt de l'enfant — Preuve.

R. c. O'Connor 411

Droit criminel — Preuve — Divulgence — Accusé inculpé d'agressions sexuelles — Obtention par l'avocat de la défense préalablement au procès d'une ordonnance enjoignant au ministère public de divulguer l'ensemble des dossiers médicaux, socio-psychologiques et scolaires des plaignantes — Arrêt des procédures ordonné par le juge du procès en raison de la non-divulgence et de la divulgation tardive par le ministère public — Appel du ministère public accueilli par la Cour d'appel et tenue d'un nouveau procès ordonnée — L'arrêt des procédures est-il la réparation convenable pour la non-divulgence par le ministère public de renseignements en sa possession?

Droit criminel — Preuve — Dossiers médicaux et socio-psychologiques — Procédure à suivre lorsque l'accusé demande la production de dossiers en la possession de tiers.

Hubert Patrick O'Connor *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General for Ontario, the Aboriginal Women's Council, the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the DisAbled Women's Network of Canada, the Women's Legal Education and Action Fund, the Canadian Mental Health Association and the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law *Interveners*

INDEXED AS: R. v. O'CONNOR

File No.: 24114.

1995: February 1; 1995: December 14.

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 — Evidence — Disclosure — Accused charged with sexual offences — Defence counsel obtaining pre-trial order requiring Crown to disclose complainants' entire medical, counselling and school records — Trial judge ordering stay of proceedings owing to non-disclosure and late disclosure by Crown — Court of Appeal allowing Crown's appeal and ordering new trial — Whether stay of proceedings appropriate remedy for non-disclosure by Crown of information in its possession.

Criminal law — Evidence — Medical and counselling records — Procedure to be followed where accused seeks production of records in hands of third parties.

Hubert Patrick O'Connor *Appelant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général de l'Ontario, l'Aboriginal Women's Council, l'Association canadienne des centres contre le viol, le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, l'Association canadienne de la santé mentale et la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. c. O'CONNOR

N° du greffe: 24114.

1995: 1^{er} février, 1995: 14 décembre.

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 — Preuve — Divulgence — Accusé inculpé d'agressions sexuelles — Obtention par l'avocat de la défense préalablement au procès d'une ordonnance enjoignant au ministère public de divulguer l'ensemble des dossiers médicaux, socio-psychologiques et scolaires des plaignantes — Arrêt des procédures ordonné par le juge du procès en raison de la non-divulgence et de la divulgation tardive par le ministère public — Appel du ministère public accueilli par la Cour d'appel et tenue d'un nouveau procès ordonné — L'arrêt des procédures est-il la réparation convenable pour la non-divulgence par le ministère public de renseignements en sa possession?

Droit criminel — Preuve — Dossiers médicaux et socio-psychologiques — Procédure à suivre lorsque l'accusé demande la production de dossiers en la possession de tiers.

The accused was charged with a number of sexual offences. Defence counsel obtained a pre-trial order requiring that the Crown disclose the complainants' entire medical, counselling and school records and that the complainants authorize production of such records. The Crown applied to a different judge for directions regarding the disclosure order and for the early appointment of a trial judge. After a trial judge had been appointed, the Crown again sought directions regarding the disclosure order. By this time many of the impugned records had come into its possession. The trial judge made it clear that he was to be provided promptly with therapy records relating to all four complainants. The accused later applied for a judicial stay of proceedings based on non-disclosure of several items. Crown counsel submitted that the two Crown prosecutors were handling the case from different cities, and that there were difficulties concerning communication and organization. She asserted that the non-disclosure of some of the medical records was due to inadvertence on her part, and that she had "dreamt" the transcripts of certain interviews had been disclosed. She submitted that uninhibited disclosure of medical and therapeutic records would revictimize the victims, and suggested that the disclosure order exhibited gender bias. The trial judge dismissed the application for a stay, finding that the failure to disclose certain medical records had been an oversight. He noted, however, that the letters written by Crown counsel to the counsellors had unacceptably limited the scope of the disclosure to only those portions of the records which related directly to the incidents involving the accused. This resulted in the full therapy records not being disclosed to the defence until just before the trial. He concluded that while the conduct of the Crown was "disturbing", he did not believe that there was a "grand design" to conceal evidence, nor any "deliberate plan to subvert justice". In light of the difficulties encountered during discovery, Crown counsel then agreed to waive any privilege with respect to the contents of the Crown's file and to prepare a binder in relation to each of the complainants containing all information in the Crown's possession relating to each of them. On the second day of the trial, counsel for the accused made another application for a judicial stay of proceedings based largely on the fact that the Crown was still unable to guarantee to the accused that full disclosure had been made. The trial judge stayed proceedings on all four counts. He noted the constant intervention required by the court to ensure full compliance with the disclosure order and found that the Crown's earlier conduct had created "an aura" that had pervaded and ultimately destroyed the case. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal and directed a new trial.

L'accusé a été inculpé d'infractions d'ordre sexuel. L'avocat de la défense a obtenu préalablement au procès une ordonnance enjoignant au ministère public de divulguer l'ensemble des dossiers médicaux, socio-psychologiques et scolaires des plaignantes et à ces dernières d'autoriser la production de ces dossiers. Le ministère public s'est adressé à un autre juge afin d'obtenir des directives concernant l'ordonnance de divulgation et de faire désigner promptement un juge pour la tenue du procès. Après la désignation d'un juge pour présider le procès, le ministère public a de nouveau sollicité des directives concernant l'ordonnance de divulgation. À ce stade, bon nombre des dossiers en question étaient déjà en sa possession. Le juge du procès a été clair: les dossiers médicaux concernant les quatre plaignantes devaient lui être fournis rapidement. L'accusé a ensuite présenté une requête en arrêt des procédures en se fondant sur la non-divulgation de plusieurs documents. Le substitut du procureur général a soutenu que deux substituts du procureur général agissaient pour la poursuite à partir de villes différentes et que cela posait des difficultés sur le plan de la communication et de l'organisation. Elle a affirmé que la non-divulgation de quelques-uns des dossiers médicaux était due à une inadvertance de sa part et qu'elle avait «rêvé» que la transcription de certaines entrevues avaient été divulguée. Elle a plaidé que la divulgation sans restriction des dossiers médicaux et des dossiers thérapeutiques victimiserait à nouveau les victimes et elle a soutenu que l'ordonnance de divulgation relevait de la discrimination fondée sur le sexe. Le juge du procès a rejeté la requête en arrêt des procédures, concluant que le défaut de divulguer certains dossiers médicaux était une inadvertance. Il a toutefois noté que les lettres écrites par le substitut du procureur général aux conseillers socio-psychologiques avaient limité de façon inacceptable la portée de la divulgation aux seules parties des dossiers se rapportant directement aux incidents impliquant l'accusé, avec le résultat que les dossiers thérapeutiques complets n'ont été divulgués à la défense que juste avant le procès. Le juge a conclu que, bien que la conduite du ministère public fût «troublante», il ne croyait pas en l'existence d'un «grand projet» visant à dissimuler des éléments de preuve ni en celui d'un «plan délibéré de subversion de la justice». Compte tenu des difficultés rencontrées à l'étape de la divulgation, le substitut du procureur général a alors consenti à renoncer à tout privilège quant au contenu du dossier du ministère public et à préparer, dans le cas de chacune des plaignantes, un cahier qui contiendrait tous les renseignements en la possession du ministère public relativement à chacune d'entre elles. Le deuxième jour du procès, le procureur de l'accusé a présenté une autre requête en arrêt des procédures en se fondant principale-

This appeal raises the issues of (1) when non-disclosure by the Crown justifies an order that the proceedings be stayed and (2) the appropriate procedure to be followed when an accused seeks production of documents such as medical or therapeutic records that are in the hands of third parties.

Held (Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

(1) *Stay of Proceedings*

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: There is no need to maintain any type of distinction between the common law doctrine of abuse of process and *Charter* requirements regarding abusive conduct. Where an accused seeks to establish that non-disclosure by the Crown has violated s. 7, he or she must establish that the impugned non-disclosure has, on the balance of probabilities, prejudiced or had an adverse effect on his or her ability to make full answer and defence. Such a determination requires reasonable inquiry into the materiality of the non-disclosed information. Inferences or conclusions about the propriety of the Crown's conduct or intention are not necessarily relevant to whether or not the accused's right to a fair trial is infringed. The focus must be primarily on the effect of the impugned actions on the fairness of the trial. Once a violation is made out, the court must fashion a just and appropriate remedy, pursuant to s. 24(1). Where the adverse impact upon the accused's ability to make full answer and defence is curable by a disclosure order, then such a remedy, combined with an adjournment where necessary to enable defence counsel to review the disclosed information, will generally be appropriate. There may, however, be exceptional situations where, given the advanced state of the proceedings, it is simply not possible to remedy the prejudice. In those "clearest of cases", a stay of proceedings will be appropriate. When choosing a remedy for a non-disclosure that has violated s. 7, the court should also consider whether the Crown's breach of its disclosure obligations has violated fundamental principles underlying the community's

ment sur le fait que le ministère public ne pouvait toujours pas garantir à l'accusé qu'il y avait eu divulgation complète. Le juge du procès a arrêté les procédures relativement aux quatre chefs d'accusation. Il a constaté que la cour avait dû intervenir constamment pour faire respecter intégralement l'ordonnance de divulgation et il a conclu que la conduite antérieure du ministère public avait créé «un climat» qui avait imprégné l'affaire et l'avait finalement minée. La Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public et ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le présent pourvoi soulève les questions de savoir (1) quand la non-divulgation de documents par le ministère public justifie une ordonnance d'arrêt des procédures et (2) quelle est la procédure appropriée lorsqu'un accusé demande la production de documents tels les dossiers médicaux ou thérapeutiques en la possession de tiers.

Arrêt (le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

(1) *L'arrêt des procédures*

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Il n'y a pas lieu de maintenir quelque genre de distinction que ce soit entre la doctrine de l'abus de procédures reconnue en common law et les exigences de la *Charte* en ce qui concerne la conduite abusive. Lorsque l'accusé tente de prouver que la non-divulgation par le ministère public viole l'art. 7, il doit prouver que la non-divulgation en cause a, selon la prépondérance des probabilités, nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière ou a eu un effet défavorable sur cette possibilité. Une telle détermination exige une enquête suffisante sur le caractère substantiel des renseignements non divulgués. Les déductions ou conclusions relatives à l'à-propos de la conduite ou de l'intention du ministère public ne sont pas nécessairement pertinentes lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a eu violation ou non du droit de l'accusé à un procès équitable. L'accent doit être mis principalement sur l'effet que les actions contestées auront sur l'équité du procès. Une fois la violation prouvée, la cour doit façonner une réparation convenable et juste, conformément au par. 24(1). Lorsqu'il est possible, au moyen d'une ordonnance de divulgation, de pallier l'impact néfaste que peut avoir la non-divulgation sur la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière, une telle réparation sera généralement convenable, accompagnée d'un ajournement si nécessaire afin de permettre à l'avocat de la défense d'examiner les renseignements divulgués. Il peut cependant exister des cas exceptionnels où, vu le stade avancé de l'instance, il n'est tout simplement pas possible de remédier au préjudice. Dans ces «cas les

sense of decency and fair play and thereby caused prejudice to the integrity of the judicial system. If so, it should be asked whether this prejudice is remediable, having regard to the seriousness of the violation and to the societal and individual interests in obtaining a determination of guilt or innocence.

While the Crown's conduct in this case was shoddy and inappropriate, the non-disclosure cannot be said to have violated the accused's right to full answer and defence. The whole issue of disclosure in this case arose out of the order requiring that the Crown "disclose" records in the hands of third parties and that the complainants authorize production of such records. This order was issued without any form of inquiry into their relevance, let alone a balancing of the privacy rights of the complainants and the accused's right to a fair trial, and was thus wrong. The Crown was ultimately right in trying to protect the interests of justice, and the fact that it did so in such a clumsy way should not result in a stay of proceedings, particularly when no prejudice was demonstrated to the fairness of the accused's trial or to his ability to make full answer and defence. Even had a violation of s. 7 been found, this cannot be said to be one of the "clearest of cases" which would mandate a stay of proceedings.

Per Cory and Iacobucci JJ.: While the actions of Crown counsel originally responsible for the prosecution of this case were extremely high-handed and thoroughly reprehensible, the Crown's misdeeds were not such that, upon a consideration of all the circumstances, the drastic remedy of a stay was merited.

Per Lamer C.J. and Sopinka and Major JJ. (dissenting on this issue): A stay of proceedings was appropriate here. The Crown's conduct impaired the accused's ability to make full answer and defence. The impropriety of the disclosure order if any does not excuse the Crown's failure to comply with it until immediately before the trial. The Crown never took proper action regarding the objections it had. If it could not appeal the order it should have returned to the issuing judge to request

plus manifestes», l'arrêt des procédures sera approprié. Lorsque la cour se penchera sur les mesures réparatrices relatives à une non-divulgence portant atteinte à l'art. 7, elle devrait examiner également si le manquement par le ministère public à ses obligations en matière de divulgation a également porté atteinte aux principes fondamentaux qui sous-tendent le sens de la décence et du franc-jeu de la collectivité et, en conséquence, a porté préjudice à l'intégrité du système judiciaire. Si tel est le cas, la cour devrait s'interroger à savoir si ce préjudice est réparable, compte tenu de la gravité de la violation et des intérêts communautaires et individuels dans la détermination de la culpabilité ou de l'innocence.

Bien que la conduite du ministère public en l'espèce ait été inappropriée et inopportune, on ne peut dire que la non-divulgence a constitué une violation du droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Toute la question de la divulgation en l'espèce découle de l'ordonnance qui enjoignait au ministère public de «divulguer» des dossiers se trouvant en la possession de tiers et aux plaignantes d'autoriser la production de ces dossiers. Cette ordonnance a été rendue sans aucun examen de la pertinence de ces dossiers, ni aucune pondération des droits à la vie privée des plaignantes et du droit de l'accusé à un procès équitable et elle était donc erronée. En fin de compte, le ministère public a eu raison de tenter de protéger les intérêts de la justice et, même s'il l'a fait d'une façon très maladroite, cela ne devrait pas donner lieu à un arrêt des procédures, tout particulièrement lorsque l'on n'a pas prouvé d'atteinte à l'équité du procès de l'accusé ou à la possibilité pour lui de présenter une défense pleine et entière. Même s'il avait été conclu à une violation de l'art. 7, on ne peut dire qu'il s'agit en l'espèce de l'un des «cas les plus manifestes» qui justifieraient un arrêt des procédures.

Les juges Cory et Iacobucci: Bien que les actes du substitut du procureur général initialement chargé de la poursuite en l'espèce aient été extrêmement arrogants et tout à fait répréhensibles, les méfaits du ministère public n'étaient pas tels que, après examen de toutes les circonstances, le tribunal était justifié de recourir à la réparation draconienne qu'est l'arrêt des procédures.

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major (dissidents sur cette question): Un arrêt des procédures était approprié en l'espèce. La conduite du ministère public a nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Le caractère inapproprié de l'ordonnance judiciaire, le cas échéant, n'excuse pas le ministère public d'avoir omis, jusqu'à immédiatement avant le procès, de la respecter. Le ministère public n'a jamais pris les mesures appropriées en ce qui concerne

variation or rescission. The letters from the Crown prosecutor to the therapists narrowed the scope of the order. As soon as the order was clarified for the therapists, complete records were disclosed, suggesting that had the letters contained an accurate description of the order, compliance would have occurred at a much earlier time. The Crown also breached its general duty to disclose all relevant information. Each time disclosure was made in this case it was the result of the defence having to raise the matter in court. The conduct of the Crown was such that trust was lost, first by the defence, and finally by the trial judge. It is of little consequence that a considerable amount of the non-disclosed material was ultimately released piecemeal to the defence prior to the trial. The effect of continual discovery of more non-disclosed evidence, coupled with the Crown's admission that disclosure was possibly incomplete, created an atmosphere in which the defence's ability to prepare was impaired. The Crown's delay in making disclosure and its inability to assure the trial judge that full disclosure had been made even after commencement of the trial were fatal to the proceedings. The continual breaches by the Crown made a stay the appropriate remedy. Proceedings had become unworkable and unfair. Remedies under s. 24(1) of the *Charter* are properly in the discretion of the trial judge. This discretion should not be interfered with unless the decision was clearly unreasonable.

The same breaches of the disclosure order, the general duty of disclosure and the undertaking to disclose files to the defence which impaired the accused's right to make full answer and defence also violated fundamental principles of justice underlying the community's sense of fair play and decency. The trial judge showed admirable tolerance for the behaviour of the Crown but in the end had no choice but to order a stay. When a criminal trial gains notoriety because of the nature of the offence, the parties charged or any other reason, there is an added burden in the paramount interest of ensuring fairness in the process. In this case, the fact that the offences alleged were many years in the past and that the accused had a high profile in the community called for a careful prosecution to ensure fairness and the maintenance of integrity in the process. The conduct of the Crown during the time the trial judge was

les objections qu'il avait. S'il ne pouvait interjeter appel de l'ordonnance, il aurait dû s'adresser de nouveau au juge ayant rendu l'ordonnance pour en demander la modification ou l'annulation. Les lettres du substitut du procureur général aux thérapeutes limitaient la portée de l'ordonnance. Aussitôt que la portée de l'ordonnance eut été communiquée aux thérapeutes, les dossiers complets ont été divulgués, ce qui laisse entendre que, si les lettres avaient donné une description exacte de l'ordonnance, elle aurait été respectée beaucoup plus tôt. Le ministère public a également manqué à son obligation générale de divulguer tous les renseignements pertinents. Chaque divulgation en l'espèce est le fruit d'une question de la défense devant le tribunal. Le comportement du ministère public était tel que la défense d'abord et le juge du procès ensuite ont perdu confiance. Il importe peu qu'un grand nombre des documents non divulgués aient en fin de compte été remis petit à petit à la défense avant le procès. La découverte répétée d'éléments de preuve qui n'avaient pas été divulgués et l'admission par le ministère public que la divulgation n'avait peut-être pas été complète ont eu pour effet de créer un climat qui nuisait à la capacité de la défense de se préparer. Le temps mis par le ministère public à divulguer les renseignements et son incapacité de garantir au juge du procès que tous les renseignements avaient été divulgués même après le début du procès ont porté un coup fatal à l'instance. Les manquements répétés du ministère public ont fait que l'arrêt des procédures était la réparation convenable. Il était devenu impossible et injuste de poursuivre l'instance. Les réparations visées au par. 24(1) de la *Charte* relèvent à bon droit du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. On ne devrait pas toucher à ce pouvoir discrétionnaire à moins que la décision ne soit nettement déraisonnable.

Les mêmes manquements à l'ordonnance de divulgation, à l'obligation générale de divulguer et à l'engagement de divulguer les dossiers à la défense qui ont porté atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière ont également violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence. Le juge du procès a fait preuve d'une tolérance remarquable à l'égard du comportement du ministère public, mais, à la fin, il n'avait pas d'autre choix que de prononcer l'arrêt des procédures. Lorsqu'un procès criminel devient célèbre en raison de la nature de l'infraction, des accusés en cause ou pour toute autre raison, cela ajoute à l'importance de garantir l'équité du processus. En l'espèce, le fait que les infractions reprochées remontaient à bien des années et que l'accusé était une personne en vue dans la société exigeait que la poursuite soit très sensible aux exigences de

involved, as well as in the months before his appointment, was negligent, incompetent and unfair. The trial judge was in the best position to observe the conduct of the Crown and its effect on the proceedings. He found that the trial had become so tainted that it violated fundamental principles underlying the community's sense of fair play and decency and that the accused was impaired in his ability to make full answer and defence.

(2) *Production of Records in the Possession of the Crown*

Per Lamer C.J. and Sopinka J.: The Crown's disclosure obligations established in *Stinchcombe* are unaffected by the confidential nature of therapeutic records when the records are in the possession of the Crown. The complainant's privacy interests in therapeutic records need not be balanced against the right of the accused to make full answer and defence in the context of disclosure, since concerns relating to privacy or privilege disappear where the documents in question have fallen into the Crown's possession. The complainant's lack of a privacy interest in records that are possessed by the Crown counsels against a finding of privilege in such records. Fairness must require that if the complainant is willing to release this information in order to further the criminal prosecution, then the accused should be entitled to use the information in the preparation of his or her defence. Moreover, any form of privilege may be forced to yield where such a privilege would preclude the accused's right to make full answer and defence. Information in the possession of the Crown which is clearly relevant and important to the ability of the accused to raise a defence must be disclosed to the accused, regardless of any potential claim of privilege that might arise. While the mere existence of therapeutic records is insufficient to establish the relevance of those records to the defence, their relevance must be presumed where the records are in the Crown's possession.

Per Cory and Iacobucci JJ.: The principles set out in the *Stinchcombe* decision, affirmed in *Egger*, pertaining to the Crown's duty to disclose must apply to therapeutic

l'équité et du maintien de l'intégrité du processus. La conduite du ministère public pendant que le juge du procès était saisi de l'affaire, ainsi que durant les mois précédant son affectation au dossier, a été négligente, inéquitable et entachée d'incompétence. Le juge du procès était le mieux placé pour observer la conduite du ministère public et son effet sur le déroulement de l'instance. Il a estimé que le procès était devenu entaché de vice au point de violer les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence et de nuire à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

(2) *La production de dossiers en la possession du ministère public*

Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka: Le caractère confidentiel des dossiers thérapeutiques n'influe pas sur l'obligation de divulguer du ministère public reconnue dans *Stinchcombe* lorsque les dossiers sont en la possession du ministère public. Il n'est pas nécessaire, dans le contexte de la divulgation, de pondérer les intérêts privés du plaignant dans les dossiers thérapeutiques et le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière, car la protection de la vie privée ou l'existence d'un privilège ne suscitent plus d'inquiétudes lorsque les documents en question sont en la possession du ministère public. L'absence de droit à la protection de la vie privée du plaignant relativement aux dossiers détenus par le ministère public nous empêche de conclure à l'existence d'un privilège à l'égard de ces dossiers. L'équité exige que, si le plaignant est d'accord pour communiquer ces renseignements afin de favoriser la poursuite criminelle, l'accusé devrait alors avoir le droit d'utiliser les renseignements dans la préparation de sa défense. De plus, toute forme de privilège doit céder le pas lorsqu'un tel privilège porterait atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Les renseignements en la possession du ministère public qui sont manifestement pertinents et importants pour permettre à l'accusé de faire valoir un moyen de défense doivent être divulgués à l'accusé, indépendamment de toute revendication de privilège qui pourrait survenir. Bien que la simple existence de dossiers thérapeutiques ne suffise pas à établir leur pertinence par rapport à la défense, la pertinence de ces dossiers doit se présumer lorsqu'ils se trouvent en la possession du ministère public.

Les juges Cory et Iacobucci: Les principes concernant l'obligation de divulguer du ministère public, énoncés dans l'arrêt *Stinchcombe* et confirmés dans l'arrêt

tic records in the Crown's possession, as found by Lamer C.J. and Sopinka J.

Per Major J.: The Crown's disclosure obligations established in *Stinchcombe* are unaffected by the confidential nature of therapeutic records in its possession, as found by Lamer C.J. and Sopinka J.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and McLachlin JJ.: This appeal does not concern the extent of the Crown's obligation to disclose private records in its possession, or the question whether privacy and equality interests may militate against such disclosure by the Crown. These issues do not arise in this appeal and were not argued before the Court. Any comment on these questions would be strictly *obiter*.

(3) *Production of Records in the Possession of Third Parties*

Per Lamer C.J. and Sopinka J.: When the defence seeks information in the hands of a third party (as compared to the state), the onus should be on the accused to satisfy a judge that the information is likely to be relevant. In order to initiate the production procedure, the accused must bring a formal written application supported by an affidavit setting out the specific grounds for production. However, the court should be able, in the interests of justice, to waive the need for a formal application in some cases. In either event, notice must be given to third parties in possession of the documents as well as to those persons who have a privacy interest in the records. The accused must also ensure that the custodian and the records are subpoenaed to ensure their attendance in the court. The initial application for disclosure should be made to the judge seized of the trial, but may be brought before the trial judge prior to the empanelling of the jury, at the same time that other motions are heard. In the disclosure context, the meaning of "relevance" is expressed in terms of whether the information may be useful to the defence. In the context of production, the test of relevance should be higher: the presiding judge must be satisfied that there is a reasonable possibility that the information is logically probative to an issue at trial or the competence of a witness to testify. While "likely relevance" is the appropriate threshold for the first stage of the two-step procedure, it should not be interpreted as an onerous burden upon the accused. A relevance threshold, at this stage, is simply a

Egger, doivent s'appliquer aux dossiers thérapeutiques en sa possession, comme l'ont conclu le juge en chef Lamer et le juge Sopinka.

Le juge Major: Le caractère confidentiel des dossiers thérapeutiques n'influe pas sur l'obligation de divulguer du ministère public reconnue dans *Stinchcombe* lorsque les dossiers sont en la possession du ministère public, ainsi que l'ont conclu le juge en chef Lamer et le juge Sopinka.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et McLachlin: Il ne s'agit pas en l'espèce d'examiner l'étendue de l'obligation du ministère public en matière de divulgation de dossiers privés en sa possession, ni de déterminer si les droits à l'égalité et à la protection de la vie privée peuvent militer contre une telle divulgation. Ces questions ne sont pas soulevées dans le cadre du présent pourvoi et elles n'ont pas été plaidées devant la Cour. Tout commentaire à ce sujet serait strictement incident.

(3) *La production de dossiers en la possession de tiers*

Le juge en chef Lamer et le juge Sopinka: Lorsque la défense demande des renseignements qui sont entre les mains d'un tiers (par comparaison à celles de l'État), il devrait incomber à l'accusé de convaincre le juge que les renseignements sont d'une pertinence probable. Pour entamer la procédure de production, l'accusé doit présenter par écrit une demande formelle appuyée d'un affidavit exposant les motifs précis de la production. Toutefois, dans l'intérêt de la justice, le tribunal devrait pouvoir exempter l'accusé de la nécessité de présenter une demande formelle dans certains cas. Quelle que soit la procédure retenue, les tiers en possession des documents et les personnes qui ont un intérêt de nature privée dans les dossiers doivent être avisés de la demande de production. L'accusé doit également veiller à ce que le gardien soit assigné à comparaître et à produire les dossiers. La demande initiale de divulgation devrait être adressée au juge saisi de l'affaire, mais elle peut être présentée devant le juge du procès avant la formation du jury, au moment de l'audition des autres requêtes. Dans le contexte de la divulgation, la «pertinence» est fonction de l'utilité que les renseignements peuvent avoir pour la défense. Dans le contexte de la production, le critère de la pertinence devrait être plus élevé: le juge présidant le procès doit être convaincu qu'il existe une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habileté à témoigner d'un témoin. Si la «pertinence probable» est le critère approprié à la pre-

requirement to prevent the defence from engaging in speculative, fanciful, disruptive, unmeritorious, obstructive and time-consuming requests for production.

Upon their production to the court, the judge should examine the records to determine whether, and to what extent, they should be produced to the accused. In making that determination, the judge must examine and weigh the salutary and deleterious effects of a production order and determine whether a non-production order would constitute a reasonable limit on the ability of the accused to make full answer and defence. In balancing the competing rights in question, the following factors should be considered: (1) the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence; (2) the probative value of the record; (3) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy vested in the record; (4) whether production of the record would be premised upon any discriminatory belief or bias; and (5) the potential prejudice to the complainant's dignity, privacy or security of the person that would be occasioned by production of the record. The effect on the integrity of the trial process of producing, or failing to produce, the record, having in mind the need to maintain consideration in the outcome, is more appropriately dealt with at the admissibility stage and not in deciding whether the information should be produced. As for society's interest in the reporting of sexual crimes, there are other avenues available to the judge to ensure that production does not frustrate the societal interests that may be implicated by the production of the records to the defence. In applying these factors, it is also appropriate to bear in mind that production of third party records is always available to the Crown provided it can obtain a search warrant.

Per Cory and Iacobucci JJ.: The procedure suggested by Lamer C.J. and Sopinka J. for determining whether records in the possession of third parties are likely to be relevant was agreed with, as were their reasons pertaining to the nature of the onus resting upon the accused and the nature of the balancing process which must be undertaken by the trial judge.

Per Major J.: The substantive law and the procedure recommended by Lamer C.J. and Sopinka J. in

mière étape de la procédure à deux volets, cela ne devrait pas être interprété comme un fardeau onéreux incombant à l'accusé. À cette étape, un critère de pertinence vise simplement à empêcher que la défense ne se lance dans des demandes de production qui reposent sur la conjecture et qui sont fantaisistes, perturbatrices, mal fondées, obstructionnistes et dilatoires.

Au moment de la production des dossiers devant la cour, le juge devrait les examiner pour déterminer s'ils devraient être divulgués à l'accusé et dans quelle mesure. Pour arriver à cette conclusion, le juge doit examiner et soupeser les effets bénéfiques et les effets préjudiciables d'une ordonnance de production et déterminer si une ordonnance de non-production constituerait une restriction raisonnable de la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Pour équilibrer les droits contradictoires en question, il faudrait prendre en considération les facteurs suivants: (1) la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière; (2) la valeur probante du dossier en question; (3) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect du caractère privé de ce dossier; (4) la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoires, et (5) le préjudice possible à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne du plaignant que pourrait causer la production du dossier en question. Il conviendrait mieux de traiter de l'effet de la production ou de la non-production du dossier sur l'intégrité du processus judiciaire, compte tenu de la nécessité de garder à l'esprit les conséquences de la détermination, à l'étape de l'admissibilité et non pas au moment de décider si les renseignements devraient être produits. Pour ce qui est de l'intérêt de la société à ce que les crimes sexuels soient signalés, le juge dispose d'autres moyens pour s'assurer que la production ne contrecarre pas les intérêts de la société qui peuvent être touchés par la production des dossiers à la défense. Dans l'application de ces facteurs, il convient également de se rappeler que le ministère public peut toujours exiger la production de dossiers de tiers pourvu qu'il obtienne un mandat de perquisition.

Les juges Cory et Iacobucci: La procédure que le juge en chef Lamer et le juge Sopinka proposent pour déterminer si les dossiers en la possession de tiers sont susceptibles d'être pertinents est acceptée, tout comme leurs motifs relativement à la nature du fardeau incombant à l'accusé et à la nature du processus de pondération auquel le juge du procès doit recourir.

Le juge Major: Le droit substantiel et la procédure recommandée par le juge en chef Lamer et le juge

obtaining therapeutic records from third persons were agreed with.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. (dissenting on this issue): Private records, or records in which a reasonable expectation of privacy lies, may include medical or therapeutic records, school records, private diaries and social worker activity logs. An order for production of private records held by third parties does not arise as a remedy under s. 24(1) of the *Charter* since, at the moment of the request for production, the accused's rights under the *Charter* have not been violated. Nonetheless, when deciding whether to order production of private records, the court must exercise its discretion in a manner that is respectful of *Charter* values. The constitutional values involved here are the right to full answer and defence, the right to privacy, and the right to equality without discrimination.

Witnesses have a right to privacy in relation to private documents and records which are not part of the Crown's "case to meet" against the accused. They are entitled not to be deprived of their reasonable expectation of privacy except in accordance with the principles of fundamental justice. Since an applicant seeking production of private records from third parties is seeking to invoke the power of the State to violate the privacy rights of other individuals, the applicant must show that the use of the State power to compel production is justified in a free and democratic society. The use of State power to compel production of private records will be justified in a free and democratic society when the following criteria are met: (1) it is shown that the accused cannot obtain the information sought by any other reasonable means; (2) production that infringes privacy must be as limited as reasonably possible to fulfil the right to make full answer and defence; (3) the arguments urging production rest on permissible chains of reasoning, rather than upon discriminatory assumptions and stereotypes; and (4) there is proportionality between the salutary and deleterious effects of production. The measure of proportionality must reflect the extent to which a reasonable expectation of privacy vests in the particular records, on the one hand, and the importance of the issue to which the evidence relates, on the other. Moreover, courts must remain alive to the fact that, in certain cases, the deleterious effects of production may demonstrably include negative effects on the complainant's course of therapy, threatening psychological harm to the individual concerned and thereby resulting in a concom-

Sopinka pour obtenir les dossiers thérapeutiques de tiers sont acceptés.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier (dissidents sur cette question): Les dossiers privés ou les dossiers qui devraient normalement être protégés en raison de leur caractère privé peuvent comprendre des dossiers de nature médicale ou thérapeutique, des dossiers scolaires, des journaux intimes et des carnets d'activités rédigés par des travailleurs sociaux. Une ordonnance de production de dossiers privés détenus par des tiers n'est pas une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* car, au moment de la demande de production, il n'y a pas eu violation des droits garantis à l'accusé par la *Charte*. Néanmoins, lorsqu'il décide s'il doit ordonner la production de dossiers privés, le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à respecter les valeurs de la *Charte*. Les valeurs constitutionnelles visées en l'espèce sont le droit à une défense pleine et entière, le droit à la protection de la vie privée et le droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination.

Les témoins ont droit à la protection de leur vie privée en ce qui a trait aux documents et aux dossiers privés qui ne font pas partie de la «preuve complète» que le ministère public doit présenter contre l'accusé. Il ne peut être porté atteinte à leur attente raisonnable en matière de protection de la vie privée qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Étant donné que c'est le requérant qui demande la production de dossiers privés en la possession de tiers et qui, à cette fin, tente d'invoquer le pouvoir de l'État de violer les droits à la protection de la vie privée d'autres individus, il doit prouver que l'utilisation du pouvoir de l'État d'imposer la production est justifiée dans une société libre et démocratique. L'utilisation du pouvoir de l'État d'ordonner la production de dossiers privés sera justifiée dans une société libre et démocratique lorsque les critères suivants seront appliqués: (1) il est prouvé que l'accusé ne peut obtenir les renseignements demandés par d'autres moyens raisonnables; (2) la production qui viole la protection de la vie privée doit être aussi limitée qu'il est raisonnablement possible pour respecter le droit de présenter une défense pleine et entière; (3) les arguments en faveur de la production doivent se fonder sur un raisonnement permis et non pas sur des suppositions et des stéréotypes discriminatoires, et (4) il y a proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables. La mesure de proportionnalité doit refléter l'étendue de l'attente raisonnable en matière de protection du caractère privé des dossiers particuliers, d'une part, et l'importance de la question à laquelle a trait la preuve, d'autre part. En outre, les tribunaux doivent res-

itant deprivation of the individual's security of the person.

The first step for an accused who seeks production of private records held by a third party is to obtain and serve on the third party a *subpoena duces tecum*. When the subpoena is served, the accused should notify the Crown, the subject of the records, and any other person with an interest in the confidentiality of the records that the accused will ask the trial judge for an order for their production. Then, at the trial, the accused must bring an application supported by appropriate affidavit evidence showing that the records are likely to be relevant either to an issue in the trial or to the competence to testify of the subject of the records. If the records are relevant, the court must balance the salutary and deleterious effects of ordering that the records be produced to determine whether, and to what extent, production should be ordered.

The records at issue here are not within the possession or control of the Crown, do not form part of the Crown's "case to meet", and were created by a third party for a purpose unrelated to the investigation or prosecution of the offence. It cannot be assumed that such records are likely to be relevant, and if the accused is unable to show that they are, then the application for production must be rejected as it amounts to nothing more than a fishing expedition. The burden on an accused to demonstrate likely relevance is a significant one. It would be insufficient for the accused to demand production simply on the basis of a bare, unsupported assertion that the records might impact on "recent complaint" or the "kind of person" the witness is. Similarly, the applicant cannot simply invoke credibility "at large", but must rather provide some basis to show that there is likely to be information in the impugned records which would relate to the complainant's credibility on a particular, material issue at trial. Equally inadequate is a bare, unsupported assertion that a prior inconsistent statement might be revealed, or that the defence wishes to explore the records for "allegations of sexual abuse by other people". Similarly, the mere fact that a witness has a medical or psychiatric record cannot be taken as indicative of the potential unreliability of the evidence. Any suggestion that a particular treatment, therapy, illness, or disability implies unreliability must be informed by

ter sensibles au fait que, dans certains cas, les effets préjudiciables de la production peuvent visiblement comporter des effets négatifs sur le déroulement de la thérapie de la plaignante, ce qui menacerait de nuire psychologiquement à la personne concernée et entraînerait pour elle une privation concomitante du droit à la sécurité de sa personne.

L'accusé qui cherche à obtenir la production de dossiers privés en la possession d'un tiers doit d'abord obtenir un *subpoena duces tecum* et le lui signifier. Après la signification de l'assignation, l'accusé doit aviser le ministère public, la personne visée par les dossiers et toute autre personne ayant un intérêt dans le caractère privé des dossiers, que l'accusé demandera au juge du procès d'en ordonner la production. Ensuite, au procès, l'accusé doit présenter une demande appuyée d'une preuve par affidavit indiquant que les dossiers sont susceptibles de se rapporter soit à une question en litige dans l'instance soit à l'habilité à témoigner de la personne visée par les dossiers. Si les dossiers sont pertinents, le tribunal doit alors pondérer les effets bénéfiques et les effets préjudiciables qu'entraînerait la délivrance en faveur de la défense de l'ordonnance de production de ces dossiers pour déterminer si la production devrait être ordonnée et dans quelle mesure.

Les dossiers visés en l'espèce ne sont pas en la possession ou sous le contrôle du ministère public, ne font pas partie de sa «preuve complète» et ont été créés par un tiers à une fin non reliée à l'enquête ou à la poursuite de l'infraction. On ne peut présumer que ces dossiers seront vraisemblablement pertinents et, si l'accusé est incapable d'en démontrer la pertinence, alors la demande de production doit être rejetée comme n'équivalant à rien d'autre qu'une recherche à l'aveuglette. La charge qui incombe à l'accusé de démontrer la pertinence probable est considérable. Il ne suffira pas que l'accusé demande la production de dossiers en se fondant uniquement sur une simple déclaration non étayée selon laquelle les dossiers pourraient influencer sur une «plainte récente» ou le «genre de personne» qu'est le témoin. De la même manière, le requérant ne peut pas simplement invoquer la crédibilité «en général», mais il doit plutôt fournir une base pour prouver qu'il y a des chances que les dossiers contestés contiennent des renseignements qui se rapporteraient à la crédibilité de la plaignante sur une question particulière et essentielle en litige. Tout aussi insuffisante est la simple affirmation non étayée selon laquelle une déclaration antérieure incompatible pourrait être révélée ou selon laquelle la défense désire examiner les dossiers en vue de trouver des «allégations d'abus sexuel commis par d'autres personnes». De même, le simple fait qu'un témoin ait des

cogent evidence, rather than stereotype, myth or prejudice. Finally, it must not be presumed that the mere fact that a witness received treatment or counselling after a sexual assault indicates that the records will contain information that is relevant to the defence. The focus of the therapy is vastly different from that of an investigation or other process undertaken for the purposes of the trial. While investigations and witness testimony are oriented toward ascertaining historical truth, therapy generally focuses on exploring the complainant's emotional and psychological responses to certain events, after the alleged assault has taken place.

If the trial judge decides that the records are likely to be relevant, then the analysis proceeds to the second stage, which has two parts. First, the trial judge must balance the salutary and deleterious effects of ordering the production of the records to the court for inspection, having regard to the accused's right to make full answer and defence, and the effect of such production on the privacy and equality rights of the subject of the records. If the judge concludes that production to the court is warranted, he or she should so order. Next, upon their production to the court, the judge should examine the records to determine whether, and to what extent, they should be produced to the accused. Production should only be ordered in respect of those records, or parts of records, that have significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice or by the harm to the privacy rights of the witness or to the privileged relation. The following factors should be considered in this determination: (1) the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence; (2) the probative value of the record; (3) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy vested in the record; (4) whether production of the record would be premised upon any discriminatory belief or bias; (5) the potential prejudice to the complainant's dignity, privacy or security of the person that would be occasioned by production of the record; (6) the extent to which production of records of this nature would frustrate society's interest in encouraging the reporting of sexual offences and the acquisition of treatment by victims; and (7) the effect on the integrity of the trial process of producing, or failing to produce, the

antécédents médicaux ou psychiatriques ne peut pas être considéré comme indiquant que son témoignage pourrait manquer de crédibilité. Toute suggestion selon laquelle un traitement, une thérapie, une maladie ou un handicap entraînent un manque de crédibilité doit reposer sur une preuve convaincante plutôt que sur des stéréotypes, des mythes ou des préjugés. En dernier lieu, il ne faut pas présumer que le simple fait qu'un témoin ait suivi un traitement ou reçu des conseils socio-psychologiques après une agression sexuelle indique que les dossiers contiendront des renseignements qui se rapportent à la défense. Une thérapie ne met pas du tout l'accent sur les mêmes choses qu'une enquête ou un autre processus entrepris aux fins du procès. Alors que les enquêtes et les dépositions des témoins visent à déterminer la vérité historique, la thérapie met généralement l'accent sur l'examen des réactions émotives et psychologiques de la plaignante à certains événements, après que l'agression sexuelle a eu lieu.

Si le juge du procès décide que les dossiers seront vraisemblablement pertinents, il doit alors passer à la deuxième étape, qui comporte deux volets. Premièrement, le juge doit soupeser les effets bénéfiques et préjudiciables qu'entraînerait la production des dossiers aux fins d'examen par le tribunal, au regard du droit de l'accusé à une défense pleine et entière, et l'effet d'une telle production sur le droit à la protection de la vie privée et le droit à l'égalité de la personne visée par les dossiers. Si le juge conclut que la production est justifiée, il ou elle devrait l'ordonner. Ensuite, au moment de la production des dossiers devant la cour, le juge devra les examiner pour déterminer s'ils devraient être divulgués à l'accusé et dans quelle mesure. La production ne devrait être ordonnée que pour les dossiers ou les parties de dossiers qui ont une valeur probante importante qui n'est pas substantiellement contrebalancée par le risque d'un préjudice à la bonne administration de la justice ou l'atteinte au droit à la vie privée du témoin ou à la relation privilégiée. Les facteurs suivants devraient être pris en considération dans cette détermination: (1) la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière; (2) la valeur probante du dossier en question; (3) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect du caractère privé de ce dossier; (4) la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoires; (5) le préjudice possible à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne de la plaignante que pourrait causer la production du dossier en question; (6) la mesure dans laquelle la production de dossiers de cette nature nuirait à l'intérêt qu'a la société à ce que les victimes signalent les agressions

record, having in mind the need to maintain consideration in the outcome. Where a court concludes that production is warranted, it should only be made in the manner and to the extent necessary to achieve that objective.

A preliminary inquiry judge is without jurisdiction to order the production of private records held by third parties. The disclosure order in the present case did not emanate from a preliminary inquiry judge, but was issued in response to a pre-trial application by the defence. Even a superior court judge, however, should not, in advance of the trial, entertain an application for production of private third party records. Such applications should be heard by the judge seized of the trial, rather than a pre-trial judge. In addition, it is desirable for the judge hearing an application for production to have had the benefit of hearing, and pronouncing upon, the defence's earlier applications, so as to minimize the possibility of inconsistency in the treatment of two similar applications. More generally, applications for production of third party records should not be entertained before the commencement of the trial, even by the judge who is seized of the trial. First, the concept of pre-trial applications for production of documents held by third parties is alien to criminal proceedings. Second, if pre-trial applications for production from third parties were permitted, it would invite fishing expeditions, create unnecessary delays, and inconvenience witnesses by requiring them to attend court on multiple occasions. Moreover, a judge is not in a position, before the beginning of the trial, to determine whether the records in question are relevant, much less whether they are admissible, and will be unable to balance effectively the constitutional rights affected by a production order.

Since the right of the accused to a fair trial has not been balanced with the competing rights of the complainant to privacy and to equality without discrimination in this case, a new trial should be ordered.

Per McLachlin J. (dissenting on this issue): L'Heureux-Dubé J.'s reasons were concurred in entirely. The test proposed strikes the appropriate balance between the desire of the accused for complete disclosure from everyone of everything that could conceiv-

sexuelles et suivent des traitements, et (7) l'effet de la production ou de la non-production du dossier sur l'intégrité du processus judiciaire, compte tenu de la nécessité de garder à l'esprit les conséquences de la décision. Lorsqu'un tribunal conclut que la production est justifiée, il ne devrait l'autoriser que de la manière et dans la mesure nécessaires à la réalisation de cet objectif.

Un juge présidant une enquête préliminaire n'a pas compétence pour ordonner la production de dossiers privés détenus par des tiers. En l'espèce, l'ordonnance de divulgation n'émanait pas d'un juge présidant une enquête préliminaire, mais elle a plutôt été rendue à la suite d'une requête préalable au procès présentée par la défense. Toutefois, même un juge d'une cour supérieure ne devrait pas, avant le procès, entendre une demande de divulgation de dossiers privés en la possession d'un tiers. De telles demandes devraient être entendues par le juge du procès plutôt que par un juge chargé d'entendre les requêtes préalables au procès. De plus, il est souhaitable que le juge qui entend une demande de production ait eu l'avantage d'entendre et de trancher les demandes antérieures de la défense, de façon à minimiser la possibilité de contradiction dans le traitement de deux requêtes semblables. De façon plus générale, les demandes de production de dossiers de tiers ne devraient pas être entendues avant le début du procès, même par le juge du procès. Premièrement, le concept de demande de production préalable au procès de documents en la possession de tiers est étranger aux procédures criminelles. Deuxièmement, encourager la demande de production préalable au procès de documents en la possession de tiers favoriserait les recherches à l'aveuglette, entraînerait des délais inutiles et causerait un préjudice aux témoins en les obligeant à se présenter devant le tribunal à plusieurs reprises. Qui plus est, un juge n'est pas en position, avant le début du procès, de déterminer si les dossiers en question sont pertinents, encore moins s'ils sont admissibles, et il sera incapable de soupeser de manière efficace les droits constitutionnels touchés par une ordonnance de production.

Comme on n'a pas soupesé le droit d'un accusé à être jugé équitablement en regard des droits d'une plaignante à la protection de sa vie privée et à l'égalité indépendamment de toute discrimination, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

Le juge McLachlin (dissidente sur cette question): Les motifs du juge L'Heureux-Dubé sont acceptés entièrement. Le critère proposé trouve le juste équilibre entre le désir de l'accusé de se voir divulguer par chacun tout ce qui en théorie pourrait servir à sa défense, d'une part,

ably be helpful to his defence, on the one hand, and the constraints imposed by the trial process and privacy interests of third parties who find themselves caught up in the justice system, on the other, all without compromising the constitutional guarantee of a trial which is fundamentally fair. The *Charter* guarantees not the fairest of all possible trials, but rather a trial which is fundamentally fair. What constitutes a fair trial takes into account not only the perspective of the accused, but the practical limits of the system of justice and the lawful interests of others involved in the process, like complainants and the agencies which assist them in dealing with the trauma they may have suffered. What the law demands is not perfect justice, but fundamentally fair justice.

Cases Cited

By L'Heureux-Dubé J.

Referred to: *R. v. O'Connor* (1994), 90 C.C.C. (3d) 257; *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, aff'g (1986), 28 C.C.C. (3d) 553; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880; *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24; *Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519; *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863; *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771; *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326; *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425; *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155; *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475; *R. v. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362; *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Gingras* (1992), 71 C.C.C. (3d) 53; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Dymont*, [1988] 2 S.C.R. 417; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30; *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Roe v.*

et les contraintes imposées par le processus judiciaire et le droit à la protection de la vie privée des tiers qui se trouvent pris dans le système de justice, d'autre part, le tout sans mettre en péril la garantie constitutionnelle d'un procès qui soit fondamentalement équitable. La *Charte* garantit non pas le plus équitable de tous les procès possibles, mais plutôt un procès fondamentalement équitable. Le procès équitable tient compte non seulement du point de vue de l'accusé, mais également des limites pratiques du système de justice et des intérêts légitimes des autres personnes concernées, comme les plaignants et les organismes qui les aident à faire face aux traumatismes qu'ils ont subis. La loi exige non pas une justice parfaite mais une justice fondamentalement équitable.

Jurisprudence

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts mentionnés: *R. c. O'Connor* (1994), 90 C.C.C. (3d) 257; *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, conf. (1986), 28 C.C.C. (3d) 553; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880; *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24; *Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519; *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863; *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771; *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326; *Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425; *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155; *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 143; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475; *R. c. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362; *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Gingras* (1992), 71 C.C.C. (3d) 53; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Dymont*, [1988] 2 R.C.S. 417; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30; *Board of Regents*

Wade, 410 U.S. 113 (1973); *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281; *Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143; *R. v. Gratton*, [1987] O.J. No. 1984 (QL); *R. v. Callaghan*, [1993] O.J. No. 2013 (QL); *R. v. Barbosa* (1994), 92 C.C.C. (3d) 131; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416; *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111; *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30; *R. v. K. (V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338; *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860; *R. v. C. (B.)* (1993), 80 C.C.C. (3d) 467; *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424; *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597; *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786; *Skogman v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 93; *Re Regina and Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395, leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. v; *R. v. Darby*, [1994] B.C.J. No. 814 (QL); *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409; *Re Hislop and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 240, leave to appeal refused, [1983] 2 S.C.R. viii; *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3.

By McLachlin J.

Referred to: *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562.

By Cory J.

Referred to: *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451.

By Lamer C.J. and Sopinka J. (dissenting)

A. (L.L.) v. B. (A.), [1995] 4 S.C.R. 536; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. R. (L.)* (1995), 39 C.R. (4th) 390; *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *R. v. Preston*, [1993] 4 All E.R. 638; *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469; *R. v. Ross* (1993), 79 C.C.C. (3d) 253; *R. v. Ross* (1993), 81 C.C.C. (3d) 234; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345; *R. v. R.S.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 115; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *R. v. Norman* (1993), 87 C.C.C. (3d) 153; *R. v. Hedstrom* (1991), 63 C.C.C. (3d) 261; *Toohy v. Metropolitan*

of State Colleges c. Roth, 408 U.S. 564 (1972); *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143; *R. c. Gratton*, [1987] O.J. No. 1984 (QL); *R. c. Callaghan*, [1993] O.J. No. 2013 (QL); *R. c. Barbosa* (1994), 92 C.C.C. (3d) 131; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416; *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111; *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30; *R. c. K. (V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338; *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860; *R. c. C. (B.)* (1993), 80 C.C.C. (3d) 467; *R. c. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424; *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597; *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786; *Skogman c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 93; *Re Regina and Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. v; *R. c. Darby*, [1994] B.C.J. No. 814 (QL); *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409; *Re Hislop and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 240, autorisation de pourvoi refusée, [1983] 2 R.C.S. viii; *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3.

Citée par le juge McLachlin

Arrêt mentionné: *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562.

Citée par le juge Cory

Arrêts mentionnés: *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451.

Citée par le juge en chef Lamer et le juge Sopinka (dissidents)

A. (L.L.) c. B. (A.), [1995] 4 R.C.S. 536; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. R. (L.)* (1995), 39 C.R. (4th) 390; *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *R. c. Preston*, [1993] 4 All E.R. 638; *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637; *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469; *R. c. Ross* (1993), 79 C.C.C. (3d) 253; *R. c. Ross* (1993), 81 C.C.C. (3d) 234; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345; *R. c. R.S.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 115; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *R. c. Norman* (1993), 87 C.C.C. (3d) 153; *R. c. Hedstrom* (1991), 63 C.C.C. (3d) 261; *Toohy c. Metropolitan*

Police Commissioner, [1965] 1 All E.R. 506; *R. v. Ryan* (1991), 69 C.C.C. (3d) 226.

By Major J. (dissenting)

R. v. Stinchcombe, [1991] 3 S.C.R. 326.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8 to 14, 11(b), (d), 15, 24(1), (2).

Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12, s. 5.

Civil Code of Quebec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 35, 36.

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 276(3) [rep. & sub. 1992, c. 38, s. 2], 487(1)(b) [rep. & sub. c. 27 (1st Suppl.), s. 68(1); repl. 1994, c. 44, s. 36], 545, 548(1), 581, 698, 700(1), Part XXII.

European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 221, Art. 8.

International Covenant on Civil and Political Rights, 999 U.N.T.S. 171, Art. 17.

United States Constitution, Fourteenth Amendment.

Universal Declaration of Human Rights, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), Art. 12.

Authors Cited

Canada. Committee on Sexual Offences Against Children and Youths. *Sexual Offences Against Children: Report of the Committee on Sexual Offences Against Children and Youths*, vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984.

Choo, Andrew L.-T. "Halting Criminal Prosecutions: The Abuse of Process Doctrine Revisited", [1995] *Crim. L.R.* 864.

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 7th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.

Firsten, Temi. "An Exploration of the Role of Physical and Sexual Abuse for Psychiatrically Institutionalized Women" (1990), unpublished research paper, available from Ontario Women's Directorate.

Halsbury's Laws of England, vol. 17, 4th ed. London: Butterworths, 1976.

Paciocco, David M. "The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept" (1991), 15 *Crim. L.J.* 315.

Stuesser, Lee. "Abuse of Process: The Need to Reconsider" (1994), 29 *C.R.* (4th) 92.

Stuesser, Lee. "Reconciling Disclosure and Privilege" (1994), 30 *C.R.* (4th) 67.

Police Commissioner, [1965] 1 All E.R. 506; *R. c. Ryan* (1991), 69 C.C.C. (3d) 226.

Citée par le juge Major (dissident)

R. c. Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8 à 14, 11b), d), 15, 24(1), (2).

Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12, art. 5.

Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 35, 36.

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 276(3) [abr. & rempl. 1992, ch. 38, art. 2], 487(1)(b) [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 68(1); abr. 1994, ch. 44, art. 36], 545, 548(1), 581, 698, 700(1), Partie XXII.

Constitution des États-Unis, Quatorzième amendement.
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 221, art. 8.

Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), art. 12.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 999 R.T.N.U. 171, art. 17.

Doctrine citée

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*, vol. 1. Ottawa: Ministère des Approvisionnements et Services Canada, 1984.

Choo, Andrew L.-T. «Halting Criminal Prosecutions: The Abuse of Process Doctrine Revisited», [1995] *Crim. L.R.* 864.

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 7th ed. By Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.

Firsten, Temi. «An Exploration of the Role of Physical and Sexual Abuse for Psychiatrically Institutionalized Women» (1990), unpublished research paper, available from Ontario Women's Directorate.

Halsbury's Laws of England, vol. 17, 4th ed. London: Butterworths, 1976.

Paciocco, David M. «The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept» (1991), 15 *Crim. L.J.* 315.

Stuesser, Lee. «Abuse of Process: The Need to Reconsider» (1994), 29 *C.R.* (4th) 92.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 89 C.C.C. (3d) 109, 42 B.C.A.C. 105, 67 W.A.C. 105, 20 C.R.R. (2d) 212, 29 C.R. (4th) 40, reversing a decision of the British Columbia Supreme Court (1992), 18 C.R. (4th) 98, ordering a stay of proceedings. Appeal dismissed, Lamer C.J. and Sopinka and Major J.J. dissenting.

Christopher M. Considine, Daniel R. McDonagh and David M. Paciocco, for the appellant.

Malcolm D. Macaulay, Q.C., and Andrea Miller, for the respondent.

Robert J. Frater, for the intervener the Attorney General of Canada.

Susan Chapman and Miriam Bloomenfeld, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Sharon D. McIvor and Elizabeth J. Shilton, for the interveners the Aboriginal Women's Council, the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the DisAbled Women's Network of Canada and the Women's Legal Education and Action Fund.

Frances M. Kelly, for the intervener the Canadian Mental Health Association.

Brian Weagant and Sheena Scott, for the intervener the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law.

The following are the reasons delivered by

Stuesser, Lee. «Reconciling Disclosure and Privilege» (1994), 30 C.R. (4th) 67.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 1, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 89 C.C.C. (3d) 109, 42 B.C.A.C. 105, 67 W.A.C. 105, 20 C.R.R. (2d) 212, 29 C.R. (4th) 40, qui a infirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1992), 18 C.R. (4th) 98, qui avait ordonné l'arrêt des procédures. Pourvoi rejeté, le juge en chef Lamer et les juges Sopinka et Major sont dissidents.

Christopher M. Considine, Daniel R. McDonagh et David M. Paciocco, pour l'appellant.

Malcolm D. Macaulay, c.r., et Andrea Miller, pour l'intimée.

Robert J. Frater, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Susan Chapman et Miriam Bloomenfeld, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Sharon D. McIvor et Elizabeth J. Shilton, pour les intervenants l'Aboriginal Women's Council, l'Association canadienne des centres contre le viol, le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes.

Frances M. Kelly, pour l'intervenante l'Association canadienne de la santé mentale.

Brian Weagant et Sheena Scott, pour l'intervenante la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law.

Version française des motifs rendus par

LAMER C.J. AND SOPINKA J. (dissenting) —

I. Introduction

This case, along with the companion decision in *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536, raises the issue of whether and under what circumstances an accused is entitled to obtain production of sexual assault counselling records in the possession of third parties. It also raises the issue of when a stay of proceedings is the appropriate remedy for non-disclosure by the Crown of information in its possession which is neither clearly irrelevant nor privileged. On the latter issue, we agree with the reasons of Justice Major.

As for the issue of the production of therapeutic records, we have had the benefit of reading the reasons of our colleague Justice L'Heureux-Dubé, and we are in general agreement with her reasons on the issues of privacy and privilege. We wish, however, to make the following comments regarding the procedure to be followed for the disclosure and production of therapeutic records.

II. Analysis

1. Introduction

The issues raised in the present appeal relate primarily to the production of therapeutic records beyond the possession or the control of the Crown. Generally speaking, this issue concerns the manner in which the accused can obtain production of therapeutic records from the third party custodian of the documents in question. Although issues relating to the disclosure of private records in the possession of the Crown are not directly engaged in this appeal, we nevertheless feel that some preliminary comments on that issue would provide a useful background to a discussion of therapeutic records in the possession of third parties. As a result, we begin our analysis with a brief consideration of the disclosure obligations of the Crown where therapeutic counselling records are in the

LE JUGE EN CHEF LAMER ET LE JUGE SOPINKA (dissidents) —

I. Introduction

Le présent pourvoi, tout comme le pourvoi connexe *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536, soulève la question de savoir si un accusé a le droit d'obtenir la production de dossiers socio-psychologiques concernant une agression sexuelle qui sont en la possession de tiers et dans quelles circonstances. Il soulève également la question de savoir quand l'arrêt des procédures est la réparation convenable dans le cas de non-divulgaration par le ministère public de renseignements en sa possession qui ne sont pas manifestement sans pertinence et ne sont pas privilégiés. Nous sommes d'accord avec les motifs du juge Major en ce qui a trait à la dernière question.

Quant à la question de la production des dossiers thérapeutiques, nous avons eu l'avantage de prendre connaissance des motifs de notre collègue le juge L'Heureux-Dubé et nous sommes d'accord en général pour ce qui est de la protection de la vie privée et de l'existence d'un privilège. Nous désirons toutefois formuler les remarques suivantes au sujet de la procédure à suivre pour la divulgaration et la production des dossiers thérapeutiques.

II. Analyse

1. Introduction

Les questions soulevées dans le présent pourvoi se rapportent principalement à la production de dossiers thérapeutiques qui ne sont pas en la possession ou sous le contrôle du ministère public. En général, cette question concerne la manière dont l'accusé peut obtenir la production de dossiers thérapeutiques de la part du tiers gardien des documents en question. Bien que le présent pourvoi ne porte pas directement sur des questions de divulgaration de dossiers privés en la possession du ministère public, nous estimons néanmoins que certaines remarques préliminaires sur cette question pourraient être utiles pour une analyse des dossiers thérapeutiques en la possession de tiers. Par conséquent, nous commençons notre analyse par un bref examen des obligations de divulgation du

Crown's possession or control. From there, we will move on to consider the case where such records remain in the hands of third parties and the production of those records is sought by the accused.

2. *Records in the Possession of the Crown*

(a) The Application of *Stinchcombe*

4 The principles regarding the disclosure of information in the possession of the Crown were developed by this Court in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. In that case, it was determined that the Crown has an ethical and constitutional obligation to the defence to disclose all information in its possession or control, unless the information in question is clearly irrelevant or protected by a recognized form of privilege.

5 The Crown's duty to disclose information in its possession is triggered when a request for disclosure is made by the accused. When such a request is made, the Crown has a discretion to refuse to make disclosure on the grounds that the information sought is clearly irrelevant or privileged. Where the Crown chooses to exercise this discretion, the Crown bears the burden of satisfying the trial judge that withholding the information is justified on the grounds of privilege or irrelevance.

6 The foregoing principles were settled by this Court's decision in *Stinchcombe* and affirmed in *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, and *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727, and are not subject to challenge in this appeal. However, it is important to consider whether therapeutic records of the kind at issue in this appeal should be subject to a different disclosure regime than other kinds of information in the possession of the Crown. In answering this question, the Court must consider whether the Crown's disclosure obligations should be tempered by a balancing of the complainant's privacy interests in therapeutic records against the right of the accused to make full answer and defence. In our

ministère public lorsque des dossiers socio-psychologiques sont en sa possession ou sous son contrôle. Ensuite, nous examinerons le cas où ces dossiers restent en la possession de tiers et où l'accusé en demande la production.

2. *Les dossiers en la possession du ministère public*

a) L'application de l'arrêt *Stinchcombe*

Les principes régissant la divulgation de renseignements en la possession du ministère public ont été énoncés par notre Cour dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Il y a été jugé que le ministère public a envers la défense l'obligation morale et constitutionnelle de divulguer tous les renseignements en sa possession ou sous son contrôle, à moins que les renseignements en question soient manifestement sans pertinence ou protégés par une forme reconnue de privilège.

L'obligation du ministère public de divulguer les renseignements en sa possession est enclenchée lorsque l'accusé présente une demande de divulgation. Le ministère public a alors le pouvoir discrétionnaire de refuser la divulgation pour le motif que les renseignements demandés sont manifestement sans pertinence ou sont privilégiés. Lorsque le ministère public choisit d'exercer ce pouvoir discrétionnaire, il lui incombe de convaincre le juge du procès que la rétention des renseignements se justifie par l'existence d'un privilège à leur égard ou l'absence de pertinence.

Les principes susmentionnés ont été établis par notre Cour dans *Stinchcombe* et confirmés dans *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, et *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727, et ne sont pas contestés dans le présent pourvoi. Il importe toutefois d'examiner si les dossiers thérapeutiques du genre de ceux qui sont ici en cause devraient être assujettis à un régime de divulgation différent de celui qui s'applique aux autres genres de renseignements en la possession du ministère public. Pour répondre à cette question, la Cour doit déterminer si les obligations de divulguer du ministère public devraient être tempérées par la pondération des intérêts privés du plaignant ou de la plaignante (ci-après le «plaignant») dans les dossiers thérapeutiques et du

view, a balancing of these competing interests is unnecessary in the context of disclosure.

(b) Privacy and Privilege

As our colleague L'Heureux-Dubé J. points out, sexual assault counselling records relate to intimate aspects of the life of the complainant. As a result, therapeutic records attract a stronger privacy interest than many other forms of information that may be in the Crown's possession. One could accordingly argue that the intensely private nature of therapeutic records affects the Crown's obligation to disclose such material to the defence, or that disclosure by the Crown is not required owing to some form of privilege that may attach to the information contained in the records. In our view, however, concerns relating to privacy or privilege disappear where the documents in question have fallen into the possession of the Crown. We are accordingly of the opinion that the Crown's well-established duty to disclose all information in its possession is not affected by the confidential nature of therapeutic records.

In our view, it would be difficult to argue that the complainant enjoys an expectation of privacy in records that are held by the Crown. In discussing the nature of a complainant's privacy interest in therapeutic records, L'Heureux-Dubé J. points out that such records often relate to "intensely private aspects" of the complainant's personal life, and describe thoughts and feelings "which have never even been shared with the closest of friends or family" (para. 112). With respect, we agree that important privacy interests attach to counselling records in the situation described by our colleague. However, where the documents in question have been shared with an agent of the state (namely, the Crown), it is apparent that the complainant's privacy interest in those records has disappeared. Clearly, where the records are in the possession of

droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. À notre avis, la pondération de ces intérêts divergents n'est pas nécessaire dans le contexte de la divulgation.

(b) La protection de la vie privée et l'existence d'un privilège

Comme le signale notre collègue le juge L'Heureux-Dubé, les dossiers socio-psychologiques concernant une agression sexuelle touchent à des aspects intimes de la vie du plaignant. Par conséquent, les dossiers thérapeutiques commandent une plus grande protection de la vie privée que bien d'autres formes de renseignements qui peuvent être en la possession du ministère public. On pourrait donc soutenir que la nature éminemment privée des dossiers thérapeutiques a un effet sur l'obligation du ministère public de divulguer de tels documents à la défense ou que le ministère public n'est pas tenu de les divulguer en raison d'une certaine forme de privilège afférent aux renseignements contenus dans les dossiers. À notre avis, la protection de la vie privée ou l'existence d'un privilège ne suscitent cependant plus d'inquiétudes lorsque les documents en question sont en la possession du ministère public. En conséquence, nous sommes d'avis que le caractère confidentiel des dossiers thérapeutiques n'a pas d'incidence sur l'obligation reconnue du ministère public de divulguer tous les renseignements en sa possession.

Il serait difficile, selon nous, de soutenir que le plaignant a des attentes en matière de protection de la vie privée relativement aux dossiers détenus par le ministère public. Pour étudier la nature du droit d'un plaignant à la protection de sa vie privée relativement à des dossiers thérapeutiques, le juge L'Heureux-Dubé indique que ces dossiers concernent souvent des «aspects totalement privés» de la vie personnelle du plaignant et contiennent des pensées et des déclarations «qui n'ont jamais été partagées avec [ses] amis les plus intimes ou [sa] famille» (par. 112). En toute déférence, nous sommes d'accord pour dire que d'importants droits à la protection de la vie privée sont associés aux dossiers socio-psychologiques dans la situation décrite par notre collègue. Toutefois, lorsque les documents en question ont été partagés avec un

the Crown, they have become “the property of the public to be used to ensure that justice is done” (*Stinchcombe, supra*, at p. 333). As a form of “public property”, records in the possession of the Crown are simply incapable of supporting any expectation of privacy. As a result, there is no “privacy interest” to be balanced against the right of the accused to make full answer and defence.

représentant de l'État (à savoir le ministère public), il est évident que le droit à la protection de la vie privée que le plaignant avait relativement à ces dossiers n'existe plus. Il est évident que, lorsque les dossiers sont en la possession du ministère public, ils sont devenus «la propriété du public qui doit être utilisée de manière à s'assurer que justice soit rendue» (*Stinchcombe*, précité, à la p. 333). Si les dossiers en la possession du ministère public revêtent la forme d'une «propriété publique», il ne peut tout simplement pas y avoir d'attentes en matière de protection de la vie privée à leur égard. Par conséquent, il n'existe aucun «droit à la protection de la vie privée» qui puisse être pondéré en regard du droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

9 The complainant's lack of a privacy interest in records that are possessed by the Crown counsels against a finding of privilege in such records. As stated above, it is somewhat inconsistent to claim that therapeutic records are sufficiently confidential to warrant a claim of privilege even after this confidentiality has been waived for the purpose of proceeding against the accused. Obviously, fairness must require that if the complainant is willing to release this information in order to further the criminal prosecution, then the accused should be entitled to use the information in the preparation of his or her defence.

L'absence de droit à la protection de la vie privée du plaignant relativement aux dossiers détenus par le ministère public nous empêche de conclure à l'existence d'un privilège à l'égard de ces dossiers. Comme nous l'avons déjà mentionné, il est quelque peu illogique de prétendre que des dossiers thérapeutiques sont suffisamment confidentiels pour justifier la revendication d'un privilège même après que l'on a renoncé à ce caractère confidentiel afin de poursuivre l'accusé. L'équité exige de toute évidence que, si le plaignant est d'accord pour communiquer ces renseignements afin de favoriser la poursuite criminelle, l'accusé devrait alors avoir le droit d'utiliser les renseignements dans la préparation de sa défense.

10 In deciding that the complainant waives any potential claim of privilege where therapeutic records are provided to the Crown, we recognize that any such waiver must be “fully informed” in order to defeat an attempted claim of privilege. Clearly, one could make the argument that the complainant would not have turned the documents over to the Crown had he or she been aware that the accused could be given access to the records. However, this problem is easily solved by placing an onus upon the Crown to inform the complainant of the potential for disclosure. Where the Crown seeks to obtain the records in question for the purpose of proceeding against the accused, the Crown must explain to the complainant that the records, if

En décidant que le plaignant renonce à toute revendication éventuelle de privilège lorsque les dossiers thérapeutiques sont transmis au ministère public, nous reconnaissons que, pour qu'elle fasse échec à une revendication de privilège, une telle renonciation doit être faite de façon «entièrement éclairée». On pourrait manifestement alléguer que le plaignant n'aurait pas remis les documents au ministère public s'il avait su que l'accusé aurait pu avoir accès aux dossiers. Cependant, le problème se résout facilement si on impose au ministère public l'obligation d'informer le plaignant de la possibilité de divulgation. Lorsqu'il cherche à obtenir les dossiers en question en vue de poursuivre l'accusé, le ministère public doit expliquer au

relevant, will have to be disclosed to the defence. As a result, the complainant will be given the opportunity to decide whether or not to waive any potential claim of privilege prior to releasing the records in question to the agents of the state.

Finally, it must be recognized that any form of privilege may be forced to yield where such a privilege would preclude the accused's right to make full answer and defence. As this Court held in *Stinchcombe* (at p. 340), a trial judge may require disclosure "in spite of the law of privilege" (emphasis added) where the recognition of the asserted privilege unduly limits the right of the accused to make full answer and defence. As a result, information in the possession of the Crown which is clearly relevant and important to the ability of the accused to raise a defence must be disclosed to the accused, regardless of any potential claim of privilege that might arise.

(c) Relevance

In commenting on the nature of therapeutic records, L'Heureux-Dubé J. has made it clear that the relevance of such records to the preparation of the defence cannot be presumed. As L'Heureux-Dubé J. states in her decision (at para. 144):

... it must not be presumed that the mere fact that a witness received treatment or counselling after a sexual assault indicates that the records will contain information that is relevant to the defence. The focus of therapy is vastly different from that of an investigation or other process undertaken for the purposes of the trial.

With respect, we agree with the proposition that the mere existence of therapeutic records is insufficient to establish the relevance of those records to the defence. However, we are of the opinion that the relevance of such records must be presumed where the records are in the possession of the Crown. Generally speaking, the Crown would not obtain possession or control of therapeutic records

plaignant que, s'ils sont pertinents, ils devront être divulgués à la défense. En conséquence, le plaignant aura la possibilité de décider s'il renonce ou non à toute revendication éventuelle de privilège avant de communiquer les dossiers en question aux représentants de l'État.

En dernier lieu, il faut reconnaître que toute forme de privilège doit céder le pas lorsqu'un tel privilège porterait atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Comme notre Cour l'a conclu dans *Stinchcombe* (à la p. 340), le juge du procès peut exiger la divulgation «malgré le droit au secret» (je souligne) lorsque la reconnaissance du privilège revendiqué restreint indûment le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Par conséquent, les renseignements en la possession du ministère public qui sont manifestement pertinents et importants pour permettre à l'accusé de faire valoir un moyen de défense doivent être divulgués à l'accusé, indépendamment de toute revendication de privilège qui pourrait survenir.

c) La pertinence

Dans ses remarques sur la nature des dossiers thérapeutiques, le juge L'Heureux-Dubé a précisé que leur pertinence par rapport à la préparation de la défense ne peut pas se présumer. Comme elle le dit dans ses motifs (au par. 144):

... il ne faut pas présumer que le simple fait qu'un témoin ait suivi un traitement ou reçu des conseils socio-psychologiques après une agression sexuelle indique que les dossiers contiendront des renseignements qui se rapportent à la défense. Une thérapie ne met pas du tout l'accent sur les mêmes choses qu'une enquête ou un autre processus entrepris aux fins du procès.

En toute déférence, nous sommes d'accord pour dire que la simple existence de dossiers thérapeutiques ne suffit pas à établir leur pertinence par rapport à la défense. Toutefois, nous estimons que la pertinence de ces dossiers doit se présumer lorsqu'ils se trouvent en la possession du ministère public. En règle générale, celui-ci n'obtiendrait pas la possession ou le contrôle des dossiers thérapeu-

11

12

unless the information the records contained was somehow relevant to the case against the accused. While one could make the argument that the Crown simply wished to peruse the records in question in order to ensure that they contained no relevant information, this cannot affect the Crown's obligation to disclose. If indeed the Crown merely surveyed the records and found them to contain no relevant material, the Crown would retain the opportunity to prove the irrelevance of the records on a *Stinchcombe* application by the defence. Clearly, the Crown is in a better position than the accused to discharge any onus regarding the relevance of the records, as the Crown retains possession and control of the information.

(d) Conclusion

13 For each of the foregoing reasons, we are of the view that the Crown's disclosure obligations established in the *Stinchcombe* decision are unaffected by the confidential nature of therapeutic records. Where the Crown has possession or control of therapeutic records, there is simply no compelling reason to depart from the reasoning in *Stinchcombe*: unless the Crown can prove that the records in question are clearly irrelevant or subject to some form of public interest privilege, the therapeutic records must be disclosed to the defence.

14 Having concluded that the principles of *Stinchcombe* are applicable in the context of therapeutic records within the Crown's possession, it remains to be determined what procedures for production will apply where the counselling records in question are possessed by third parties. Our views as to the appropriate procedure in that situation are discussed below.

tiques à moins que les renseignements qu'ils contiennent n'aient quelque pertinence relativement à la poursuite engagée contre l'accusé. Même si l'on pouvait soutenir que le ministère public désirait simplement parcourir les dossiers en question pour s'assurer qu'ils ne contenaient aucun renseignement pertinent, cela ne peut pas influencer sur l'obligation de divulguer du ministère public. Si, en fait, le ministère public a simplement parcouru les dossiers et conclu qu'ils ne contenaient aucun document pertinent, il conserverait la possibilité de prouver la non-pertinence des dossiers dans le cas d'une demande de type *Stinchcombe* présentée par la défense. Le ministère public est nettement mieux placé que l'accusé pour s'acquitter d'un fardeau en ce qui concerne la pertinence des dossiers, car les renseignements restent en sa possession et sous son contrôle.

d) Conclusion

Pour chacune des raisons qui précèdent, nous sommes d'avis que le caractère confidentiel des dossiers thérapeutiques n'influe pas sur l'obligation de divulguer du ministère public reconnue dans *Stinchcombe*. Lorsque de tels dossiers sont en la possession ou sous le contrôle du ministère public, il n'y a tout simplement aucune raison impérieuse de s'écarter du raisonnement suivi dans *Stinchcombe*: à moins que le ministère public puisse prouver qu'ils sont manifestement non pertinents ou sont assujettis à une certaine forme de privilège d'intérêt public, les dossiers thérapeutiques en question doivent être divulgués à la défense.

Après avoir conclu que les principes énoncés dans *Stinchcombe* s'appliquent dans le contexte des dossiers thérapeutiques en la possession du ministère public, il reste à déterminer quelles procédures s'appliqueront à leur production lorsque les dossiers socio-psychologiques en question sont détenus par des tiers. Nous commentons ci-dessous notre point de vue sur la procédure appropriée dans ce cas.

3. *Records in the Hands of Third Parties*

(a) The Application of *Stinchcombe*

As stated earlier, this Court's decision in *Stinchcombe* set out the general principle that an accused's ability to access information necessary to make full answer and defence is now constitutionally protected under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. The rationale for this constitutional protection stems from the basic proposition that the right to make full answer and defence is "one of the pillars of criminal justice on which we heavily depend to ensure that the innocent are not convicted": *Stinchcombe*, at p. 336.

Stinchcombe and its progeny were decided in the context of disclosure, where the information in question was in the possession of the Crown or the police. In that context, we held that an accused was entitled to obtain all of the information in the possession of the Crown, unless the information in question was clearly irrelevant. However, *Stinchcombe* recognized that, even in the context of disclosure, there are limits on the right of an accused to access information. For example, when the Crown asserts that the information is privileged, the trial judge must then balance the competing claims at issue. In such cases, the information will only be disclosed where the trial judge concludes that the asserted privilege "does not constitute a reasonable limit on the constitutional right to make full answer and defence" (*Stinchcombe*, at p. 340).

In our opinion, the balancing approach we established in *Stinchcombe* can apply with equal force in the context of production, where the information sought is in the hands of a third party. Of course, the balancing process must be modified to fit the context in which it is applied. In cases involving production, for example, we are concerned with the competing claims of a constitu-

3. *Les dossiers entre les mains de tiers*

a) L'application de l'arrêt *Stinchcombe*

Ainsi que nous l'avons indiqué précédemment, l'arrêt *Stinchcombe* a énoncé le principe général selon lequel la possibilité pour l'accusé d'avoir accès aux renseignements nécessaires afin de présenter une défense pleine et entière est maintenant protégée sur le plan constitutionnel en vertu de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. La raison d'être de cette protection constitutionnelle découle de la proposition fondamentale selon laquelle le droit de présenter une défense pleine et entière constitue «un des piliers de la justice criminelle, sur lequel nous comptons grandement pour assurer que les innocents ne soient pas déclarés coupables»: *Stinchcombe*, à la p. 336.

L'arrêt *Stinchcombe* et ceux qui l'ont suivi ont été rendus dans le contexte de la divulgence, lorsque les renseignements en question étaient en la possession du ministère public ou de la police. Dans ce contexte, nous avons conclu qu'un accusé a le droit d'obtenir tous les renseignements qui sont en la possession du ministère public, à moins que les renseignements en question soient manifestement sans pertinence. Cependant, l'arrêt *Stinchcombe* a reconnu que, même dans le contexte de la divulgation, il existe des limites au droit d'un accusé d'avoir accès à des renseignements. Par exemple, lorsque le ministère public affirme que les renseignements font l'objet d'un privilège, le juge du procès doit alors pondérer les revendications contradictoires en cause. Les renseignements ne seront alors divulgués que lorsque le juge du procès conclut que le privilège revendiqué «ne constitue pas une restriction raisonnable du droit constitutionnel de présenter une défense pleine et entière» (*Stinchcombe*, à la p. 340).

À notre avis, la méthode de la pondération que nous avons préconisée dans *Stinchcombe* peut s'appliquer tout autant dans le contexte de la production, lorsque les renseignements demandés sont entre les mains d'un tiers. Naturellement, le processus de pondération doit être modifié pour s'adapter au contexte dans lequel il s'applique. Dans les cas de production, par exemple, nous

15

16

17

tional right to privacy in the information on the one hand, and the right to full answer and defence on the other. We agree with L'Heureux-Dubé J. that a constitutional right to privacy extends to information contained in many forms of third party records.

18

In recognizing that all individuals have a right to privacy which should be protected as much as is reasonably possible, we should not lose sight of the possibility of occasioning a miscarriage of justice by establishing a procedure which unduly restricts an accused's ability to access information which may be necessary for meaningful full answer and defence. In *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 611, we recognized that:

Canadian courts . . . have been extremely cautious in restricting the power of the accused to call evidence in his or her defence, a reluctance founded in the fundamental tenet of our judicial system that an innocent person must not be convicted.

Indeed, so important is the societal interest in preventing a miscarriage of justice that our law requires the state to disclose the identity of an informer in certain circumstances, despite the fact that the revelation may jeopardize the informer's safety.

(b) The First Stage: Establishing "Likely Relevance"

19

When the defence seeks information in the hands of a third party (as compared to the state), the following considerations operate so as to require a shifting of the onus and a higher threshold of relevance:

- (1) the information is not part of the state's "case to meet" nor has the state been granted access to the information in preparing its case; and

nous intéressons aux revendications contradictoires d'un droit constitutionnel à la protection de la vie privée en matière de renseignements d'une part et du droit de présenter une défense pleine et entière d'autre part. Nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire qu'un droit constitutionnel à la protection de la vie privée s'étend aux renseignements contenus dans plusieurs sortes de dossiers entre les mains de tiers.

En reconnaissant que tous les individus jouissent d'un droit à la protection de leur vie privée, qui devrait être protégé autant que raisonnablement possible, nous ne devrions pas perdre de vue qu'on peut commettre une erreur judiciaire en établissant une procédure qui restreint indûment la capacité pour un accusé d'avoir accès aux renseignements qui peuvent être nécessaires à une défense pleine et entière qui soit significative. Dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 611, nous avons reconnu:

Les tribunaux canadiens [. . .] ont beaucoup hésité à restreindre le pouvoir de l'accusé de présenter une preuve à l'appui de sa défense, cette hésitation tenant du principe fondamental de notre système judiciaire selon lequel une personne innocente ne doit pas être déclarée coupable.

En fait, l'intérêt de la société à ce que soit évitée toute erreur judiciaire est tellement important que notre droit exige de l'État qu'il divulgue l'identité d'un indicateur dans certaines circonstances, même si la révélation de son identité risque de mettre sa sécurité en danger.

b) La première étape: démontrer la «pertinence probable»

Lorsque la défense demande des renseignements qui sont entre les mains d'un tiers (par comparaison à celles de l'État), les considérations suivantes interviennent et exigent un déplacement du fardeau et un critère de pertinence plus élevé:

- (1) les renseignements ne font pas partie de la «preuve complète» que l'État doit présenter et l'État n'a pas eu accès aux renseignements lors de la préparation de sa preuve;

- (2) third parties have no obligation to assist the defence.

In light of these considerations, we agree with L'Heureux-Dubé J. that, at the first stage in the production procedure, the onus should be on the accused to satisfy a judge that the information is likely to be relevant. The onus we place on the accused should not be interpreted as an evidential burden requiring evidence and a *voir dire* in every case. It is simply an initial threshold to provide a basis for production which can be satisfied by oral submissions of counsel. It is important to recognize that the accused will be in a very poor position to call evidence given that he has never had access to the records. *Viva voce* evidence and a *voir dire* may, however, be required in situations in which the presiding judge cannot resolve the matter on the basis of the submissions of counsel. (See *Chaplin, supra*, at p. 744.)

In order to initiate the production procedure, the accused must bring a formal written application supported by an affidavit setting out the specific grounds for production. However, the court should be able, in the interests of justice, to waive the need for a formal application in some cases. In either event, however, notice must be given to third parties in possession of the documents as well as to those persons who have a privacy interest in the records. The accused must also ensure that the custodian and the records are subpoenaed to ensure their attendance in the court. The initial application for disclosure should be made to the judge seized of the trial, but may be brought before the trial judge prior to the empanelling of the jury, at the same time that other motions are heard. In this way, disruption of the jury will be minimized and both the Crown and the defence will be provided with adequate time to prepare their cases based on any evidence that may be produced as a result of the application.

According to L'Heureux-Dubé J., once the accused meets the "likely relevance" threshold, he or she must then satisfy the judge that the salutary

- (2) les tiers ne sont nullement tenus de prêter leur assistance à la défense.

Compte tenu de ces considérations, nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire que, à la première étape de la demande de production de documents, il devrait incomber à l'accusé de convaincre le juge que les renseignements sont d'une pertinence probable. Il ne faudrait pas interpréter le fardeau que nous imputons à l'accusé comme exigeant la présentation d'éléments de preuve et la tenue d'un *voir-dire* dans chaque cas. Il s'agit simplement d'un critère initial visant à établir un fondement pour la production, auquel l'avocat pourra satisfaire par sa plaidoirie. Il est important de reconnaître que l'accusé sera très mal placé pour produire une preuve étant donné qu'il n'a jamais eu accès aux dossiers. La production d'une preuve de vive voix ainsi que la tenue d'un *voir-dire* peuvent toutefois s'imposer lorsque le juge qui préside est dans l'impossibilité de régler la question en se fondant sur les prétentions de l'avocat. (Voir *Chaplin*, précité, à la p. 744.)

Pour entamer la procédure de production, l'accusé doit présenter par écrit une demande formelle appuyée d'un affidavit exposant les motifs précis de la production. Toutefois, dans l'intérêt de la justice, le tribunal devrait pouvoir exempter l'accusé de la nécessité de présenter une demande formelle dans certains cas. Quelle que soit la procédure retenue, les tiers en possession des documents et les personnes qui ont un intérêt de nature privée dans les dossiers doivent être avisés de la demande de production. L'accusé doit également veiller à ce que le gardien soit assigné à comparaître et à produire les dossiers. La demande initiale de divulgation devrait être adressée au juge saisi de l'affaire, mais elle peut être présentée devant le juge du procès avant la formation du jury, au moment de l'audition des autres requêtes. Cela évitera de déranger le jury et laissera au ministère public et à la défense tout le temps nécessaire pour préparer leur preuve en se fondant sur tout élément de preuve qui sera produit à la suite de la demande.

Selon le juge L'Heureux-Dubé, une fois que l'accusé a satisfait au critère de la «pertinence probable», il lui faudra convaincre le juge que les

effects of ordering the documents produced to the court for inspection outweigh the deleterious effects of such production. We are of the view that this balancing should be undertaken at the second stage of the procedure. The "likely relevance" stage should be confined to a question of whether the right to make full answer and defence is implicated by information contained in the records. Moreover, a judge will only be in an informed position to engage in the required balancing analysis once he or she has had an opportunity to review the records in question.

(c) The Meaning of "Likely" Relevance

22

In the disclosure context, the meaning of "relevance" is expressed in terms of whether the information may be useful to the defence (see *Egger, supra*, at p. 467, and *Chaplin, supra*, at p. 740). In the context of production, the test of relevance should be higher: the presiding judge must be satisfied that there is a reasonable possibility that the information is logically probative to an issue at trial or the competence of a witness to testify. When we speak of relevance to "an issue at trial", we are referring not only to evidence that may be probative to the material issues in the case (i.e. the unfolding of events) but also to evidence relating to the credibility of witnesses and to the reliability of other evidence in the case. See *R. v. R. (L.)* (1995), 39 C.R. (4th) 390 (Ont. C.A.), at p. 398.

23

This higher threshold of relevance is appropriate because it reflects the context in which the information is being sought. Generally speaking, records in the hands of third parties find their way into court proceedings by one of two procedures. First, under s. 698(1) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, a party may apply for a subpoena requiring a person to attend where that person is likely to give material evidence in a proceedings. Pursuant to s. 700(1) of the *Code*, the subpoena is only available for those records in the custodian's possession "relating to the subject-

effets bénéfiques qu'entraînerait l'ordonnance de production des documents à la cour pour inspection l'emportent sur les effets préjudiciables d'une telle production. Nous estimons que cette pondération devrait être entreprise à la seconde étape de la demande. L'étape de la «pertinence probable» devrait se limiter à la question de savoir si les renseignements figurant dans le dossier ont une incidence sur le droit de présenter une défense pleine et entière. De plus, le juge ne sera en mesure de procéder à la pondération requise que lorsqu'il aura eu l'occasion d'examiner les dossiers en question.

c) Le sens de pertinence «probable»

Dans le contexte de la divulgation, la «pertinence» est fonction de l'utilité que les renseignements peuvent avoir pour la défense (voir *Egger, précité*, à la p. 467, et *Chaplin, précité*, à la p. 740). Dans le contexte de la production, le critère de la pertinence devrait être plus élevé: le juge président le procès doit être convaincu qu'il existe une possibilité raisonnable que les renseignements aient une valeur logiquement probante relativement à une question en litige ou à l'habilité à témoigner d'un témoin. Lorsque nous parlons de pertinence par rapport à «une question en litige», nous faisons allusion non seulement à la preuve qui peut avoir une valeur probante relativement aux questions substantielles (c'est-à-dire le déroulement des événements), mais également à la preuve concernant la crédibilité des témoins et la fiabilité des autres éléments de preuve présentés dans l'affaire. Voir *R. c. R. (L.)* (1995), 39 C.R. (4th) 390 (C.A. Ont.), à la p. 398.

Ce critère plus élevé de pertinence est approprié parce qu'il reflète le contexte dans lequel sont demandés les renseignements. En règle générale, les dossiers qui sont entre les mains de tiers apparaissent dans le déroulement des procédures judiciaires de l'une des deux façons suivantes. Premièrement, en vertu du par. 698(1) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, une des parties au procès peut demander que soit lancée une assignation enjoignant à une personne de comparaître lorsque cette personne est susceptible de fournir quelque preuve substantielle dans une procédure. Confor-

matter of the proceedings". The second method of obtaining production of documents is to apply for a search warrant pursuant to s. 487(1) of the *Code*. Under s. 487(1)(b) a search warrant will be issued where a justice is satisfied that there is in a building, receptacle or place "anything that there are reasonable grounds to believe will afford evidence with respect to the commission of an offence . . .". Consequently, under either of these schemes the individual seeking access to third party records must satisfy a neutral arbiter that the records are relevant to the proceedings in question. We agree with L'Heureux-Dubé J. that the appropriate procedure to follow is via the *subpoena duces tecum* route.

While we agree that "likely relevance" is the appropriate threshold for the first stage of the two-step procedure, we wish to emphasize that, while this is a significant burden, it should not be interpreted as an onerous burden upon the accused. There are several reasons for holding that the onus upon the accused should be a low one. First, at this stage of the inquiry, the only issue is whether the information is "likely" relevant. We agree with L'Heureux-Dubé J. that considerations of privacy should not enter into the analysis at this stage. We should also not be concerned with whether the evidence would be admissible, for example as a matter of policy, as that is a different query (*Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190). As the House of Lords recognized in *R. v. Preston*, [1993] 4 All E.R. 638, at p. 664:

. . . the fact that an item of information cannot be put in evidence by a party does not mean that it is worthless. Often, the train of inquiry which leads to the discovery

mément au par. 700(1) du *Code*, l'assignation n'est valable que pour les dossiers en la possession du gardien qui se rapportent «à l'objet des procédures». La seconde façon d'obtenir la production de documents est de demander un mandat de perquisition conformément au par. 487(1) du *Code*. Aux termes de l'al. 487(1)b), un mandat de perquisition sera délivré lorsqu'un juge de paix est convaincu que, dans un bâtiment, contenant ou lieu, se trouve, «une chose dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle fournira une preuve touchant la commission d'une infraction . . .». Par conséquent, sous l'un ou l'autre de ces régimes, l'individu qui demande à avoir accès à des dossiers en la possession de tiers doit convaincre un arbitre neutre que les dossiers sont pertinents relativement aux procédures en question. Nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire que la procédure appropriée à suivre est l'assignation *duces tecum*.

Si nous admettons que la «pertinence probable» est le critère approprié à la première étape de la procédure à deux volets, nous désirons toutefois souligner que, bien qu'il s'agisse d'un fardeau important, cela ne devrait pas être interprété comme un fardeau onéreux incombant à l'accusé. Il y a plusieurs raisons qui peuvent nous amener à conclure que le fardeau qui incombe à l'accusé devrait être léger. Premièrement, à cette étape de l'enquête, il s'agit uniquement de savoir si les renseignements sont «probablement» pertinents. Nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire que des considérations relatives à la protection de la vie privée ne devraient pas entrer dans l'analyse effectuée à cette étape. Nous ne devrions pas non plus nous préoccuper de savoir si les éléments de preuve seraient admissibles, comme question de principe par exemple, car il s'agit là d'une question différente (*Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190). Comme la Chambre des lords l'a reconnu dans l'arrêt *R. c. Preston*, [1993] 4 All E.R. 638, à la p. 664:

[TRADUCTION] . . . le fait qu'un renseignement ne puisse pas être produit en preuve par l'une des parties ne signifie pas qu'il est sans valeur. Souvent, le déroulement de

of evidence which is admissible at a trial may include an item which is not admissible

A relevance threshold, at this stage, is simply a requirement to prevent the defence from engaging in "speculative, fanciful, disruptive, unmeritorious, obstructive and time-consuming" requests for production. See *Chaplin, supra*, at p. 744.

25

Second, by placing an onus on the accused to show "likely relevance", we put the accused in the difficult situation of having to make submissions to the judge without precisely knowing what is contained in the records. This Court has recognized on a number of occasions the danger of placing the accused in a "Catch-22" situation as a condition of making full answer and defence (see, for example, *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505, at pp. 1513-14; *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, at pp. 1463-64; *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637; and *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469). In *Durette*, at p. 499, Sopinka J., for a majority of the Court, held:

The appellants should not be required to demonstrate the specific use to which they might put information which they have not even seen.

Similarly, La Forest J. in *Carey*, at p. 678, held in commenting on the lower court's decision which denied the applicant access to cabinet documents because his submissions, according to that court, were no more than "a bare unsupported assertion . . . that something to help him may be found":

What troubles me about this approach is that it puts on a plaintiff [the] burden of proving how the documents, which are admittedly relevant, can be of assistance. How can he do that? He has never seen them; they are confidential and so unavailable. To some extent, then, what the documents contain must be a matter of speculation.

We are of the view that the concern expressed in these cases applies with equal force in the case at

l'enquête qui mène à la découverte d'éléments de preuve qui sont admissibles au procès peut comprendre un élément qui ne l'est pas

À cette étape, un critère de pertinence vise simplement à empêcher que la défense ne se lance dans des demandes de production «qui reposent sur la conjecture et qui sont fantaisistes, perturbatrices, mal fondées, obstructionnistes et dilatoires». Voir *Chaplin*, précité, à la p. 744.

Deuxièmement, en imposant à l'accusé le fardeau de prouver la «pertinence probable», nous le plaçons dans la situation difficile de devoir présenter des arguments au juge sans savoir précisément ce que contiennent les dossiers. Notre Cour a reconnu à plusieurs reprises qu'il est dangereux de placer l'accusé dans une situation sans issue comme condition pour présenter une défense pleine et entière (voir, par exemple, *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505, aux pp. 1513 et 1514; *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, aux pp. 1463 et 1464; *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, et *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469). Dans *Durette*, à la p. 499, le juge Sopinka a conclu, au nom de la Cour à la majorité:

Les appelants ne devraient pas être obligés de démontrer l'usage exact qu'ils pourraient faire de renseignements qu'ils n'ont même pas vus.

De la même façon, le juge La Forest a dit dans *Carey*, à la p. 678, à l'occasion de remarques sur la décision de la cour de juridiction inférieure de refuser au requérant l'accès à des documents du Cabinet parce que ses arguments, selon cette cour, n'étaient rien d'autre qu'une [TRADUCTION] «simple affirmation, sans rien à l'appui [. . .] que quelque chose d'utile pourrait se trouver» dans les documents:

Ce qui me gêne dans cette façon de voir est qu'elle impose à un demandeur l'obligation de prouver en quoi des documents, reconnus pertinents, peuvent l'aider. Mais comment peut-il s'y prendre? Il ne les a jamais vus; ils sont confidentiels et ne peuvent être consultés. Dans une certaine mesure donc la teneur des documents doit relever de la conjecture.

Nous estimons que la préoccupation exprimée dans ces arrêts s'applique tout autant en l'espèce, où le

bar, where the ultimate goal is the search for truth rather than the suppression of potentially relevant evidence.

L'Heureux-Dubé J. questions the "Catch-22" analogy in the context of production. In her view, there is no presumption of materiality because the records are not created nor sought by the state as part of its investigation. However, it should be remembered that in most cases, an accused will not be privy to the existence of third party records which are maintained under strict rules of confidentiality. Generally speaking, an accused will only become aware of the existence of records because of something which arises in the course of the criminal case. For example, the complainant's psychiatrist, therapist or social worker may come forward and reveal his or her concerns about the complainant (as occurred in *R. v. Ross* (1993), 79 C.C.C. (3d) 253 (N.S.C.A.), and *R. v. Ross* (1993), 81 C.C.C. (3d) 234 (N.S.C.A.)). In other cases, the complainant may reveal at the preliminary inquiry or in his or her statement to the police that he or she decided to lay a criminal charge against the accused following a visit with a particular therapist. There is a possibility of materiality where there is a "reasonably close temporal connection between" the creation of the records and the date of the alleged commission of the offence (*R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at p. 673) or in cases of historical events, as in this case, a close temporal connection between the creation of the records and the decision to bring charges against the accused.

In *R. v. Morin*, [1988] 2 S.C.R. 345, at p. 370, we recognized that "[i]t is difficult and arguably undesirable to lay down stringent rules for the determination of the relevance of a particular category of evidence". Consequently, while we will not attempt to set out categories of relevance, we feel compelled to respond to some of the statements expressed by our colleague. L'Heureux-Dubé J. suggests in her reasons that "the assumption that private therapeutic or counselling records are relevant to full answer and defence is often highly questionable" (para. 109) and that "the vast majority of information noted during therapy ses-

but ultime est la recherche de la vérité plutôt que la suppression d'éléments de preuve potentiellement pertinents.

Le juge L'Heureux-Dubé met en doute l'analogie avec la situation sans issue dans le contexte de la production. À son avis, il n'y a aucune présomption du caractère substantiel des dossiers parce qu'ils ne sont ni créés ni demandés par l'État comme faisant partie intégrante de son enquête. Toutefois, il faut se rappeler que, dans la plupart des cas, un accusé ne connaîtra pas l'existence de dossiers de tiers qui sont conservés selon des règles de confidentialité strictes. En général, un accusé ne connaîtra l'existence de dossiers que parce qu'il est survenu quelque chose au cours de l'instance criminelle. Par exemple, le psychiatre, le thérapeute ou le travailleur social du plaignant peut se présenter et faire part de ses préoccupations au sujet du plaignant (comme cela s'est produit dans *R. c. Ross* (1993), 79 C.C.C. (3d) 253 (C.A.N.-É.), et *R. c. Ross* (1993), 81 C.C.C. (3d) 234 (C.A.N.-É.)). Dans d'autres cas, le plaignant peut révéler à l'enquête préliminaire ou dans sa déclaration aux policiers qu'il a décidé de porter plainte au criminel contre l'accusé à la suite d'une visite qu'il a faite à un thérapeute donné. Il est possible que les documents soient substantiels lorsqu'il y a un «rapport temporel suffisamment étroit entre» la création des dossiers et la date à laquelle l'infraction aurait été commise (*R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, à la p. 673) ou, dans le cas d'événements survenus il y a longtemps, comme en l'espèce, un rapport temporel étroit entre la création des dossiers et la décision de déposer des plaintes contre l'accusé.

Dans *R. c. Morin*, [1988] 2 R.C.S. 345, à la p. 370, nous avons reconnu qu'«[i] est difficile et peut-on prétendre peu souhaitable de formuler des règles strictes pour servir à déterminer la pertinence d'une catégorie particulière de preuve». En conséquence, bien que nous n'ayons pas l'intention d'établir des catégories de pertinence, nous nous sentons obligés de répondre à certains des énoncés de notre collègue. Le juge L'Heureux-Dubé dit dans ses motifs que «l'affirmation selon laquelle les dossiers thérapeutiques ou socio-psychologiques sont nécessaires pour assurer une défense pleine et entière est souvent grandement

26

27

sions bears no relevance whatsoever or, at its highest, only an attenuated sense of relevance to the issues at trial" (para. 144). With respect, we disagree. L'Heureux-Dubé J.'s observation as to the likelihood of relevance belies the reality that in many criminal cases, trial judges have ordered the production of third party records often applying the same principles we have enunciated in this case. The sheer number of decisions in which such evidence has been produced supports the potential relevance of therapeutic records.

discutable» (par. 109) et que «la vaste majorité des renseignements notés au cours des séances de thérapie ne sont nullement pertinents ou, tout au plus, se rapportent peu aux questions en litige» (par. 144). En toute déférence, nous ne sommes pas d'accord. L'observation du juge L'Heureux-Dubé au sujet de la probabilité de la pertinence donne une fausse idée de la réalité selon laquelle, dans bon nombre de poursuites criminelles, les juges du procès ont ordonné la production de dossiers de tiers souvent en appliquant les mêmes principes que ceux que nous avons énoncés en l'espèce. Le nombre même de décisions dans lesquelles a été produite une telle preuve vient étayer la pertinence potentielle des dossiers thérapeutiques.

28 Moreover, in *Osolin, supra*, this Court recognized the importance of ensuring access to the kind of information at issue in this appeal. In *Osolin*, we ordered a new trial where the accused had been denied an opportunity to cross-examine regarding the psychiatric records of the complainant. Those records contained the following entry (at p. 661):

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.

Cory J., for the majority, held, at p. 674, that:

... what the complainant said to her counsellor ... 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.

En outre, dans *Osolin*, précité, notre Cour a reconnu l'importance de permettre l'accès au genre de renseignements dont il est question en l'espèce. Dans cet arrêt, nous avons ordonné la tenue d'un nouveau procès là où l'accusé s'était vu refuser la possibilité de procéder à un contre-interrogatoire relativement aux dossiers psychiatriques de la plaignante. Ces dossiers contenaient l'inscription suivante (à la p. 661):

[TRADUCTION] 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 Cory a conclu, au nom de la majorité, à la p. 674:

... les propos tenus par la plaignante devant son conseiller [...] 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.

29 By way of illustration only, we are of the view that there are a number of ways in which informa-

En guise d'illustration seulement, nous sommes d'avis que les renseignements figurant dans les

tion contained in third party records may be relevant, for example, in sexual assault cases:

- (1) they may contain information concerning the unfolding of events underlying the criminal complaint. See *Osolin, supra*, and *R. v. R.S.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 115 (Ont. C.A.).
- (2) they may reveal the use of a therapy which influenced the complainant's memory of the alleged events. For example, in *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at p. 447, L'Heureux-Dubé J. recognized the problem of contamination when she stated, in the context of the sexual abuse of children, that "the fear of contaminating required testimony has forced the delay of needed therapy and counselling". See too *R. v. Norman* (1993), 87 C.C.C. (3d) 153 (Ont. C.A.).
- (3) they may contain information that bears on the complainant's "credibility, including testimonial factors such as the quality of their perception of events at the time of the offence, and their memory since". See *R. v. R. (L.)*, *supra*, at p. 398; *R. v. Hedstrom* (1991), 63 C.C.C. (3d) 261 (B.C.C.A.); *R. v. Ross* (1993), 81 C.C.C. (3d) 234 (N.S.C.A.); *Toohey v. Metropolitan Police Commissioner*, [1965] 1 All. E.R. 506 (H.L.).

As a result, we disagree with L'Heureux-Dubé J.'s assertion that therapeutic records will only be relevant to the defence in rare cases.

(d) The Role of the Judge at the Second Stage: Balancing Full Answer and Defence and Privacy

We agree with L'Heureux-Dubé J. that "upon their production to the court, the judge should examine the records to determine whether, and to what extent, they should be produced to the accused" (para. 153). We also agree that in making that determination, the judge must examine and weigh the salutary and deleterious effects of a pro-

dossiers de tiers peuvent être pertinents d'un certain nombre de façons, par exemple, dans les affaires d'agression sexuelle:

- (1) ils peuvent contenir des renseignements concernant le déroulement des événements qui sont à la base de la plainte au criminel. Voir *Osolin*, précité, et *R. c. R.S.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 115 (C.A. Ont.).
- (2) ils peuvent révéler le recours à une thérapie qui a influé sur le souvenir que le plaignant a des faits allégués. Par exemple, dans *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, à la p. 447, le juge L'Heureux-Dubé a admis le problème de la contamination lorsqu'elle a déclaré, dans le contexte des agressions sexuelles contre les enfants, qu'«on a dû, par crainte de contaminer le témoignage requis, retarder la thérapie et le counseling». Voir également *R. c. Norman* (1993), 87 C.C.C. (3d) 153 (C.A. Ont.).
- (3) ils peuvent contenir des renseignements qui ont trait à [TRADUCTION] «la crédibilité [des plaignants], y compris des éléments des témoignages comme la qualité de la perception qu'ils avaient des faits au moment où l'infraction a été commise et le souvenir qu'ils en ont depuis». Voir *R. c. R. (L.)*, précité, à la p. 398; *R. c. Hedstrom* (1991), 63 C.C.C. (3d) 261 (C.A.C.-B.); *R. c. Ross* (1993), 81 C.C.C. (3d) 234 (C.A.N.-É.); *Toohey c. Metropolitan Police Commissioner*, [1965] 1 All. E.R. 506 (H.L.).

Par conséquent, nous ne sommes pas d'accord avec l'affirmation du juge L'Heureux-Dubé selon laquelle les dossiers thérapeutiques ne seront pertinents pour la défense que dans de rares cas.

d) Le rôle du juge à la seconde étape: pondération de la défense pleine et entière et de la protection de la vie privée

Nous sommes d'accord avec le juge L'Heureux-Dubé pour dire que, «au moment de la production des dossiers devant la cour, le juge devra les examiner pour déterminer si et dans quelle mesure ils devraient être divulgués à l'accusé» (par. 153). Nous admettons également que, pour arriver à cette conclusion, le juge doit examiner et sopeser

duction order and determine whether a non-production order would constitute a reasonable limit on the ability of the accused to make full answer and defence. In some cases, it may be possible for the presiding judge to provide a judicial summary of the records to counsel to enable them to assist in determining whether the material should be produced. This, of course, would depend on the specific facts of each particular case.

les effets bénéfiques et les effets préjudiciables d'une ordonnance de production et déterminer si une ordonnance de non-production constituerait une restriction raisonnable de la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Dans certains cas, le juge qui préside le procès peut avoir la possibilité de fournir un résumé judiciaire des dossiers aux avocats pour leur permettre d'aider à déterminer si les documents devraient être produits. Cela dépend naturellement des faits précis de chaque cas particulier.

31 We also agree that, in balancing the competing rights in question, the following factors should be considered: «(1) the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence; (2) the probative value of the record in question; (3) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy vested in that record; (4) whether production of the record would be premised upon any discriminatory belief or bias” and “(5) the potential prejudice to the complainant’s dignity, privacy or security of the person that would be occasioned by production of the record in question” (para. 156).

Nous admettons également que, pour équilibrer les droits contradictoires en question, il faudrait prendre en considération les facteurs suivants: «(1) la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière; (2) la valeur probante du dossier en question; (3) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect du caractère privé de ce dossier; (4) la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoires» et «(5) le préjudice possible à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne [du plaignant] que pourrait causer la production du dossier en question» (par. 156).

32 However, L'Heureux-Dubé J. also refers to two other factors that she believes must be considered. She suggests that the judge should take account of “the extent to which production of records of this nature would frustrate society’s interest in encouraging the reporting of sexual offences and the acquisition of treatment by victims” as well as “the effect on the integrity of the trial process of producing, or failing to produce, the record, having in mind the need to maintain consideration in the outcome” (para. 156). This last factor is more appropriately dealt with at the admissibility stage and not in deciding whether the information should be produced. As for society’s interest in the reporting of sexual crimes, we are of the opinion that there are other avenues available to the judge to ensure that production does not frustrate the societal interests that may be implicated by the production of the records to the defence. A number of these avenues are discussed by the Nova Scotia Court of

Toutefois, le juge L'Heureux-Dubé mentionne également deux autres facteurs qui, d'après elle, doivent être pris en considération. Elle dit que le juge devrait tenir compte de «la mesure dans laquelle la production de dossiers de cette nature nuirait à l'intérêt qu'a la société à ce que les victimes signalent les agressions sexuelles et suivent des thérapies» ainsi que de «l'effet de la production ou de la non-production du dossier sur l'intégrité du processus judiciaire, compte tenu de la nécessité de garder à l'esprit les conséquences de la décision» (par. 156). Il conviendrait mieux de traiter de ce dernier facteur à l'étape de l'admissibilité et non pas au moment de décider si les renseignements devraient être produits. Pour ce qui est de l'intérêt de la société à ce que les crimes sexuels soient signalés, nous sommes d'avis que le juge dispose d'autres moyens pour s'assurer que la production ne contrecarre pas les intérêts de la société qui peuvent être touchés par la production

Appeal in *R. v. Ryan* (1991), 69 C.C.C. (3d) 226, at p. 230:

As the trials of these two charges proceed, there are a number of protective devices to allay the concerns of the caseworkers over the contents of their files. The trial judge has considerable discretion in these matters. It is for the trial judge to determine whether a ban shall be placed on publication. It is for the trial judge to decide whether spectators shall be barred when evidence is given on matters that the trial judge deems to be extremely sensitive and worth excluding from the information available to the public. High on the list is, of course, the matter of relevance. Unless the evidence sought from the witness meets the test of relevancy, it will be excluded. The trial judge is able to apply the well-established rules and tests to determine whether any given piece of evidence is relevant.

We are also of the view that these options are available to the judge to further protect the privacy interests of witnesses if the production of private records is ordered.

Consequently, the societal interest is not a paramount consideration in deciding whether the information should be provided. It is, however, a relevant factor which should be taken into account in weighing the competing interests.

In applying these factors, it is also appropriate to bear in mind that production of third party records is always available to the Crown provided it can obtain a search warrant. It can do so if it satisfies a justice that there is in a place, which includes a private dwelling, anything that there are reasonable grounds to believe will afford evidence of the commission of an offence. Fairness requires that the accused be treated on an equal footing.

III. Conclusion and Disposition

Although the parties have obviously failed to observe the above procedures for the production of

des dossiers à la défense. Certains de ces moyens ont été examinés par la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse dans *R. c. Ryan* (1991), 69 C.C.C. (3d) 226, à la p. 230:

[TRADUCTION] À mesure que se déroulent les procès relatifs à ces deux accusations, il y a un certain nombre de mécanismes de protection pour apaiser les inquiétudes des travailleurs en service social au sujet du contenu de leurs dossiers. Le juge du procès jouit d'un grand pouvoir discrétionnaire dans ces domaines. Il lui appartient de déterminer s'il faut en interdire la publication. Il lui appartient de décider si la salle d'audience sera interdite aux spectateurs lors de la présentation de la preuve sur des questions qu'il estime extrêmement délicates et qui méritent d'être écartées des renseignements disponibles au public. Naturellement, la question de la pertinence est au début de la liste. À moins que la preuve demandée au témoin réponde au critère de la pertinence, elle sera exclue. Le juge du procès peut appliquer les règles et les critères reconnus pour déterminer si un élément de preuve particulier est pertinent.

Nous sommes également d'avis que le juge dispose de ces options pour protéger davantage le droit à la vie privée des témoins si la production de dossiers privés est ordonnée.

Par conséquent, l'intérêt de la société n'est pas une considération primordiale lorsqu'il s'agit de décider si les renseignements devraient être fournis. Par contre, c'est un facteur pertinent qui devrait être pris en considération dans la pondération des intérêts opposés.

Dans l'application de ces facteurs, il convient également de se rappeler que le ministère public peut toujours exiger la production de dossiers de tiers pourvu qu'il obtienne un mandat de perquisition. Il peut le faire s'il convainc un juge de paix que se trouve dans un endroit, ce qui comprend une habitation privée, une chose dont on a des motifs raisonnables de croire qu'elle fournira une preuve touchant la commission d'une infraction. L'équité exige que l'accusé bénéficie d'un traitement égal.

III. Conclusion et dispositif

Bien que les parties n'aient manifestement pas suivi les procédures susmentionnées pour la pro-

33

34

35

third party records, it is unnecessary to determine whether or not a production order was warranted in this case. In our view, Major J. is correct in holding that the impropriety of the production order at issue in this appeal “does not excuse the conduct of the Crown after the order was made” (para. 222). As a result, whether or not production was warranted in this case, the conduct of the Crown in refusing to comply with the production order is inexcusable, and warrants a stay of the proceedings against the accused. We are therefore in complete agreement with the reasoning and conclusions of Major J., and would accordingly hold that this appeal should be allowed.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

36 L'HEUREUX-DUBÉ J. — Two issues are raised by this appeal. First, when does non-disclosure by the Crown justify an order that the proceedings which are the subject matter of the non-disclosure be stayed? Second, what is the appropriate procedure to be followed when an accused seeks production of documents such as medical and/or therapeutic records that are in the hands of third parties?

37 Strictly speaking, leave has only been sought to this Court from the decision of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. O'Connor* (1994), 89 C.C.C. (3d) 109, which addressed the question of the appropriateness of a stay. However, much of the non-disclosure and late disclosure that formed the basis for the stay of proceedings that is the subject of this appeal related directly to disagreement over the appropriateness of the pre-trial disclosure order made by Campbell A.C.J. As a result, those reasons must be read together as a whole with *R. v. O'Connor* (1994), 90 C.C.C. (3d) 257 (“*O'Connor* (No. 2)”), in which the Court of Appeal provided guidelines for future applications for production of medical records held by third parties. Given the national importance of establishing guidelines for such production (in light of the absence of legislative intervention), and the fact that this matter was fully argued before us, it is appropriate for this Court to provide some assistance to lower courts in

duction de dossiers de tiers, il n’y a pas lieu de déterminer si une ordonnance de production était justifiée ou non en l’espèce. À notre avis, le juge Major a raison de conclure que le caractère inapproprié de l’ordonnance judiciaire en cause dans le présent pourvoi «n’excuse pas la conduite du ministère public après son prononcé» (par. 222). Par conséquent, que la production ait été justifiée ou non en l’espèce, la conduite du ministère public en refusant de se conformer à l’ordonnance de production est inexcusable et justifie l’arrêt des procédures engagées contre l’accusé. Nous sommes donc en parfait accord avec le raisonnement et les conclusions du juge Major et, par conséquent, nous sommes d’avis d’accueillir le présent pourvoi.

Les motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi soulève deux questions. Premièrement, quand la non-divulgence de documents par le ministère public justifie-t-elle une ordonnance d'arrêt des procédures faisant l'objet de la non-divulgence? Deuxièmement, quelle est la procédure appropriée lorsqu'un accusé demande la production de documents tels les dossiers médicaux ou thérapeutiques en la possession de tiers?

À strictement parler, notre Cour est saisie d'une demande d'autorisation de pourvoi uniquement contre la décision par laquelle la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a, dans l'arrêt *R. c. O'Connor* (1994), 89 C.C.C. (3d) 109, traité de la question de l'opportunité d'un arrêt des procédures. Toutefois, une bonne partie de la non-divulgence et de la divulgation tardive, à la base de l'arrêt des procédures qui fait l'objet du présent pourvoi, se rapportait directement au débat sur l'opportunité de l'ordonnance préliminaire de divulgation rendue par le juge en chef adjoint Campbell. Par conséquent, ces motifs doivent être traités globalement avec l'arrêt *R. c. O'Connor* (1994), 90 C.C.C. (3d) 257 («*O'Connor* (n° 2)»), dans lequel la Cour d'appel a fourni des lignes directrices en vue des demandes éventuelles de production de dossiers médicaux en la possession de tiers. Étant donné l'importance nationale de formuler des lignes directrices relativement à la pro-

this respect. Besides, the question is squarely raised in another appeal which was heard by this Court and in which judgment is rendered concurrently with this one: *A. (L.L.) v. B. (A.)*, [1995] 4 S.C.R. 536. As a preliminary matter, however, it is necessary to set out the facts and judgments relevant to each of the two issues raised in this case.

I. Abuse of Process

A. *Facts and Judgments*

The appellant, Hubert Patrick O'Connor, is a Bishop of the Roman Catholic Church. In the 1960s, he was the principal of a native residential school in Williams Lake. As a result of incidents alleged to have taken place between 1964 and 1967 in the Williams Lake area, the appellant was charged in February 1991 with two counts of rape and two counts of indecent assault. Each count arose in relation to a separate complainant. The four complainants, P.P., M.B., R.R., and A.S., were all former students employed by the school and under the direct supervision of the appellant.

A preliminary inquiry was held in Williams Lake on July 3 and 4, 1991, and, on June 4, 1992, defence counsel applied for, and obtained, an order from Campbell A.C.J. requiring disclosure of the complainants' entire medical, counselling and school records. Defence counsel justified its disclosure request on the need to test the complainants' credibility, as well as to determine issues such as recent complaint and corroboration. The order reads as follows:

THIS COURT ORDERS that Crown Counsel produce names, addresses and telephone numbers of therapists, counsellors, psychologists or psychiatrists who have treated any of the complainants with respect to allegations of sexual assault or sexual abuse.

THIS COURT FURTHER ORDERS that the complainants authorize all therapists, counsellors, psycholo-

duction de tels renseignements (compte tenu de l'absence de dispositions législatives) et le fait que cette question a été pleinement débattue devant nous, il est approprié que notre Cour guide les tribunaux à ce sujet. De plus, la question est soulevée directement dans un autre pourvoi devant notre Cour et dans lequel jugement est rendu concurremment: *A. (L.L.) c. B. (A.)*, [1995] 4 R.C.S. 536. Préliminairement, cependant, il y a lieu de réciter les faits et les jugements pertinents à chacune des deux questions que pose cette affaire.

I. L'abus de procédure

A. *Les faits et les jugements*

L'appellant, Hubert Patrick O'Connor, est un évêque de l'Église catholique romaine. Dans les années 1960, il était directeur d'un internat pour autochtones à Williams Lake. À la suite d'incidents qui seraient survenus entre 1964 et 1967 dans la région de Williams Lake, l'appelant a fait l'objet, en février 1991, de deux accusations de viol et de deux accusations d'attentat à la pudeur. Chaque chef d'accusation a trait à une plaignante distincte. Les quatre plaignantes, P.P., M.B., R.R. et A.S., étaient toutes d'anciennes étudiantes à l'emploi de l'école sous la supervision directe de l'appelant.

Une enquête préliminaire s'est tenue à Williams Lake les 3 et 4 juillet 1991 et, le 4 juin 1992, l'avocat de la défense a requis et obtenu du juge en chef adjoint Campbell une ordonnance de divulgation de l'ensemble des dossiers médicaux, scolaires et socio-psychologiques des plaignantes. L'avocat de la défense a fondé cette requête sur la nécessité de tester la crédibilité des plaignantes et de trancher des questions de plaintes récentes et de corroboration. L'ordonnance se lit ainsi:

[TRADUCTION] LA COUR ORDONNE que le substitut du procureur général produise les noms, les adresses et les numéros de téléphone des thérapeutes, des conseillers socio-psychologiques, des psychologues ou des psychiatres qui ont traité l'une ou l'autre des plaignantes relativement aux allégations d'agression ou d'abus sexuels.

LA COUR ORDONNE ÉGALEMENT que les plaignantes autorisent tous les thérapeutes, les conseillers

38

39

gists and psychiatrists who have treated any of them with respect to allegations of sexual assault or sexual abuse, to produce to the Crown copies of their complete file contents and any other related material including all documents, notes, records, reports, tape recordings and videotapes, and the Crown to provide copies of all this material to counsel for the accused forthwith.

THIS COURT FURTHER ORDERS that the complainants authorize the Crown to obtain all school and employment records while they were in attendance at St. Joseph's Mission School and that the Crown provide those records to counsel for the accused forthwith.

THIS COURT FURTHER ORDERS that the complainants authorize the production of all medical records from the period of time when they were resident at St. Joseph's Mission School as either students or employees.

At the time this order was made, the Crown did not have in its possession any files of any persons who had treated any of the complainants in relation to allegations of sexual assault or sexual abuse. Nor, for that matter, were submissions heard from, or was notice given to, any of the complainants or guardians of the records sought by the defence.

40

On July 10, 1992, the Crown applied before Low J. of the British Columbia Supreme Court for directions regarding the disclosure order and for the early appointment of a trial judge. The court was informed that the complainants were not prepared to comply with the order of Campbell A.C.J., as the Crown wished to argue the point before the trial judge. On September 21, 1992, moreover, the Crown made an application before Oppal J. to change the venue of the trial back to Williams Lake. This application was dismissed. In the course of its submissions, the Crown noted that it intended to argue before the trial judge that the therapists' notes subject to the disclosure order of Campbell A.C.J. ought not to be disclosed on public policy grounds. The court expressed surprise at

socio-psychologiques, les psychologues ou les psychiatres qui ont traité l'une ou l'autre d'entre elles relativement aux allégations d'agression ou d'abus sexuels à produire au ministère public copie du contenu complet de leurs dossiers et de tous autres documents connexes, y compris tous les documents, notes, dossiers, rapports, enregistrements audio et vidéo, et que le ministère public fournisse sur-le-champ copie de tous ces documents à l'avocat de l'accusé.

LA COUR ORDONNE ÉGALEMENT que les plaignantes autorisent le ministère public à obtenir tous les dossiers scolaires et tous les dossiers de travail portant sur la période pendant laquelle elles ont fréquenté la St. Joseph's Mission School et que le ministère public fournisse ces dossiers à l'avocat de l'accusé sur-le-champ.

LA COUR ORDONNE ÉGALEMENT que les plaignantes autorisent la production de tous leurs dossiers médicaux depuis l'époque où elles étaient internes à la St. Joseph's Mission School soit en tant qu'étudiantes ou en tant qu'employées.

Au moment où cette ordonnance a été rendue, le ministère public n'était en possession d'aucun dossier émanant de personnes qui avaient traité l'une ou l'autre des plaignantes relativement aux allégations d'agression ou d'abus sexuels. Aucune des plaignantes ni aucun des gardiens des dossiers requis par la défense n'ont reçu d'avis ni n'ont été entendus sur cette question.

Le 10 juillet 1992, le ministère public s'est adressé au juge Low de la Cour suprême de la Colombie-Britannique afin d'obtenir des directives concernant l'ordonnance de divulgation et de faire désigner promptement un juge pour la tenue du procès. La cour a été informée que les plaignantes n'étaient pas disposées à se conformer à l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell, car le ministère public voulait débattre ce point devant le juge du procès. En outre, le 21 septembre 1992, le ministère public présentait au juge Oppal une requête pour changement de venue afin que le procès se tienne à Williams Lake, demande qui fut rejetée. Dans le cours de son argumentation, le procureur du ministère public a souligné qu'il avait l'intention de plaider devant le juge du procès que les notes des thérapeutes visées par l'ordonnance de divulgation émise par le juge en chef adjoint Campbell ne devraient pas être divulguées pour

the fact that the order of Campbell A.C.J. was not being complied with.

Thackray J. was subsequently appointed the trial judge. On October 16, 1992, the appellant applied for a judicial stay of proceedings before Thackray J. on the basis that pre-charge delay made it impossible to make full answer and defence. At the same time, the Crown sought directions from the trial judge regarding the disclosure order of Campbell A.C.J. By this time, however, many of the impugned records had come into the Crown's possession. The trial judge made it clear that he was to be provided promptly with therapy records relating to all four complainants. Thackray J. was provided with the clinical notes of Dr. Ingimundson, the psychologist treating P.P. He reviewed these notes and they were provided to defence counsel. Crown counsel further informed the court that the therapist for M.B. had been instructed to forward all records to the Crown. On October 22, 1992, Thackray J. released written reasons dismissing the appellant's application for a stay of proceedings.

On October 30, 1992, the appellant applied by way of writ of *certiorari* to quash the committal of the appellant to stand trial on one count of the indictment. On November 5, 1992, the trial judge released written reasons dismissing the appellant's application. During the course of those proceedings, however, the Crown produced the notes of M.B.'s therapist, Dr. Cheaney, to the court for review. The Crown requested, however, that the court not release the records to the defence before hearing an application on that point from Crown counsel Wendy Harvey. The trial judge assented to this request.

On November 19, 1992, the appellant applied pursuant to s. 581 of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, for an order that the indictment be declared void *ab initio* for failure to provide sufficient detail. This application was dismissed by Thackray J. in reasons filed November 24, 1992.

des motifs d'ordre public. La cour s'est dite surprise du fait que l'on n'avait pas respecté l'ordonnance rendue par le juge en chef adjoint Campbell.

Le juge Thackray a subséquemment été désigné pour présider le procès. Le 16 octobre 1992, l'appelant a présenté une requête en arrêt des procédures au motif qu'il était devenu impossible de présenter une défense pleine et entière en raison du délai écoulé avant le dépôt des accusations. Par la même occasion, le ministère public sollicitait du juge du procès des directives concernant l'ordonnance de divulgation rendue par le juge en chef adjoint Campbell. À ce stade, toutefois, bon nombre des dossiers en question étaient déjà en possession du ministère public. Le juge du procès a été clair: les dossiers médicaux concernant les quatre plaignantes devaient lui être fournis rapidement. Les notes cliniques du Dr Ingimundson, le psychologue qui traitait P.P., furent transmises au juge Thackray qui, après examen, les a remises à l'avocat de la défense. Le substitut du procureur général informait, de plus, la cour que le thérapeute de M.B. avait reçu l'ordre de transmettre tous les dossiers au ministère public. Le 22 octobre 1992, le juge Thackray, dans des motifs écrits, rejetait la requête en arrêt des procédures présentée par l'appelant.

Le 30 octobre 1992, l'appelant demandait par bref de *certiorari*, l'annulation de son renvoi à procès sous l'un des chefs d'accusation. Le 5 novembre 1992, le juge du procès, dans un jugement écrit, rejetait la requête. Au cours de ces procédures, toutefois, le ministère public a produit à la cour pour examen les notes du thérapeute de M.B., le Dr Cheaney, tout en requérant qu'elles ne soient pas communiquées à la défense avant d'entendre sur ce point le substitut du procureur général Wendy Harvey, demande à laquelle le juge a acquiescé.

Le 19 novembre 1992, l'appelant requérait, conformément à l'art. 581 du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, une ordonnance déclarant l'acte d'accusation nul *ab initio* pour défaut de donner des détails suffisants, requête rejetée par le juge Thackray par jugement daté du 24 novembre 1992.

41

42

43

The appellant also once again raised the issue of the non-disclosure of the medical records of M.B. The Crown opposed the disclosure of the records on the ground that they were not relevant, but Thackray J. ordered that they be disclosed to the defence forthwith. Appellant's counsel also requested disclosure of the diary of the complainant R.R., for which it had already been provided with a synopsis. The trial judge took possession of the diary for review and expressed concern that the Crown was taking so long to comply with the order of Campbell A.C.J., given that the trial was scheduled to commence in 10 days.

44 On November 26, 1992, the appellant made another application for a judicial stay of proceedings based on non-disclosure of several items, including the following: the medical records of the complainants, the transcript of an interview between Crown counsel and the complainant M.B., the transcript of an interview between Crown counsel and witness M.O. containing statements contradictory to testimony given by the complainant M.B. and corroborative of the evidence of the appellant, and the diary of the complainant R.R.

45 In the course of submissions during this application, Crown counsel Wendy Harvey submitted that the two Crown counsel, herself and Mr. Greg Jones, were handling the prosecution from different cities, and that there were difficulties concerning communication and organization. She asserted that the non-disclosure of some of the medical records was due to inadvertence on her part, and that she had "dreamt" the transcripts of the interviews with M.B. and M.O. had been disclosed. Ms. Harvey submitted that uninhibited disclosure of medical and therapeutic records would revictimize the victims, and suggested that the order of Campbell A.C.J., and the request of defence counsel for disclosure of the therapy records of the complainants, exhibited gender bias.

46 In oral reasons delivered Friday, November 27, 1992, Thackray J. dismissed the application for a

L'appelant a de nouveau soulevé la question de la non-divulgence des dossiers médicaux de M.B., requête à laquelle s'est opposé le ministère public au motif que ces dossiers n'étaient pas pertinents, mais le juge Thackray a ordonné qu'ils soient divulgués à la défense sur-le-champ. L'avocat de l'appelant a également demandé la divulgation du journal de la plaignante R.R., dont il avait déjà reçu un résumé. Le juge du procès prit possession du journal pour examen et s'est dit préoccupé du fait que le ministère public tardait trop à se conformer à l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell, vu que le procès devait débiter 10 jours plus tard.

Le 26 novembre 1992, l'appelant présentait une autre requête en arrêt des procédures en se fondant sur la non-divulgence de plusieurs documents, entre autres, les dossiers médicaux des plaignantes, la transcription d'un entretien entre le substitut du procureur général et la plaignante M.B., la transcription d'une entrevue entre le substitut du procureur général et le témoin M.O. contenant des déclarations contradictoires avec le témoignage de la plaignante M.B. et corroborant la preuve de l'appelant, ainsi que le journal de la plaignante R.R.

Au cours de la plaidoirie sur cette requête, le substitut du procureur général Wendy Harvey a soutenu que les deux substituts du procureur général, elle-même et M^e Greg Jones, agissaient pour la poursuite à partir de villes différentes et que cela posait des difficultés sur le plan de la communication et de l'organisation. Elle a affirmé que la non-divulgence de quelques-uns des dossiers médicaux était due à une inadvertance de sa part et qu'elle avait «rêvé» que la transcription des entrevues avec M.B. et M.O. avaient été divulguées. M^e Harvey a plaidé que la divulgation sans restriction des dossiers médicaux et des dossiers thérapeutiques victimiserait à nouveau les victimes et elle a soutenu que l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell et la requête de l'avocat de la défense en vue de la divulgation des dossiers thérapeutiques des plaignantes relevait de la discrimination basée sur le sexe.

Dans un jugement oral rendu le vendredi 27 novembre 1992, le juge Thackray rejetait la

judicial stay, finding that the failure to disclose the records of Dr. Hume, R.R.'s physician, had been an oversight. He further found that M.O.'s evidence had been known to the defence for some time and that no prejudice to the accused had been demonstrated by its non-disclosure. He declined to disclose the complete diaries of the complainant R.R. on the basis that the summaries provided to the defence, as well as the excerpts already in their possession, were sufficient. He noted, however, that the letters written by Ms. Harvey to the counsellors had unacceptably limited the scope of the disclosure to only those portions of the records which related directly to the incidents involving the accused. This resulted in the full therapy records not being disclosed to the defence until after November 26. He concluded that while the conduct of the Crown was "disturbing", he did not believe that there was a "grand design" to conceal evidence, nor any "deliberate plan to subvert justice". He was not convinced that the Crown's conduct would lead the public to hold the system of justice in disrepute. While dismissing the application for a judicial stay of proceedings, Thackray J. condemned in no uncertain terms Ms. Harvey's inability to distinguish "between her personal objectives and her professional responsibilities".

Over the weekend of November 28, in light of the difficulties encountered during discovery, Crown counsel agreed to waive any privilege with respect to the contents of the Crown's file and to prepare a binder in relation to each of the complainants containing all information in the Crown's possession relating to each of them. This agreement contemplated giving the defence copies of documents which would not ordinarily be disclosed, including Crown counsel's personal notes and work product, some of which were on computer. At the pre-trial conference held that Monday, Ms. Harvey informed the trial judge that appellant's counsel were now in possession of all

requête en arrêt des procédures, concluant que le défaut de divulguer les dossiers du Dr Hume, le médecin de R.R., l'avait été par inadvertance. Il concluait également que la défense était au courant du témoignage de M.O. depuis un certain temps et qu'il n'avait pas été prouvé que sa non-divulgarion avait causé préjudice à l'accusé. Il a refusé la divulgation complète du journal de la plaignante R.R. parce que les résumés fournis à la défense, ainsi que les extraits déjà en la possession de cette dernière, étaient suffisants, tout en notant que les lettres écrites par M^e Harvey aux conseillers socio-psychologiques avaient limité de façon inacceptable la portée de la divulgation aux seules parties des dossiers se rapportant directement aux incidents impliquant l'accusé avec le résultat que les dossiers thérapeutiques complets n'ont été divulgués à la défense qu'après le 26 novembre. Le juge a conclu que, bien que la conduite du ministère public fût «troublante», il ne croyait pas en l'existence d'un «grand projet» visant à dissimuler des éléments de preuve ni en celui d'un [TRADUCTION] «plan délibéré de subversion de la justice», non plus que la conduite du ministère public amènerait le public à déconsidérer le système judiciaire. Tout en rejetant la demande d'arrêt des procédures, le juge Thackray a condamné en termes non équivoques l'incapacité de M^e Harvey de distinguer [TRADUCTION] «entre ses objectifs personnels et ses responsabilités professionnelles».

Pendant la fin de semaine du 28 novembre, compte tenu des difficultés rencontrées à l'étape de la divulgation, le substitut du procureur général a consenti à renoncer à tout privilège quant au contenu du dossier du ministère public et à préparer, dans le cas de chacune des plaignantes, un relieur qui contiendrait tous les renseignements en la possession du ministère public relativement à chacune d'entre elles. Cette entente envisageait la remise à la défense de copies de documents qui, ordinairement, ne seraient pas divulgués, y compris les notes personnelles et le produit du travail du substitut du procureur général, dont une partie se trouvait sur ordinateur. À la conférence préparatoire au procès qui s'est tenue ce lundi-là, M^e Harvey a informé le juge du procès que le procureur de l'appelant était maintenant en possession de toutes les

the notes that she had prepared in connection with the case.

notes qu'elle avait rédigées en rapport avec l'affaire.

48

The trial began on Wednesday, December 2, 1992. The Crown's first witness was Dr. Van Dyke, a socio-cultural anthropologist. Its second witness was Margaret Gilbert, a former student at St. Joseph's Mission School. Her evidence dealt primarily with the layout of the school. On the second day of the trial, the Crown called the complainant P.P. In the course of direct examination, the Crown sought to have the witness give her evidence by drawing. Appellant's counsel objected. Discussions revealed that the witness had, during the course of witness preparation that weekend, made a drawing of this nature for Crown counsel that had not been disclosed to defence counsel. That drawing was obtained from the Crown office and the appellant took the position that it represented a materially different version of this complainant's allegations. The Crown disagreed with that assessment. The trial judge refused to allow the witness to testify through the use of drawings. At the end of the day, the Crown had not yet completely finished its examination-in-chief of this witness.

Le procès a débuté le mercredi 2 décembre 1992. Le premier témoin du ministère public fut le Dr Van Dyke, spécialiste en anthropologie socio-culturelle et son deuxième témoin, Margaret Gilbert, une ancienne étudiante de la St. Joseph's Mission School. Son témoignage a porté principalement sur l'aménagement de l'école. Le deuxième jour du procès, le ministère public a appelé à la barre la plaignante P.P. Au cours de l'examen en chef, il a tenté d'amener le témoin à témoigner au moyen d'un dessin. L'avocat de l'appelant s'y est opposé. Il est ressorti des discussions que le témoin avait, au cours de la préparation de sa déposition cette fin de semaine-là, tracé pour le substitut du procureur général un dessin de cette nature, qui n'avait pas été divulgué au procureur de la défense. Ce dessin fut obtenu au bureau du ministère public et l'appelant prit la position que ce dessin représentait une version essentiellement différente des allégations de cette plaignante, ce que le ministère public a nié. Le juge du procès a refusé de permettre au témoin de déposer en faisant usage de dessins. À la fin de la journée, le ministère public n'avait pas encore complètement terminé l'examen en chef de son témoin.

49

When the trial resumed the following day, appellant's counsel informed the court that, at the conclusion of the previous day's proceedings, the Crown had provided the appellant with another eight sets of drawings prepared by the various complainants in the presence of Crown counsel. Crown counsel Wendy Harvey was not present in court, and no explanation was given for her absence. Court was adjourned for one hour. When the trial resumed, Ms. Harvey was still not present. Appellant's counsel made another application for a judicial stay of proceedings based largely on the fact that the senior prosecutor, Mr. Jones, was still unable to guarantee to the appellant that full disclosure had been made. Over the objection of appellant's counsel, the trial judge granted

À la reprise du procès le lendemain, le procureur de l'appelant a informé la cour que, à la clôture de l'audience le jour précédent, le ministère public avait remis à l'appelant huit autres séries de dessins exécutés par les différentes plaignantes en présence du substitut du procureur général. Le substitut du procureur général Wendy Harvey n'était pas présente en cour, et aucune explication n'a été fournie relativement à son absence. Après un ajournement d'une heure, lors de la reprise du procès, M^e Harvey n'était toujours pas là. Le procureur de l'appelant a présenté une autre requête en arrêt des procédures en se fondant principalement sur le fait que M^e Jones, l'avocat sénior du ministère public, ne pouvait toujours pas garantir à l'appelant qu'il y avait eu divulgation complète. Malgré l'opposition de l'avocat de l'appelant, la requête de M^e Jones pour un ajournement supplé-

Mr. Jones' request for a further adjournment until the afternoon session.

When court resumed that afternoon, Wendy Harvey was present. The Crown submission, however, was put forward by Mr. Jones. He acknowledged that the binders which had been provided to appellant's counsel as a result of the agreement reached over the weekend of November 28 were not complete, and that the staff had omitted to download Ms. Harvey's computer files. One of the undisclosed documents was the complete version of a Crown interview with P.P. which had been partially disclosed to the defence on November 25. After reviewing some of the undisclosed notes, the Crown indicated that it did not believe that the notes revealed anything "new". Mr. Jones then indicated to the court that Ms. Harvey's complete computer files were in the process of being downloaded but that, in light of what had just happened, he could not guarantee that everything had been appropriately disclosed to the appellant at that time. He took the position, however, that the undisclosed notes contained nothing material, and encouraged the trial judge to engage in an inquiry of their materiality. These statements applied to all four counts on the indictment. Thackray J. indicated that he would give judgment on December 7 on defence counsel's motion for a stay. Although he indicated he would give counsel the opportunity to make further submissions if any other developments occurred, no further submissions were made by either side.

On December 7, 1992, Thackray J. handed down a judicial stay of proceedings on all four counts: (1992), 18 C.R. (4th) 98. He distinguished this application from previous applications for a stay of proceedings on the basis that the trial was now under way and witnesses had already been called by the Crown and cross-examined by the defence. Thackray J. found that had the diagrams of the complainant P.P. been disclosed prior to testimony, they might have affected the preparation of the case by the defence. While P.P. had not yet been cross-examined, Thackray J. found it unac-

mentaire jusqu'à la séance de l'après-midi fut accueillie par le juge.

À la reprise de l'audience l'après-midi, M^e Wendy Harvey était présente, mais M^e Jones agissait pour le ministère public. Il a reconnu que les relieurs qui avaient été remis à l'avocat de l'appellant à la suite de l'entente intervenue durant la fin de semaine du 28 novembre n'étaient pas complets et que le personnel avait omis de télécharger les fichiers informatisés de M^e Harvey. L'un de ces documents était la version complète d'une entrevue du ministère public avec P.P., qui avait été divulguée en partie à la défense le 25 novembre. Après examen de quelques-unes des notes non divulguées, le ministère public a indiqué qu'il ne croyait pas que les notes révélaient quelque chose de «nouveau». M^e Jones a ensuite signalé à la cour que les fichiers informatisés complets de M^e Harvey étaient en cours de téléchargement mais que, compte tenu de ce qui venait d'arriver, il ne pouvait pas garantir que tout avait bien été divulgué à l'appellant à ce moment-là. Il a cependant déclaré que les notes non divulguées ne contenaient rien de substantiel et a suggéré au juge du procès d'enquêter sur leur caractère substantiel. Ces déclarations concernaient les quatre chefs d'accusation. Le juge Thackray a indiqué qu'il rendrait jugement le 7 décembre sur la requête en arrêt des procédures présentée par l'avocat de la défense. Bien que le juge ait indiqué qu'il donnerait aux avocats la possibilité d'être entendus, advenant de nouveaux développements, aucune des deux parties n'a présenté d'arguments supplémentaires.

Le 7 décembre 1992, le juge Thackray a émis une ordonnance d'arrêt des procédures relativement aux quatre chefs d'accusation: (1992), 18 C.R. (4th) 98. Cette demande, selon lui, était distincte des demandes antérieures d'arrêt des procédures parce que le procès était maintenant en cours et que des témoins avaient déjà été assignés par le ministère public et contre-interrogés par la défense. Le juge Thackray a conclu que, si les diagrammes de la plaignante P.P. avaient été divulgués antérieurement au témoignage, ils auraient pu influencer sur la préparation de la preuve par la

50

51

ceptable that defence counsel was put in the position of preparing the cross-examination without all the relevant documents. He therefore concluded that the accused had suffered prejudice, although he conceded that the extent of this prejudice could not be measured. He noted the constant intervention required by the court to ensure full compliance with the order of Campbell A.C.J. and found that the Crown's earlier conduct had created "an aura" that had pervaded and ultimately destroyed the case. In his view, this was now "one of the clearest of cases", and to allow the case to proceed would tarnish the integrity of the court.

défense. Même si P.P. n'avait pas encore été contre-interrogée, le juge Thackray a trouvé inacceptable que l'avocat de la défense ait dû préparer le contre-interrogatoire sans disposer de tous les documents pertinents. Il a donc conclu que l'accusé avait subi un préjudice, tout en concédant qu'il n'était pas possible d'en mesurer l'importance. Il a constaté que la cour avait dû intervenir constamment pour faire respecter intégralement l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell et il a conclu que la conduite antérieure du ministère public avait créé «un climat» qui avait imprégné l'affaire et l'avait finalement minée. Selon lui, il s'agissait là d'«un des cas les plus manifestes», et permettre la poursuite de l'instance ternirait l'intégrité de la cour.

52 The British Columbia Court of Appeal allowed the Crown's appeal and directed a new trial: (1994), 89 C.C.C. (3d) 109, 42 B.C.A.C. 105, 67 W.A.C. 105, 20 C.R.R. (2d) 212, 29 C.R. (4th) 40. It reviewed the case law on abuse of process and concluded that there was no settled view on whether the common law doctrine had or had not been subsumed within s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It noted, however, that the focus of the common law doctrine of abuse of process had historically been on maintaining the integrity of the court's process whereas the focus of the *Charter* was on the rights of the individual. It also noted the seemingly different standards of proof and remedies under the two regimes. It therefore concluded that the common law doctrine of abuse of process continued to exist independently of s. 7 of the *Charter*, although there may be significant overlap between the two.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accueilli l'appel du ministère public et ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1994), 89 C.C.C. (3d) 109, 42 B.C.A.C. 105, 67 W.A.C. 105, 20 C.R.R. (2d) 212, 29 C.R. (4th) 40. Après examen de la jurisprudence relative à l'abus de procédure, elle a conclu qu'il n'existait pas de courant prépondérant sur la question de savoir si cette doctrine de common law avait été incorporée à l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle a toutefois noté qu'historiquement, au cœur de la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law, se situe le maintien de l'intégrité du système judiciaire alors que la *Charte* met plutôt l'accent sur les droits individuels. L'existence de normes de preuve et de remèdes apparemment différents selon l'un ou l'autre régime a aussi été soulignée. La Cour d'appel a donc conclu que la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law continuait d'exister indépendamment de l'art. 7 de la *Charte*, bien que l'une puisse empiéter considérablement sur l'autre.

53 After noting that some ambiguity remained as to the required elements of abuse of process, the Court of Appeal concluded that in order to establish an abuse of process, as opposed to a "mere" violation of a *Charter* right, an accused must demonstrate conduct on the part of the Crown that is so oppressive, vexatious or unfair as to contravene our fundamental notions of justice and thus to

Après avoir noté une certaine ambiguïté quant aux éléments requis pour qu'il y ait abus de procédure, la Cour d'appel a conclu que, pour prouver l'existence d'un tel abus, par opposition à une «simple» violation d'un droit garanti par la *Charte*, l'accusé doit démontrer que la conduite du ministère public est si oppressive, vexatoire ou injuste qu'elle contrevient aux notions fondamentales de

undermine the integrity of our judicial process. It further noted that the discretion to order a stay may be exercised only in the "clearest of cases", meaning that the trial judge must be convinced that, if allowed to continue, the proceedings would tarnish the integrity of the judicial process.

The court then turned to the scope and extent of the Crown's obligation to disclose information, as set out in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. It concluded that the right of an accused to full disclosure by the Crown is an adjunct of the right to make full answer and defence and that disclosure is not, itself, a constitutionally protected right. As such, a simple non-disclosure, in and of itself, would not necessarily constitute a *Charter* violation. A *Charter* violation would only be made out when the accused demonstrated that a document which should have been disclosed (i.e. there was a reasonable possibility that it could assist in making full answer and defence) had on a balance of probabilities prejudiced or had an adverse effect on the accused's ability to make full answer and defence. In some circumstances, the only appropriate remedy for such non-disclosure might be a stay of proceedings. The Court of Appeal further held that a material non-disclosure, without more, could never amount to a common law abuse of process. In its view, only when non-disclosure was motivated by an intention on the part of the Crown to deprive the accused of a fair trial could an abuse of process arise.

Applying these principles to the case at bar, the Court of Appeal concluded that the trial judge erred in failing to inquire into the materiality of the non-disclosed information before ordering the stay of proceedings. As such, it could not be said that a violation of the accused's s. 7 rights had occurred, nor that the conduct of the Crown amounted to an abuse of process.

justice et mine ainsi l'intégrité du processus judiciaire. Elle a également fait remarquer que le pouvoir discrétionnaire d'ordonner l'arrêt des procédures ne doit être exercé que dans les «cas les plus manifestes», ce qui veut dire que le juge du procès doit être convaincu que, s'il permettait la poursuite de l'instance, cela ternirait l'intégrité du processus judiciaire.

La cour est ensuite passée à la portée de l'obligation de divulgation du ministère public, telle qu'exposée dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326. Elle a conclu que le droit d'un accusé à complète divulgation par le ministère public n'est que le corollaire du droit de présenter une défense pleine et entière et que la divulgation n'est pas, en soi, un droit constitutionnellement protégé. Donc, la simple non-divulgation ne constituerait pas nécessairement, en soi, une violation de la *Charte*. On ne pourrait prétendre qu'il y a eu violation de la *Charte* que lorsque l'accusé a prouvé que la non-divulgation d'un document qui aurait dû l'être (c.-à-d. qui aurait pu raisonnablement contribuer à une défense pleine et entière) avait, selon la balance des probabilités, nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière ou avait eu un effet défavorable sur cette possibilité. Dans certaines circonstances, la seule réparation appropriée dans un tel cas de non-divulgation pourrait être l'arrêt des procédures. La Cour d'appel a estimé également qu'un cas de non-divulgation substantielle, sans plus, ne pouvait jamais représenter un abus de procédure reconnu en common law. À son avis, c'est uniquement lorsque la non-divulgation était motivée par l'intention du ministère public de priver l'accusé d'un procès équitable qu'un abus de procédure pourrait se produire.

Appliquant ces principes à l'espèce, la Cour d'appel a conclu que le juge du procès avait erré en ne s'enquérant pas du caractère substantiel des renseignements non divulgués avant d'ordonner l'arrêt des procédures. Comme tel, on ne saurait conclure qu'il y a eu violation des droits garantis par l'art. 7 ni que la conduite du ministère public équivalait à un abus de procédure.

56 The court noted that the trial judge had felt that a stay was necessary because of the "aura" which had been created by the earlier non-disclosures in respect of the order of Campbell A.C.J. It noted that the trial judge had found (in the judgment of November 27) that there was no "grand design" in this non-disclosure to subvert the fair trial rights of the accused. It also noted that the Crown had tried to rectify the earlier disclosure problems by waiving all privilege and giving the defence the entire contents of their file. The court thus concluded that there was no evidence that the Crown's inept handling of the case was motivated by an intention to deprive the accused of a fair trial. As such, the trial judge had erred in entering a stay of proceedings on the basis of the common law abuse of process.

57 The court then commented briefly on the question of whether an alternative remedy would have been available under the *Charter*. It concluded that since no determination as to the materiality of the records was made, a stay could not be sustained under s. 24(1). Since it did not appear that any permanent or irremediable damage had been done to the accused's ability to make full answer and defence as a result of any non-disclosures or late disclosures that were in fact material, the accused's rights could have been protected by an adjournment, by recalling witnesses who had already testified, or by declaring a mistrial if those would not suffice.

B. *Analysis of Abuse of Process*

58 I agree with the Court of Appeal that it would be pointless to order a new trial on the basis that there was no abuse of process if a stay ought nevertheless to have prevailed under ss. 7 and 24(1) of the *Charter*. It is therefore necessary to clarify the relationship between the common law and the *Charter* in this respect, both in order to dispose effectively of the question raised in this case and to

La cour a observé que le juge du procès avait estimé que l'arrêt des procédures s'avérait nécessaire à cause du «climat» que les non-divulgations antérieures avaient créé en ce qui concernait l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell. Elle a signalé que le juge du procès avait conclu (dans le jugement du 27 novembre) qu'il n'y avait dans cette non-divulgation aucun «grand projet» visant à porter atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable. Elle a également signalé que le ministère public avait tenté de corriger les problèmes antérieurs de divulgation en renonçant à tout privilège et en transmettant à la défense tout le contenu de son dossier. La cour a ainsi conclu que rien ne prouvait que l'ineptitude du ministère public dans le traitement de l'affaire était motivée par l'intention de priver l'accusé d'un procès équitable. Le juge du procès avait donc commis une erreur en prononçant l'arrêt des procédures en se fondant sur l'abus de procédure reconnu en common law.

Après de brèves observations sur la question de savoir si, en vertu de la *Charte*, un autre remède était disponible, la cour en est venue à la conclusion que, comme aucune décision n'avait été rendue relativement au caractère substantiel des dossiers, il n'était pas indiqué d'ordonner l'arrêt des procédures en vertu du par. 24(1). Étant donné que l'accusé ne semblait pas avoir été empêché de façon permanente ou irrémédiable de présenter une défense pleine et entière à la suite de la non-divulgation ou de la divulgation tardive de documents qui, de fait, étaient substantiels, la cour aurait pu protéger les droits de l'accusé en accordant un ajournement, en rappelant à la barre des témoins qui avaient déjà témoigné ou en déclarant la nullité du procès si ces moyens ne suffisaient pas.

B. *L'abus de procédure: analyse*

Je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'il ne servirait à rien d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour le motif qu'il n'y avait pas abus de procédure si un arrêt des procédures devait néanmoins s'imposer en vertu de l'art. 7 et du par. 24(1) de la *Charte*. Il est donc nécessaire de clarifier le lien qui existe entre la common law et la *Charte* à cet égard, tant pour trancher la question réellement soulevée en l'espèce que pour servir de

provide guidance to courts facing similar situations involving non-disclosure in the future.

(i) The Relationship Between Abuse of Process and the Charter

The modern resurgence of the common law doctrine of abuse of process began with the judgment of this Court in *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128. In *Jewitt*, the Court set down what has since become the standard formulation of the test, at pp. 136-37:

Lord Devlin has expressed the rationale supporting the existence of a judicial discretion to enter a stay of proceedings to control prosecutorial behaviour prejudicial to accused persons in *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254 (H.L.) at p. 1354:

Are the courts to rely on the Executive to protect their process from abuse? Have they not themselves an inescapable duty to secure fair treatment for those who come or who are brought before them? To questions of this sort there is only one possible answer. The courts cannot contemplate for a moment the transference to the Executive of the responsibility for seeing that the process of law is not abused.

I would adopt the conclusion of the Ontario Court of Appeal in *R. v. Young*, *supra*, and affirm that “there is a residual discretion in a trial court judge to stay proceedings where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community’s sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court’s process through oppressive and vexatious proceedings”. I would also adopt the caveat added by the Court in *Young* that this is a power which can be exercised only in the “clearest of cases”. [Emphasis added.]

The general test for abuse of process adopted in that case has been repeatedly affirmed: *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, at pp. 658-59, *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, at p. 941, *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667, *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at pp. 992-93, and most recently in *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at pp. 612-15.

guide aux tribunaux qui, à l’avenir, feront face à des situations similaires impliquant la non-divulgateion de documents.

(i) Le lien entre l’abus de procédure et la Charte

La doctrine de l’abus de procédure reconnue en common law est réapparue récemment à l’occasion de l’arrêt de notre Cour *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128. Dans *Jewitt*, la Cour a énoncé, aux pp. 136 et 137, ce qui, depuis, est devenu la formulation standard du test:

Lord Devlin a exprimé la raison qui justifie l’existence d’un pouvoir judiciaire discrétionnaire d’ordonner une suspension d’instance pour contrôler la conduite de la poursuite lorsqu’elle porte préjudice à l’accusé, dans l’arrêt *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254 (H.L.), à la p. 1354:

[TRADUCTION] Les tribunaux doivent-ils s’en remettre au pouvoir exécutif pour empêcher l’emploi abusif de leur procédure? N’ont-ils pas eux-mêmes le devoir, auquel ils ne sauraient échapper, de garantir un traitement équitable à ceux qui se présentent, ou qu’on amène, devant eux? À de semblables questions il ne peut y avoir qu’une seule réponse. Les tribunaux ne peuvent pas envisager un seul instant le transfert au pouvoir exécutif de la responsabilité de s’assurer qu’il n’y a pas d’abus dans l’application de la loi.

Je fais mienne la conclusion de la Cour d’appel de l’Ontario dans son arrêt *R. v. Young*, précité, et j’affirme que «le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre l’instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société, ainsi que d’empêcher l’abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire». J’adopte aussi la mise en garde que fait la cour dans l’arrêt *Young*, portant que c’est là un pouvoir qui ne peut être exercé que dans les «cas les plus manifestes». [Je souligne.]

Le test général de l’abus de procédure qui a été adopté dans cet arrêt a été confirmé à plusieurs reprises: *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, aux pp. 658 et 659, *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, à la p. 941, *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, à la p. 1667, *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, aux pp. 992 et 993, et, tout récemment, *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, aux pp. 612 à 615.

60 After considering much of this case law, the Court of Appeal concluded that the preponderance of cases favoured maintaining a distinction between the *Charter* and the common law doctrine of abuse of process. The Court of Appeal may, in my view, have underestimated the extent to which both individual rights to trial fairness and the general reputation of the criminal justice system are fundamental concerns underlying both the common law doctrine of abuse of process and the *Charter*. This, for the following reasons.

61 First, while the *Charter* is certainly concerned with the rights of the individual, it is also concerned with preserving the integrity of the judicial system. Subsection 24(2) of the *Charter* gives express recognition to this dual role. More significantly, however, this Court has, on many occasions, noted that the principles of fundamental justice in s. 7 are, in large part, inspired by, and premised upon, values that are fundamental to our common law. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 503, Lamer J. (as he then was) observed:

... the principles of fundamental justice are to be found in the basis tenets of our legal system. They do not lie in the realm of general public policy but in the inherent domain of the judiciary as guardian of the justice system. Such an approach to the interpretation of "principles of fundamental justice" is consistent with the wording and structure of s. 7, the context of the section, *i.e.*, ss. 8 to 14, and the character and larger objects of the *Charter* itself. It provides meaningful content for the s. 7 guarantee all the while avoiding adjudication of policy matters. [Emphasis added.]

See also *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387, at p. 406; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at p. 929 (*per* Gonthier J., dissenting on other grounds). The common law doctrine of abuse of process is part and parcel of those fundamental values. It is, therefore, not surprising that in *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, at p. 915 (*per* Sopinka J.), the majority of this Court

Après examen d'une bonne partie de cette jurisprudence, la Cour d'appel a conclu que la jurisprudence prépondérante favorisait le maintien d'une distinction entre la *Charte* et la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law. La Cour d'appel a peut-être, à mon avis, sous-estimé dans quelle mesure le droit des individus à un procès équitable et la réputation générale du système de justice pénale sont des préoccupations fondamentales qui sous-tendent à la fois la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law et la *Charte*. Et ce, pour les motifs qui suivent.

Premièrement, bien que la *Charte* se préoccupe sans aucun doute des droits individuels, elle se préoccupe également de préserver l'intégrité du système judiciaire. Le paragraphe 24(2) de la *Charte* reconnaît expressément ce double rôle. De façon plus significative encore, notre Cour a, à maintes occasions, signalé que les principes de justice fondamentale exposés à l'art. 7 sont, en grande partie, inspirés par des valeurs qui sont fondamentales à notre common law et qu'ils reposent sur ces mêmes valeurs. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 503, le juge Lamer (maintenant Juge en chef) fait observer:

... les principes de justice fondamentale se trouvent dans les préceptes fondamentaux de notre système juridique. Ils relèvent non pas du domaine de l'ordre public en général, mais du pouvoir inhérent de l'appareil judiciaire en tant que gardien du système judiciaire. Cette façon d'aborder l'interprétation de l'expression «principes de justice fondamentale» est conforme à la lettre et à l'économie de l'art. 7, au contexte de cet article, c.-à-d. les art. 8 à 14, ainsi qu'à la nature et aux objets plus généraux de la *Charte* elle-même. Elle donne de la substance au droit garanti par l'art. 7 tout en évitant de trancher des questions de politique générale. [Je souligne.]

Voir également *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387, à la p. 406; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, à la p. 929 (le juge Gonthier, dissident sur d'autres points). La doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law est une partie intégrale de ces valeurs fondamentales. Il n'est donc pas surprenant que, dans *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, à la p. 915 (le juge Sopinka),

recognized that the court's power to remedy abuses of its process now has constitutional status.

Conversely, it is equally clear that abuse of process also contemplates important individual interests. In "The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept" (1991), 15 *Crim. L.J.* 315, at p. 331, Professor Paciocco suggests that the doctrine of abuse of process, in addition to preserving the reputation of the administration of justice, also seeks to ensure that accused persons are given a fair trial. Arguably, the latter is essentially a subset of the former. Unfair trials will almost inevitably cause the administration of justice to fall into disrepute: *R. v. Collins*, [1987] 1 S.C.R. 265; *R. v. Elshaw*, [1991] 3 S.C.R. 24. See also A. L.-T. Choo, "Halting Criminal Prosecutions: The Abuse of Process Doctrine Revisited", [1995] *Crim. L.R.* 864, at p. 865. What is significant for our purposes, however, is the fact that one often cannot separate the public interests in the integrity of the system from the private interests of the individual accused.

In fact, it may be wholly unrealistic to treat the latter as wholly distinct from the former. This Court has repeatedly recognized that human dignity is at the heart of the *Charter*. While respect for human dignity and autonomy may not necessarily, itself, be a principle of fundamental justice (*Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)*, [1993] 3 S.C.R. 519, at p. 592, *per Sopinka J.* for the majority), it seems to me that conducting a prosecution in a manner that contravenes the community's basic sense of decency and fair play and thereby calls into question the integrity of the system is also an affront of constitutional magnitude to the rights of the individual accused. It would violate the principles of fundamental justice to be deprived of one's liberty under circumstances which amount to an abuse of process and, in my view, the individual who is the subject of such treatment is entitled to present arguments under the

notre Cour à la majorité ait statué que le pouvoir de la cour de remédier à un abus de procédure a maintenant un caractère constitutionnel.

Réciproquement, il est tout aussi clair que l'abus de procédure concerne également des droits individuels importants. Dans un article intitulé «The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept» (1991), 15 *Crim. L.J.* 315, à la p. 331, le professeur Paciocco laisse entendre que la doctrine de l'abus de procédure, en plus de préserver la réputation de l'administration de la justice, vise aussi à assurer que les accusés obtiennent un procès équitable. On pourrait dire que ce dernier objet est essentiellement un élément du premier. Les procès non équitables risquent presque inévitablement de déconsidérer l'administration de la justice: *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265; *R. c. Elshaw*, [1991] 3 R.C.S. 24. Voir aussi A. L.-T. Choo, «Halting Criminal Prosecutions: The Abuse of Process Doctrine Revisited», [1995] *Crim. L.R.* 864, à la p. 865. Ce qui importe ici, toutefois, c'est qu'il est souvent impossible de distinguer l'intérêt public dans l'intégrité du système judiciaire d'avec l'intérêt individuel de l'accusé.

À vrai dire, il peut être tout à fait irréaliste de traiter ce dernier comme étant complètement distinct du premier. Notre Cour a reconnu à plusieurs reprises que la dignité humaine est au cœur de la *Charte*. Bien que le respect de la dignité et de l'autonomie de la personne puisse en soi ne pas être nécessairement un principe de justice fondamentale (*Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1993] 3 R.C.S. 519, à la p. 592, le juge Sopinka au nom de la majorité), il me semble que le fait de mener une poursuite de manière à contrevenir aux valeurs fondamentales de décence et de franc-jeu de la société et à mettre ainsi en question l'intégrité du système, constitue également une atteinte d'envergure constitutionnelle aux droits d'une personne accusée. Cela violerait les principes de justice fondamentale que d'être privé de sa liberté dans des circonstances qui équivalent à un abus de procédure et, selon moi, l'individu qui ferait l'objet d'un tel traitement serait fondé à invoquer la *Charte* et à s'adresser à un

Charter and to request a just and appropriate remedy from a court of competent jurisdiction.

tribunal compétent pour obtenir une réparation convenable et juste.

64

The overlap between prejudice to the individual and prejudice to the system was noted, for instance, in *Mills v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 863, at p. 947, where Lamer J. stated that, in certain cases, a *Charter* stay might be appropriate to remedy a violation of s. 11(b) even where there was no demonstrated prejudice to the fairness of the trial. More recently, in *R. v. Morin*, [1992] 1 S.C.R. 771, at p. 786 (*per* Sopinka J.) and p. 812 (*per* McLachlin J.), this Court recognized that, although the primary purpose of s. 11(b) is the protection of the individual rights of the accused, there is also a secondary interest of society as a whole in the prompt, humane, and fair trial of those accused of crimes. Equally apposite are the remarks of Wilson J. in *Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General)*, [1989] 2 S.C.R. 1326, at p. 1354, who noted that a contextually sensitive approach to *Charter* rights requires that the private interests reflected therein also be evaluated from the standpoint of the public interests that underlie those private rights. Given that many, if not most, of the individual rights protected in the *Charter* also have a broader, societal dimension, it is therefore consistent with both the purpose and the spirit of the *Charter* to look, in certain cases, beyond the possibility of prejudice to the particular accused, to clear cases of prejudice to the integrity of the judicial system.

L'empiètement l'un sur l'autre du préjudice causé à l'individu et du préjudice causé au système judiciaire a été signalé, par exemple, dans *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 863, à la p. 947, où le juge Lamer a déclaré que, dans certains cas, l'arrêt des procédures en vertu de la *Charte* pourrait être la réparation appropriée à une violation de l'al. 11b) même lorsque rien n'a été prouvé qui soit de nature à compromettre le caractère équitable du procès. Plus récemment, dans *R. c. Morin*, [1992] 1 R.C.S. 771, à la p. 786 (le juge Sopinka) et à la p. 812 (le juge McLachlin), notre Cour a reconnu que, bien que l'objet principal de l'al. 11b) soit la protection des droits individuels de l'accusé, il existe également un intérêt secondaire de la société dans son ensemble à ce que les personnes accusées d'infractions criminelles soient jugées rapidement, humainement et équitablement. Sont tout aussi pertinentes les remarques du juge Wilson dans *Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général)*, [1989] 2 R.C.S. 1326, à la p. 1354, que l'application aux droits garantis par la *Charte* d'une méthode qui tienne compte du contexte exige que les intérêts privés qui y sont reflétés soient également évalués du point de vue de l'intérêt public qui sous-tend ces droits privés. Vu qu'un bon nombre, sinon la plupart, des droits individuels protégés dans la *Charte* ont également une portée plus large, qui touche la société, il est donc compatible avec le but et l'esprit de la *Charte* d'aller, dans certains cas, au-delà du préjudice que pourrait subir un accusé en particulier, pour reconnaître les cas manifestes de préjudice à l'intégrité du système judiciaire.

65

For this reason, the principles of fundamental justice, including the "fairness of the trial", necessarily reflect a balancing of societal and individual interests: *Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)*, [1990] 1 S.C.R. 425, at p. 539 (*per* La Forest J.); *R. v. E. (A.W.)*, [1993] 3 S.C.R. 155, at p. 198 (*per* Cory J.); *Cunningham v. Canada*, [1993] 2 S.C.R. 143; *R. v. Levogiannis*, [1993] 4 S.C.R. 475, at p. 486. As

Pour cette raison, les principes de justice fondamentale, dont l'«équité en matière de procès», représentent nécessairement un équilibre entre les intérêts de la société et ceux de l'individu: *Thomson Newspapers Ltd c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce)*, [1990] 1 R.C.S. 425, à la p. 539 (le juge La Forest); *R. c. E. (A.W.)*, [1993] 3 R.C.S. 155, à la p. 198 (le juge Cory); *Cunningham c. Canada*, [1993] 2 R.C.S.

such, they reflect both individual and societal interests. In my view, it is undisputable that the preservation of the integrity of the judicial system is one of these interests.

Second, I would note the beginnings of a strong trend toward convergence between the *Charter* and traditional abuse of process doctrine. In *R. v. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362 (Que. C.A.), for instance, the accused had been charged with arson and attempting to defraud an insurance company. It emerged in cross-examination that the Crown's key witness had arranged with the insurers to be paid \$50,000 by the insurers if the accused was convicted. The trial judge found an abuse of process, but declined to order a stay. Rather, in convicting the accused, he said that he had ignored this evidence. The Court of Appeal agreed in principle with the trial judge that a stay was not the only remedy for an abuse of process and went on to rule that the appropriate remedy was in fact to exclude the witness's testimony in a new trial before a different judge. This case is an excellent example, in my mind, of how courts are becoming increasingly bold and innovative in finding appropriate remedies in lieu of stays for abuses of process. Professor Stuesser points out in "Abuse of Process: The Need to Reconsider" (1994), 29 C.R. (4th) 92, at p. 99, moreover, that the common law in the United Kingdom and Australia urges judges to look at lesser remedies before entering stays of proceedings. He argues that these authorities support the view that even under the common law, the remedy for abuse of process is no longer only a stay of proceedings.

I recognize that this Court has consistently, albeit implicitly, considered abuse of process separately from the *Charter*. In *Conway*, *supra*, it considered abuse of process separately from the s. 11(b) considerations arising from the accused facing a third trial. In *Scott*, *supra*, in the context of

143; *R. c. Levogiannis*, [1993] 4 R.C.S. 475, à la p. 486. Ils reflètent donc à la fois les intérêts de l'individu et ceux de la société. À mon avis, il est incontestable que la préservation de l'intégrité du système judiciaire est l'un de ces intérêts.

Deuxièmement, je note le début d'une forte tendance à la convergence entre la *Charte* et la doctrine traditionnelle de l'abus de procédure. Dans *R. c. Xenos* (1991), 70 C.C.C. (3d) 362 (C.A. Qué.), par exemple, une personne avait été accusée d'incendie criminel et de tentative de fraude contre une compagnie d'assurances. En contre-interrogatoire, il est ressorti que le témoin-clé du ministère public avait fait un arrangement avec les assureurs pour que ces derniers lui versent 50 000 \$ si l'accusé était reconnu coupable. Le juge du procès a conclu à l'abus de procédure, mais il a refusé d'ordonner l'arrêt des procédures. Il a plutôt affirmé qu'il n'avait pas tenu compte de cet élément de preuve pour déclarer l'accusé coupable. La Cour d'appel a été d'accord en principe avec le juge du procès pour dire que l'arrêt des procédures n'était pas la seule réparation en cas d'abus de procédure et a décidé que, de fait, la réparation appropriée était d'écarter la déposition des témoins lors d'un nouveau procès qui se tiendrait devant un autre juge. Il s'agit là d'un excellent exemple, selon moi, de la façon dont les tribunaux innovent de plus en plus pour façonner des réparations appropriées qui tiennent lieu d'arrêt des procédures en cas d'abus de procédure. Le professeur Stuesser signale en outre dans «Abuse of Process: The Need to Reconsider» (1994), 29 C.R. (4th) 92, à la p. 99, qu'au Royaume-Uni et en Australie, la common law incite les juges à envisager des réparations moindres avant de prononcer l'arrêt des procédures. Il soutient que cette doctrine et cette jurisprudence appuient l'opinion selon laquelle, même en common law, l'arrêt des procédures n'est plus le seul moyen de remédier à l'abus de procédure.

Je reconnais que notre Cour a, de façon constante bien qu'implicitement, considéré l'abus de procédure séparément de la *Charte*. Dans *Conway*, précité, l'abus de procédure a été examiné séparément des considérations relatives à l'al. 11b) découlant de ce que l'accusé faisait face à un troi-

an immediate stay by the Crown upon the posing by defence counsel of a question which would have revealed the identity of a police informer, the majority again considered abuse of process separately from an examination of whether the accused's s. 11(b) rights had been violated by the Crown's subsequent reinitiation of the proceedings. Finally, in *Power, supra*, it found no abuse of process in the Crown's failure to call further evidence after the trial judge had excluded a key breathalyzer sample and did not address the possibility of a *Charter* violation at all. In my view, however, the issues addressed in each of these three cases could have been addressed equally effectively under the *Charter*. In none of these decisions did the majority of this Court actively turn its mind to the interaction between the *Charter* and the common law doctrine of abuse of process. On the only occasion that it did, moreover, it expressly declined to address the issue: *Keyowski, supra*, at pp. 660-61. On the other hand, in *Mack, supra*, this Court commented at pp. 939-40 and again at p. 976 upon the strong parallels that exist between the two regimes.

sième procès. Dans *Scott*, précité, dans le contexte d'un arrêt immédiat des procédures qui avait été demandé par le ministère public au moment où l'avocat de la défense avait posé une question dont la réponse aurait révélé l'identité d'un indicateur de police, la Cour, à la majorité, a considéré encore une fois l'abus de procédure séparément de l'examen de la question de savoir si les droits garantis à l'accusé par l'al. 11b) avaient été violés du fait que le ministère public avait réintroduit l'instance par la suite. En dernier lieu, dans *Power*, précité, aucun abus de procédure n'a été relevé dans l'omission par le ministère public d'assigner d'autres témoins après que le juge du procès eut écarté une preuve cruciale obtenue au moyen d'un alcootest. La Cour n'a aucunement envisagé la possibilité qu'il y ait eu violation de la *Charte*. À mon avis, cependant, les questions abordées dans chacune de ces trois affaires auraient pu l'être tout aussi efficacement par application de la *Charte*. Dans aucun de ces arrêts, notre Cour, à la majorité, ne s'est particulièrement interrogée sur l'interaction entre la *Charte* et la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law. De plus, la seule fois où elle l'a fait, elle a expressément refusé de trancher la question: *Keyowski*, précité, aux pp. 660 et 661. Par contre, dans *Mack*, précité, la Cour a formulé, aux pp. 939 et 940 et de nouveau à la p. 976, des remarques sur les grandes similitudes qui existent entre les deux régimes.

68

I also recognize that, despite these strong parallels, the common law and *Charter* analyses have often been kept separate because of the differing onus of proof upon the accused under the two regimes. In *R. v. Keyowski* (1986), 28 C.C.C. (3d) 553 (Sask. C.A.), at pp. 561-62, for instance, it was noted that while the burden of proof under the *Charter* was the balance of probabilities, the burden under the common law was the "clearest of cases". It is important to remember, however, that even if a violation of s. 7 is proved on a balance of probabilities, the court must still determine what remedy is just and appropriate under s. 24(1). The power granted in s. 24(1) is in terms discretionary, and it is by no means automatic that a stay of proceedings should be granted for a violation of s. 7. On the contrary, I would think that the remedy of a

Je reconnais également que, malgré ce parallélisme, les analyses fondées sur la common law et la *Charte* sont restées nettement séparées parce que le fardeau de preuve incombant à l'accusé n'est pas le même sous les deux régimes. Dans *R. c. Keyowski* (1986), 28 C.C.C. (3d) 553 (C.A. Sask.), aux pp. 561 et 562, par exemple, on a noté que, bien que la charge de la preuve en vertu de la *Charte* en soit une de balance des probabilités, la charge de la preuve en common law relève des «cas les plus manifestes». Cependant, il importe de se rappeler que, même si une violation de l'art. 7 est établie selon la balance des probabilités, le tribunal doit quand même déterminer, en vertu du par. 24(1), quelle réparation est convenable et juste. Le pouvoir conféré au par. 24(1) est discrétionnaire, ce qui signifie qu'une violation de l'art.

judicial stay of proceedings would be appropriate under s. 24(1) only in the clearest of cases. In this way, the threshold for obtaining a stay of proceedings remains, under the *Charter* as under the common law doctrine of abuse of process, the “clearest of cases”.

Remedies less drastic than a stay of proceedings are of course available under s. 24(1) in situations where the “clearest of cases” threshold is not met but where it is proved, on a balance of probabilities, that s. 7 has been violated. In this respect the *Charter* regime is more flexible than the common law doctrine of abuse of process. However, this is not a reason to retain a separate common law regime. It is important to recognize that the *Charter* has now put into judges' hands a scalpel instead of an axe — a tool that may fashion, more carefully than ever, solutions taking into account the sometimes complementary and sometimes opposing concerns of fairness to the individual, societal interests, and the integrity of the judicial system. Even at common law, courts have given consideration to the societal (not to mention individual) interests in obtaining a final adjudication of guilt or innocence in cases involving serious offences. In *Conway, supra*, at p. 1667, for instance, I elaborated upon the essential balancing character of abuse of process in the following terms:

[Abuse of process] acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings. [Emphasis added.]

I see no reason why such balancing cannot be performed equally, if not more, effectively under the

7 ne donnera pas automatiquement lieu à un arrêt des procédures. En fait, je crois qu'un arrêt des procédures, à titre de réparation, n'est approprié en vertu du par. 24(1) que dans les cas les plus manifestes. Par conséquent, le test pour l'obtention d'un arrêt des procédures continue de relever des «cas les plus manifestes», tant en vertu de la *Charte* que de la doctrine de l'abus de procédure en common law.

Le paragraphe 24(1) autorise, de toute évidence, des réparations moins draconiennes qu'un arrêt des procédures lorsque le test «des cas les plus manifestes» n'est pas satisfait, mais que l'on établit, selon la balance des probabilités, qu'il y a eu violation de l'art. 7. À cet égard, le régime de la *Charte* est plus souple que la doctrine de l'abus de procédure en common law. Ceci n'est, toutefois, pas là la raison de conserver un régime de common law distinct. Il est important de reconnaître que la *Charte* a remplacé, entre les mains des juges, la hache par le scalpel et leur a donné un outil qui permet de façonner mieux que jamais des solutions qui tiennent compte, d'une part, des préoccupations parfois complémentaires et parfois contraires que sont l'équité envers les individus, et, d'autre part, les intérêts de la société et l'intégrité du système judiciaire. Même en common law, les tribunaux ont tenu compte des intérêts de la société (pour ne pas mentionner les intérêts individuels) à obtenir une déclaration définitive de culpabilité ou de non-culpabilité dans les affaires mettant en cause des infractions graves. Dans l'arrêt *Conway*, précité, à la p. 1667, par exemple, j'ai élaboré sur le caractère essentiel de la balance qui doit s'opérer en matière d'abus de procédure dans les termes suivants:

C'est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l'administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société d'assurer que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures. [Je souligne.]

Je ne vois pas pourquoi une telle pondération ne pourrait s'effectuer aussi efficacement, sinon plus,

Charter, both in terms of defining violations and in terms of selecting the appropriate remedy to perceived violations. See, by analogy, *Morin*, *supra*.

70 For these reasons, I conclude that the only instances in which there may be a need to maintain any type of distinction between the two regimes will be those instances in which the *Charter*, for some reason, does not apply yet where the circumstances nevertheless point to an abuse of the court's process. Because the question is not before us, however, I leave for another day any discussion of when such situations, if they indeed exist, may arise. As a general rule, however, there is no utility in maintaining two distinct approaches to abusive conduct. The distinction is one that only lawyers could possibly find significant. More importantly, maintaining this somewhat artificial dichotomy may, over time, create considerably more confusion than it resolves.

71 The principles of fundamental justice both reflect and accommodate the nature of the common law doctrine of abuse of process. Although I am willing to concede that the focus of the common law doctrine of abuse of process has traditionally been more on the protection of the integrity of the judicial system whereas the focus of the *Charter* has traditionally been more on the protection of individual rights, I believe that the overlap between the two has now become so significant that there is no real utility in maintaining two distinct analytic regimes. We should not invite schizophrenia into the law.

72 I therefore propose to set down some guidelines for evaluating, first, whether there has been a violation of the *Charter* that invokes concerns analogous to those traditionally raised under the doctrine of abuse of process and, second, the circumstances under which the remedy of a judicial stay of proceedings will be "appropriate and just", as required by s. 24(1) of the *Charter*.

en vertu de la *Charte*, tant en ce qui concerne la définition des violations qu'en ce qui concerne le choix de la réparation appropriée aux violations identifiées. Voir, par analogie, l'arrêt *Morin*, précité.

Pour les motifs qui précèdent, je conclus qu'il n'y a pas lieu de maintenir de distinction entre les deux régimes, sauf, peut-être dans les cas où la *Charte*, pour quelque raison, ne s'appliquerait pas mais que les circonstances, elles, révéleraient un abus de procédure. Comme nous ne sommes, toutefois, pas saisis de cette question, je laisse à plus tard toute discussion sur les circonstances dans lesquelles peuvent survenir des situations de ce genre, s'il peut en fait en exister. En règle générale, cependant, il est inutile de maintenir deux façons distinctes d'aborder la conduite abusive. Seuls peut-être les avocats pourraient trouver cette distinction significative. De façon plus importante, maintenir cette dichotomie quelque peu artificielle peut, avec le temps, engendrer considérablement plus de confusion qu'elle n'en dissipe.

Les principes de justice fondamentale reflètent la nature de la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law et s'y adaptent. Tout en admettant que la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law a traditionnellement mis davantage l'accent sur la protection de l'intégrité du système judiciaire tandis que la *Charte* l'a traditionnellement mis davantage sur la protection des droits individuels, je crois que l'empiètement l'un sur l'autre est devenu maintenant si important qu'il n'est plus réellement utile de maintenir deux régimes d'analyse distincts. Nous ne devrions pas laisser place à cette dichotomie du droit lorsqu'il n'est pas nécessaire de le faire.

Je propose donc d'énoncer certaines lignes directrices pour déterminer, premièrement, s'il y a eu une violation de la *Charte* qui soulève des préoccupations analogues à celles qu'on retrouve traditionnellement sous la doctrine relative à l'abus de procédure et, deuxièmement, quelles sont les circonstances dans lesquelles l'arrêt des procédures sera la réparation «convenable et juste», comme le requiert le par. 24(1) de la *Charte*.

(ii) Section 7, Abuse of Process and Non-disclosure

As I have already noted, the common law doctrine of abuse of process has found application in a variety of different circumstances involving state conduct touching upon the integrity of the judicial system and the fairness of the individual accused's trial. For this reason, I do not think that it is helpful to speak of there being any one particular "right against abuse of process" within the *Charter*. Depending on the circumstances, different *Charter* guarantees may be engaged. For instance, where the accused claims that the Crown's conduct has prejudiced his ability to have a trial within a reasonable time, abuses may be best addressed by reference to s. 11(b) of the *Charter*, to which the jurisprudence of this Court has now established fairly clear guidelines (*Morin, supra*). Alternatively, the circumstances may indicate an infringement of the accused's right to a fair trial, embodied in ss. 7 and 11(d) of the *Charter*. In both of these situations, concern for the individual rights of the accused may be accompanied by concerns about the integrity of the judicial system. In addition, there is a residual category of conduct caught by s. 7 of the *Charter*. This residual category does not relate to conduct affecting the fairness of the trial or impairing other procedural rights enumerated in the *Charter*, but instead addresses the panoply of diverse and sometimes unforeseeable circumstances in which a prosecution is conducted in such a manner as to connote unfairness or vexatiousness of such a degree that it contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process.

Non-disclosure by the Crown normally falls within the second category described above. Consequently, a challenge based on non-disclosure will generally require a showing of actual prejudice to the accused's ability to make full answer and defence. In this connection, I am in full agreement with the Court of Appeal that there is

(ii) L'article 7, l'abus de procédure et la non-divulgarion

Ainsi que je l'ai déjà mentionné, la doctrine de l'abus de procédure reconnue en common law a été appliquée dans un certain nombre de circonstances différentes mettant en cause la conduite de l'État en ce qui concerne l'intégrité du système judiciaire et l'équité du procès de la personne accusée. Pour cette raison, je ne crois pas utile de parler de l'existence de quelque «droit à la protection contre l'abus de procédure» dans la *Charte*. Selon les circonstances, différentes garanties en vertu de la *Charte* pourront entrer en jeu. Par exemple, lorsque l'accusé prétend que la conduite du ministère public l'a empêché d'être jugé dans un délai raisonnable, on peut mieux attaquer ces abus en ayant recours à l'al. 11b) de la *Charte*, au sujet duquel la jurisprudence de notre Cour a maintenant établi des lignes directrices assez claires (*Morin, précité*). De même, les circonstances peuvent indiquer une violation du droit de l'accusé à un procès équitable, droit prévu à l'art. 7 et à l'al. 11d) de la *Charte*. Dans ces deux situations, le souci pour les droits individuels de l'accusé peut être accompagné d'un souci pour l'intégrité du système judiciaire. Il existe, en outre, une autre catégorie résiduelle de conduite visée par l'art. 7 de la *Charte*. Cette catégorie résiduelle ne se rapporte pas à une conduite touchant l'équité du procès ou ayant pour effet de porter atteinte à d'autres droits de nature procédurale énumérés dans la *Charte*, mais envisage plutôt l'ensemble des circonstances diverses et parfois imprévisibles dans lesquelles la poursuite est menée d'une manière inéquitable ou vexatoire au point de contrevenir aux notions fondamentales de justice et de miner ainsi l'intégrité du processus judiciaire.

La non-divulgarion par le ministère public fait habituellement partie de la deuxième catégorie que je viens de décrire. En conséquence, une contestation fondée sur la non-divulgarion nécessitera généralement la preuve d'un préjudice véritable quant à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. À cet égard, je suis

no autonomous “right” to disclosure in the *Charter* (at pp. 148-49 C.C.C.):

... the right of an accused to full disclosure by the Crown is an adjunct of the right to make full answer and defence. It is not itself a constitutionally protected right. What this means is that while the Crown has an obligation to disclose, and the accused has a right to all that which the Crown is obligated to disclose, a simple breach of the accused's right to such disclosure does not, in and of itself, constitute a violation of the Charter such as to entitle a remedy under s. 24(1). This flows from the fact that the non-disclosure of information which ought to have been disclosed because it was relevant, in the sense there was a *reasonable possibility* it could assist the accused in making full answer and defence, will not amount to a violation of the accused's s. 7 right not to be deprived of liberty except in accordance with the principles of fundamental justice unless the accused establishes that the non-disclosure has probably prejudiced or had an adverse effect on his or her ability to make full answer and defence.

It is the distinction between the “reasonable possibility” of impairment of the right to make full answer and defence and the “probable” impairment of that right which marks the difference between a mere breach of the right to relevant disclosure on the one hand and a constitutionally material non-disclosure on the other. [Italics in original; underlining added.]

Where the accused seeks to establish that the non-disclosure by the Crown violates s. 7 of the *Charter*, he or she must establish that the impugned non-disclosure has, on the balance of probabilities, prejudiced or had an adverse effect on his or her ability to make full answer and defence. It goes without saying that such a determination requires reasonable inquiry into the materiality of the non-disclosed information. Where the information is found to be immaterial to the accused's ability to make full answer and defence, there cannot possibly be a violation of the *Charter* in this respect. I would note, moreover, that inferences or conclusions about the propriety of the Crown's conduct or intention are not necessarily relevant to whether or not the accused's right to a fair trial is infringed. The focus must be primarily on the effect of the impugned actions on the fairness of the accused's

tout à fait d'accord avec la Cour d'appel que la *Charte* ne comporte aucun «droit» autonome à la divulgation (aux pp. 148 et 149 C.C.C.):

[TRANSLATION] ... le droit de l'accusé à ce que le ministère public lui divulgue tous les détails de la preuve vient s'adjoindre à son droit de présenter une défense pleine et entière. Ce n'est pas en soi un droit protégé sur le plan constitutionnel. Cela signifie que, bien que le ministère public ait l'obligation de divulguer sa preuve et que l'accusé ait droit à tout ce que le ministère public est tenu de divulguer, une simple atteinte au droit de l'accusé à une telle divulgation ne constitue pas en soi une violation de la Charte qui donne droit à une réparation en vertu du par. 24(1). Cela résulte du fait que la non-divulgation de renseignements qui auraient dû être divulgués en raison de leur pertinence, en ce sens qu'ils *pouvaient raisonnablement* aider l'accusé à présenter une défense pleine et entière, n'équivaudra pas à une violation du droit que l'art. 7 garantit à l'accusé de n'être privé de sa liberté qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale à moins que l'accusé n'établisse que la non-divulgation a *probablement* nui à la possibilité pour lui de présenter une défense pleine et entière ou a eu un effet défavorable sur cette possibilité.

C'est la distinction entre la «possibilité raisonnable» d'atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière et l'atteinte «probable» à ce droit qui fait la différence entre une simple atteinte au droit à la divulgation des renseignements pertinents d'une part et à la non-divulgation de documents prévue par la Constitution d'autre part. [Italiques dans l'original; je souligne.]

Lorsque l'accusé tente de prouver que la non-divulgation par le ministère public viole l'art. 7 de la *Charte*, il doit prouver que la non-divulgation en cause a, selon la balance des probabilités, nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière ou a eu un effet défavorable sur cette possibilité. Il va sans dire qu'une telle détermination exige une enquête suffisante sur le caractère substantiel des renseignements non divulgués. Lorsque les renseignements sont considérés non substantiels quant à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière, il ne saurait y avoir violation de la *Charte* à cet égard. Je ferai observer, de plus, que les déductions ou conclusions relatives à l'à-propos de la conduite ou de l'intention du ministère public ne sont pas nécessairement pertinentes lorsqu'il s'agit de savoir s'il y a eu violation ou non du droit de l'accusé à un

trial. Once a violation is made out, a just and appropriate remedy must be found.

(iii) The Appropriate Remedy to a s. 7 Violation for Non-disclosure

Where there has been a violation of a right under the *Charter*, s. 24(1) confers upon a court of competent jurisdiction the power to confer "such remedy as the court considers appropriate and just in the circumstances". Professor Paciocco, *supra*, at p. 341, has recommended that a stay of proceedings will only be appropriate when two criteria are fulfilled:

- (1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and
- (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice.

I adopt these guidelines, and note that they apply equally with respect to prejudice to the accused or to the integrity of the judicial system.

As I have stated, non-disclosure will generally violate s. 7 only if it impairs the accused's right to full answer and defence. Although it is not a precondition to a disclosure order that there be a *Charter* violation, a disclosure order can be a remedy under s. 24(1) of the *Charter*. Thus, where the adverse impact upon the accused's ability to make full answer and defence is curable by a disclosure order, then such a remedy, combined with an adjournment where necessary to enable defence counsel to review the disclosed information, will generally be appropriate.

There may, however, be exceptional situations where, given the advanced state of the proceedings, it is simply not possible to remedy through reasonable means the prejudice to the accused's

procès équitable. L'accent doit être mis principalement sur l'effet que les actions contestées auront sur l'équité du procès de l'accusé. Une fois la violation prouvée, une réparation juste et convenable s'impose.

(iii) La réparation appropriée à une violation de l'art. 7 pour non-divulgateion

Lorsqu'il y a eu violation d'un droit garanti par la *Charte*, le par. 24(1) confère à un tribunal compétent le pouvoir d'accorder «la réparation [qu'il] estime convenable et juste eu égard aux circonstances». Le professeur Paciocco, *loc. cit.*, à la p. 341, a suggéré que l'arrêt des procédures est approprié uniquement lorsqu'on satisfait à deux critères:

- (1) le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue;
- (2) aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice.

J'adopte ces lignes directrices et note qu'elles s'appliquent également au préjudice causé à l'accusé ou à l'intégrité du système judiciaire.

Comme je l'ai affirmé, la non-divulgateion ne viole généralement l'art. 7 que lorsqu'elle porte atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Bien qu'une violation de la *Charte* ne soit pas une condition préalable à l'obtention d'une ordonnance de divulgation, une telle ordonnance peut constituer une réparation visée au par. 24(1) de la *Charte*. Ainsi, lorsqu'il est possible, au moyen d'une ordonnance de divulgation, de pallier l'impact néfaste que peut avoir la non-divulgateion sur la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière, une telle réparation sera généralement appropriée, accompagnée d'un ajournement si nécessaire afin de permettre à l'avocat de la défense d'examiner les renseignements divulgués.

Il peut, cependant, exister des cas exceptionnels où, vu le stade avancé de l'instance, il n'est tout simplement pas possible de remédier par des moyens raisonnables au préjudice causé au droit de

75

76

77

right to make full answer and defence. In such cases, the drastic remedy of a stay of proceedings may be necessary. Although I will return to this matter in my discussion on the disclosure of records held by third parties, we must recall that, under certain circumstances, the defence will be unable to lay the foundation for disclosure of a certain item until the trial has actually begun and witnesses have already been called. In those instances, it may be necessary to take measures such as permitting the defence to recall certain witnesses for examination or cross-examination, adjournments to permit the defence to subpoena additional witnesses or even, in extreme circumstances, declaring a mistrial. A stay of proceedings is a last resort, to be taken when all other acceptable avenues of protecting the accused's right to full answer and defence are exhausted.

l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Dans ces cas, la réparation draconienne que constitue l'arrêt des procédures pourra s'imposer. Même si j'entends revenir sur ce point lors de l'examen de la divulgation de dossiers en possession de tiers, nous devons nous rappeler que, dans certaines circonstances, la défense ne sera pas en mesure d'établir les fondements d'une requête visant la divulgation d'un document déterminé tant que le procès ne sera pas vraiment commencé et que les témoins n'auront pas été appelés à la barre. Il sera peut-être alors nécessaire de prendre des mesures telles que de permettre à la défense de rappeler certains témoins à la barre pour les interroger ou les contre-interroger, de consentir à des ajournements pour permettre à la défense d'assigner d'autres témoins ou même, dans des cas extrêmes, de déclarer le procès nul. L'arrêt des procédures est le dernier ressort, auquel on doit avoir recours et uniquement après avoir épuisé tous les autres moyens acceptables pour protéger le droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

78

When choosing a remedy for a non-disclosure that has violated s. 7, the court should also consider whether the Crown's breach of its disclosure obligations has also violated fundamental principles underlying the community's sense of decency and fair play and thereby caused prejudice to the integrity of the judicial system. If so, it should be asked whether this prejudice is remediable. Consideration must be given to the seriousness of the violation and to the societal and individual interests in obtaining a determination of guilt or innocence. Although some of the most salient considerations are discussed immediately below, that discussion is by no means exhaustive.

Lorsque la cour se penchera sur les mesures réparatrices relatives à une non-divulgation portant atteinte à l'art. 7, elle devrait examiner également si le manquement aux obligations du ministère public en matière de divulgation a porté atteinte aux principes fondamentaux qui sous-tendent le sens de décence et de franc-jeu de la collectivité, et, en conséquence, a porté préjudice à l'intégrité du système judiciaire. Si tel est le cas, la cour devrait s'interroger à savoir si ce préjudice est réparable. Il faut tenir compte de la gravité de la violation et des intérêts communautaires et individuels à la détermination de la culpabilité ou de l'innocence. Certaines des considérations les plus marquantes sont examinées dans les paragraphes qui suivent; cet examen est, toutefois, loin d'être exhaustif.

79

Among the most relevant considerations are the conduct and intention of the Crown. For instance, non-disclosure due to a refusal to comply with a court order will be regarded more seriously than non-disclosure attributable to inefficiency or oversight. It must be noted, however, that while a finding of flagrant and intentional Crown misconduct

Parmi les considérations les plus pertinentes, il faut mentionner la conduite et l'intention du ministère public. Par exemple, la non-divulgation résultant du refus de se conformer à une ordonnance judiciaire sera considérée comme étant plus grave que la non-divulgation attribuable au manque d'efficacité ou à l'inadvertance. Il faut noter, toutefois,

may make it significantly more likely that a stay of proceedings will be warranted, it does not follow that a demonstration of *mala fides* on the part of the Crown is a necessary precondition to such a finding. As Wilson J. observed for the Court in *Keyowski, supra*, at p. 659:

To define "oppressive" as requiring misconduct or an improper motive would, in my view, unduly restrict the operation of the doctrine . . . Prosecutorial misconduct and improper motivation are but two of many factors to be taken into account when a court is called upon to consider whether or not in a particular case the Crown's [conduct] amounts to an abuse of process.

Another pertinent consideration will be the number and nature of adjournments attributable to the Crown's conduct, including adjournments attributable to its failure to disclose in a timely manner. Every adjournment and/or additional hearing caused by the Crown's breach of its obligation to disclose may have physical, psychological and economic consequences upon the accused, particularly if the accused is incarcerated pending trial. In all fairness, however, the Crown may also seek to establish by evidence that the accused is in the majority group of persons who benefit from a delay in the proceedings because they do not want an early trial: *Morin, supra*, at pp. 802-3.

Finally, in determining whether the prejudice to the integrity of the judicial system is remediable, consideration must be given to the societal and individual interests in obtaining a determination of guilt or innocence. It goes without saying that these interests will increase commensurately to the seriousness of the charges against the accused. Consideration should be given to less drastic remedies than a stay of proceedings (see for example *R. v. Burlingham*, [1995] 2 S.C.R. 206, where, although I agreed with the majority that the Crown's conduct in disregarding the plea bargain

que, bien que la constatation de l'inconduite flagrante et intentionnelle du ministère public puisse rendre beaucoup plus vraisemblable qu'un arrêt des procédures sera justifié, il ne s'ensuit pas qu'une preuve de mauvaise foi du ministère public soit une condition préalable nécessaire à la constatation d'une telle violation. Comme le juge Wilson l'a fait remarquer au nom de la Cour dans l'arrêt *Keyowski*, précité, à la p. 659:

À mon avis, donner au mot «oppressive» une définition exigeant qu'il y ait une conduite blâmable ou un motif illégitime limiterait indûment l'application du principe. [. . .] La conduite blâmable de la poursuite et l'existence d'un motif illégitime ne sont que deux des nombreux facteurs qu'un tribunal doit prendre en considération lorsqu'il est appelé à examiner si, dans un cas donné, [la conduite du] ministère public [. . .] équivaut à un abus de procédure.

Une autre considération pertinente a trait au nombre et à la nature des ajournements attribuables à la conduite du ministère public, y compris les ajournements attribuables à son omission de divulguer les renseignements dans les délais prescrits. Chaque ajournement et/ou chaque audience supplémentaire découlant du manquement du ministère public à son obligation de divulgation peuvent entraîner des conséquences sur le plan physique, psychologique et économique pour l'accusé, tout particulièrement si celui-ci est incarcéré en attendant le procès. En toute équité, cependant, le ministère public peut également tenter de prouver que l'accusé fait partie de la majorité de gens qui bénéficient d'un délai parce qu'ils ne souhaitent pas un procès rapide: *Morin*, précité, aux pp. 802 et 803.

Enfin, pour déterminer s'il est possible de remédier au préjudice causé à l'intégrité du système judiciaire, il faut tenir compte des intérêts communautaires et individuels à la détermination de la culpabilité ou de l'innocence. Il va sans dire que ces intérêts seront proportionnels à la gravité des accusations portées contre l'accusé. Des réparations moins draconiennes que l'arrêt des procédures devraient être examinées (voir par exemple *R. c. Burlingham*, [1995] 2 R.C.S. 206, où, même si j'étais d'accord avec la majorité que la décision du ministère public de ne pas respecter une entente

80

81

made with the accused did not amount to one of the "clearest of cases" requiring a stay of proceedings, I would have nonetheless found a violation of the accused's rights under s. 7 and substituted a conviction for the lesser included offence which was the object of the plea bargain).

sur le plaidoyer conclue avec l'accusé n'équivalait pas à un des «cas les plus manifestes» exigeant l'arrêt des procédures, j'aurais néanmoins conclu à une violation des droits que l'art. 7 garantit à l'accusé et j'aurais substitué une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction moindre incluse qui avait fait l'objet des négociations).

82 It must always be remembered that a stay of proceedings is only appropriate "in the clearest of cases", where the prejudice to the accused's right to make full answer and defence cannot be remedied or where irreparable prejudice would be caused to the integrity of the judicial system if the prosecution were continued.

Il faut toujours se rappeler que l'arrêt des procédures est approprié uniquement «dans les cas les plus manifestes» lorsqu'il serait impossible de remédier au préjudice causé au droit de l'accusé à une défense pleine et entière ou lorsque la continuation de la poursuite causerait à l'intégrité du système judiciaire un préjudice irréparable.

(iv) Summary

(iv) Résumé

83 Where life, liberty or security of the person is engaged in a judicial proceeding, and it is proved on a balance of probabilities that the Crown's failure to make proper disclosure to the defence has impaired the accused's ability to make full answer and defence, a violation of s. 7 will have been made out. In such circumstances, the court must fashion a just and appropriate remedy, pursuant to s. 24(1). Although the remedy for such a violation will typically be a disclosure order and adjournment, there may be some extreme cases where the prejudice to the accused's ability to make full answer and defence or to the integrity of the justice system is irremediable. In those "clearest of cases", a stay of proceedings will be appropriate.

Lorsque, dans une procédure judiciaire, la vie, la liberté et la sécurité de la personne sont affectées et qu'il est prouvé, selon la balance des probabilités, que l'omission du ministère public de faire une divulgation suffisante à la défense a empêché l'accusé de présenter une défense pleine et entière, on aura établi une violation de l'art. 7. Dans ces circonstances, la cour doit façonner une réparation convenable et juste, conformément au par. 24(1). Bien que, dans le cas d'une telle violation, la réparation soit typiquement une ordonnance de divulgation et un ajournement, il peut y avoir des cas extrêmes où le préjudice causé à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière ou à l'intégrité du système judiciaire soit irréparable. Dans ces «cas les plus manifestes», l'arrêt des procédures sera approprié.

C. Application to the Facts

C. Application aux faits

84 The motion which prompted Thackray J.'s pronouncement of a stay of proceedings was the fifth such motion since the trial judge was seized of the case. It was only the second, however, that related in any way to non-disclosure by the Crown. The first motion for a stay based upon non-disclosure, which Thackray J. rejected in reasons delivered on November 27, pertained to non-disclosures relating to the order of Campbell A.C.J., which in turn governed the production of materials which were almost exclusively in the hands of third parties.

La requête qui a incité le juge Thackray à prononcer l'arrêt des procédures était la cinquième requête du genre depuis le moment où le juge du procès avait été saisi de l'affaire. C'était, toutefois, la deuxième requête se rapportant de quelque façon à la non-divulgation de renseignements par le ministère public. La première requête en arrêt des procédures fondée sur la non-divulgation, que le juge Thackray a rejetée dans ses motifs du 27 novembre, se rapportait à des omissions de divulguer aux termes de l'ordonnance du juge en chef

Much of the delayed disclosure by the Crown of the complainants' medical and therapeutic records, even after the order of Campbell A.C.J., seems to have been genuinely motivated by a desire to protect the privacy interests of the complainants, and not to compromise the rights of the accused. Some of the non-disclosure was attributable to simple incompetence. Thackray J. concluded as much when he noted that there was no evidence to suggest any "grand design by the Crown to conceal evidence" (p. 105). Although, for reasons which appear below, I agree that the scope and nature of the disclosure order were unacceptably broad, I agree with the Court of Appeal that a more appropriate route for the Crown to have taken would have been to apply for a variation of the original disclosure order, in which the Crown would have sought greater accommodation for the privacy interests of the individual complainants involved.

Nonetheless, due in part to an undertaking by the Crown on November 28 to disclose to the defence its complete files on the case, there is no dispute that the order of Campbell A.C.J. had been fully complied with by the Crown at the time of the fifth application by the defence for a stay of proceedings. This fifth application was founded upon the non-disclosure of a full transcript of a witness interview which had previously only partly been disclosed to the defence, the non-disclosure of several diagrams produced by witnesses in the course of their preparations with the Crown, and the failure of Crown counsel to be able to assure the court on the third day of the trial that all relevant documents in Ms. Harvey's computer files had been fully disclosed to the defence. Defence counsel exhorted the trial judge to consider, as

adjoint Campbell, laquelle régissait à son tour la production de documents qui se trouvaient presque exclusivement en la possession de tiers. La divulgation tardive par le ministère public des dossiers médicaux et des dossiers thérapeutiques des plaignantes, même après l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell, semble en grande partie avoir été sincèrement motivée par le désir d'assurer la protection du droit à la vie privée des plaignantes et non pas de compromettre les droits de l'accusé. La non-divulgation fut attribuable à l'incompétence jusqu'à un certain point. Le juge Thackray en a conclu ainsi lorsqu'il a constaté que rien dans la preuve ne laissait supposer un [TRADUCTION] «grand projet du ministère public en vue de dissimuler des éléments de preuve» (p. 105). Même si, pour les raisons exposées ci-dessous, j'estime que la portée et la nature de l'ordonnance de divulgation étaient d'une étendue inacceptable, je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'il aurait été plus approprié pour le ministère public de présenter une requête en modification de l'ordonnance initiale de divulgation, au moyen de laquelle le ministère public aurait pu rechercher un meilleur équilibre pour assurer la protection des droits à la vie privée des plaignantes.

Néanmoins, en raison en partie d'un engagement pris par le ministère public le 28 novembre de divulguer à la défense tous ses dossiers sur l'affaire, il n'est pas contesté que le ministère public se soit conformé intégralement à l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell à l'époque de la présentation par la défense de la cinquième demande d'arrêt des procédures. Cette cinquième demande était fondée sur la non-divulgation de la transcription complète d'un entretien avec un témoin qui avait déjà été divulguée à la défense en partie seulement, sur la non-divulgation de plusieurs diagrammes exécutés par des témoins au cours de la préparation du procès par le ministère public et sur le fait que le substitut du procureur général ne pouvait pas, le troisième jour du procès, garantir à la cour que tous les documents pertinents figurant dans les fichiers informatiques de M^e Harvey avaient été divulgués intégralement à la défense. L'avocat de la défense a exhorté le juge du procès à prendre également en considération les diffi-

well, the previous disclosure difficulties encountered by the defence.

86 In granting the stay of proceedings on December 7, Thackray J. concluded that the Crown's previous uncooperativeness in response to Campbell A.C.J.'s disclosure order had created an "aura" which ultimately pervaded and destroyed the case. In the November 27 ruling refusing the fourth application for a stay, however, Thackray J. had ruled that although the Crown's excuses for non-disclosure were "limp" and indicative of incompetence, there was no evidence to suggest any "grand design by the Crown to conceal evidence" (p. 105). Given that the order of Campbell A.C.J. had been fully complied with by the time of the fifth application for a stay, it is unclear what changed the trial judge's mind about the Crown's conduct in relation to that non-disclosure. Rather, it would appear that Thackray J. attached greatest significance to the fact that, notwithstanding that the trial had now begun, Crown counsel could still not provide the court with an assurance that all relevant information had been disclosed. This may have been the straw that broke the proverbial camel's back.

87 The frustration of the trial judge, forced on several occasions to intervene in order to further the disclosure process, is certainly understandable. As I have already noted, the Crown's failure to comply fully with the disclosure order of Campbell A.C.J. must not be regarded lightly. At the same time, however, we must place the considerable disclosure difficulties within their proper context. The considerable disclosure difficulties related almost entirely to the following: (1) materials which were not in the Crown's possession at the time of the making of the original disclosure order and which consequently, for reasons that I shall discuss below, the Crown is not under any obligation to

cultés que la défense avait rencontrées antérieurement concernant la divulgation d'éléments de preuve.

En ordonnant l'arrêt des procédures le 7 décembre, le juge Thackray a conclu que le peu de coopération dont le ministère public avait fait preuve à la suite de l'ordonnance de divulgation du juge en chef adjoint Campbell avait créé un «climat» qui avait imprégné l'affaire et l'avait finalement minée. Dans la décision du 27 novembre qui rejetait la quatrième demande d'arrêt des procédures, le juge Thackray avait pourtant statué que, bien que les excuses du ministère public au sujet de la non-divulgation fussent «faibles» et indicatives d'incompétence, rien dans la preuve ne laissait supposer un «grand projet du ministère public en vue de dissimuler des éléments de preuve» (p. 105). Comme l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell avait été respectée intégralement à l'époque de la présentation de la cinquième demande d'arrêt des procédures, on ne voit pas clairement ce qui a amené le juge du procès à changer d'opinion au sujet de la conduite du ministère public en rapport avec cette non-divulgation. Il semblerait plutôt que le juge Thackray ait attaché une très grande importance au fait que, malgré que le procès fût déjà commencé, le substitut du procureur général ne pouvait pas encore fournir à la cour l'assurance que tous les renseignements pertinents avaient été divulgués. C'est peut-être la proverbiale goutte d'eau qui a fait déborder le vase.

La frustration du juge du procès est certainement compréhensible, car il a été obligé d'intervenir à plusieurs reprises afin de faciliter la divulgation. Ainsi que je l'ai déjà mentionné, l'omission par le ministère public de se conformer intégralement à l'ordonnance de divulgation du juge en chef adjoint Campbell ne doit pas être prise à la légère. En même temps, cependant, nous devons replacer dans leur contexte les énormes difficultés soulevées par la divulgation. Elles se rapportaient presque entièrement aux éléments suivants: (1) des documents qui n'étaient pas en la possession du ministère public au moment où a été rendue l'ordonnance initiale de divulgation et que, par consé-

produce; and (2) work product which, provided that it contains no material inconsistencies or additional facts not already disclosed to the defence, the Crown would also not ordinarily be obliged to disclose, were it not for the undertaking which it gave to the defence the weekend before the beginning of the trial. This was not a case where the Crown failed, for whatever reason, to disclose the fruits of an investigation undertaken by agents of the state. Much confusion was attributable to the fact that the law regarding the disclosure of third parties' private records was highly uncertain, and nobody was quite sure what to do.

In agreeing on November 28 to hand over its complete files in the case, the Crown may unwittingly have promised more than it could realistically deliver in such a short time, given the lack of computer literacy of one of the Crown counsel, the complexities involved in the preparation of the case, and the fact that the prosecution was being run from two different cities. These are, as the trial judge noted, "limp" excuses. Nonetheless, although the Crown, as an officer of the court, must always strive to fulfil its undertakings, the fact that the imperfect compliance which ultimately triggered the granting of the stay was with respect to a voluntary undertaking by the Crown rather than with respect to an order of the trial judge or a clear legal obligation is a factor that should not be ignored.

Finally, although the non-disclosure of the diagrams prepared by the witnesses, as well as certain of Ms. Harvey's computer files, apparently contravened the Crown's good faith undertaking to the defence, it was unclear whether any of this information contained materially different versions of that which had already been disclosed to the defence. In fact, while Mr. Jones did concede that he could not assure the court that full disclosure had been made in conformity with the Crown's undertaking, he resolutely took the position, after

quent, pour des raisons que j'examinerai ci-dessous, le ministère public n'était pas tenu de produire; et (2) le produit du travail que, sous réserve de contradictions importantes ou de faits supplémentaires qui n'avaient pas déjà été divulgués à la défense, le ministère public n'aurait pas ordinairement été tenu de divulguer n'eût été l'engagement pris envers la défense au cours de la fin de semaine précédant le début du procès. Ce n'est pas un cas où le ministère public a omis, pour quelque raison que ce soit, de divulguer les résultats d'une enquête entreprise par des représentants de l'État. La confusion est attribuable en bonne partie au fait que le droit régissant la divulgation des dossiers privés entre les mains de tiers était grandement incertain et que personne n'était vraiment sûr de ce qu'il fallait faire.

En convenant, le 28 novembre, de remettre tous ses dossiers sur cette affaire, le ministère public a peut-être involontairement promis plus qu'il ne pouvait livrer en réalité dans un si court laps de temps, étant donné le manque de connaissances en informatique de l'un des substituts du procureur général, les difficultés liées à la préparation de l'affaire et le fait que la poursuite était menée à partir de deux villes différentes. Ce sont là de «faibles» excuses, comme l'a signalé le juge du procès. Néanmoins, bien que le ministère public, en tant qu'officier de justice, doive toujours s'efforcer de remplir ses engagements, il ne faut pas négliger le fait que la divulgation partielle qui, en dernier ressort, a provoqué l'arrêt des procédures concernait un engagement pris volontairement par le ministère public plutôt qu'une ordonnance du juge du procès ou une obligation légale évidente.

En dernier lieu, même si la non-divulgation des diagrammes exécutés par les témoins et de certains fichiers informatiques de M^e Harvey contrevenait apparemment à l'engagement pris de bonne foi envers la défense par le ministère public, il n'est pas clair qu'une partie quelconque de ces renseignements contenait des versions substantiellement différentes de celles qui avaient déjà été divulguées à la défense. De fait, bien que M^e Jones ait effectivement reconnu qu'il ne pouvait garantir à la cour que tous les détails de la preuve avaient été divul-

having reviewed some of the impugned documents, that none of the undisclosed records were material. Nor, for that matter, was there any evidence of improper motive on the part of the Crown. I hasten to add that a finding that the non-disclosures were material might have supported an inference that the Crown was actively hiding information that was material to the defence. In the instant case, however, absent any inquiry into the materiality of the non-disclosures, the most that can be said is that the non-disclosures arose as a result of inadvertence or lack of communication on the part of the two Crown counsel, or because Crown counsel undertook to bite off more voluntary disclosure than it could chew. There is no proof, moreover, that any delays were attributable to Crown non-disclosure. If indeed there were such delays, then it is relevant to note that, since the accused was not incarcerated pending trial, these delays would not have prolonged the duration of the accused's imprisonment.

gués conformément à l'engagement pris par le ministère public, il a affirmé résolument, après examen de certains des documents en question, qu'aucun des dossiers non divulgués n'était substantiel. D'ailleurs, il n'y avait non plus aucune preuve de l'existence d'un mobile illégitime de la part du ministère public. Je me hâte d'ajouter que si les renseignements non divulgués avaient été trouvés substantiels, on aurait peut-être pu en déduire que le ministère public s'était employé à dissimuler des renseignements importants pour la défense. En l'espèce, cependant, en l'absence de toute enquête sur le caractère substantiel des renseignements non divulgués, tout ce qu'on peut dire c'est que la non-divulgarion est le résultat d'une inadvertance ou d'un manque de communication de la part des deux substituts du ministère public ou est survenue parce que ces derniers se sont engagés au delà de leurs possibilités. Rien ne prouve non plus que quelque délai que ce soit soit attribuable à la non-divulgarion des renseignements par le ministère public. Si vraiment de tels délais se sont produits, il convient de noter que, puisque l'accusé n'était pas incarcéré en attendant le procès, ces délais n'auraient pas prolongé la durée de l'emprisonnement de l'accusé.

90

Bearing these factors in mind, I would make the following conclusions. First, although the Crown's conduct was shoddy and inappropriate, the non-disclosure cannot be said to have violated the accused's right to full answer and defence. Contrary to the impression held by the trial judge, a review of the transcripts reveals that the Crown did not at any time concede either materiality or prejudice to the defence. The most the Crown admitted was that defence counsel might be at a disadvantage because it had only had a short time during which to review the most recently disclosed documents. At its highest, moreover, the prejudice actually identified by the trial judge was that the non-disclosed diagrams were relevant in that they might have affected the preparation of the cross-examination of one of the witnesses. Cross-examination of that witness had not yet even begun. Although I am sympathetic to the difficulties of preparing an effective cross-examination, I cannot agree that an accused's right to full answer and

Compte tenu de ces facteurs, j'en viens aux conclusions suivantes. Premièrement, bien que la conduite du ministère public ait été inappropriée et inopportune, on ne peut dire que la non-divulgarion a constitué une violation du droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Contrairement à l'impression ressentie par le juge du procès, il ressort de l'examen du dossier que le ministère public n'a à aucun moment concédé soit le caractère substantiel des renseignements soit l'existence d'un préjudice pour la défense. Tout ce que le ministère public a admis, c'est que l'avocat de la défense pouvait être dans une position désavantageuse parce qu'il n'avait disposé que d'un court laps de temps pour examiner les tout derniers documents divulgués. Porté à son plus haut degré, en outre, le préjudice effectivement identifié par le juge du procès a trait à ce que les diagrammes non divulgués étaient pertinents du fait qu'ils auraient pu influencer sur la préparation du contre-interrogatoire de l'un des témoins. Le contre-interrogatoire de ce

defence has probably been infringed merely because of the possibility that a cross-examination of a witness, which has not yet begun, may have to be reformulated. Without any inquiry into the materiality of the non-disclosed information, it was, therefore, impossible for the trial judge to conclude that the non-disclosure had, on the balance of probabilities, prejudiced the accused's ability to make full answer and defence.

Second, it must be recalled that the whole issue of disclosure in this case arose out of Campbell A.C.J.'s order requiring that the Crown "disclose" records in the hands of third parties and that the complainants authorize production of such records. This order was issued without any form of inquiry into their relevance, let alone a balancing of the privacy rights of the complainants and the accused's right to a fair trial. We all agree that this order was wrong. Although the error was compounded by the Crown's inept and ineffective efforts to have this order reviewed and modified, it is clear, at the end of the day, that the Crown was right in trying to protect the interests of justice. The fact that it did so in such a clumsy way should not result in a stay of proceedings, particularly so when no prejudice was demonstrated to the fairness of the accused's trial or to his ability to make full answer and defence. Thus, even if I had found a violation of s. 7, this cannot be said to be one of the "clearest of cases" which would mandate a stay of proceedings.

To summarize, I am satisfied that the evidence in the present case did not support the finding of a violation under s. 7 of the *Charter* and, moreover, it did not reasonably support Thackray J.'s view that the only appropriate course of action under the

témoin n'avait même pas encore débuté. Bien que je sois consciente des difficultés liées à la préparation d'un contre-interrogatoire efficace, je ne suis pas d'accord que le droit de l'accusé à une défense pleine et entière a probablement été violé simplement à cause de la possibilité que le contre-interrogatoire d'un témoin, qui n'avait pas encore débuté, doive peut-être être reformulé. En l'absence d'enquête sur le caractère substantiel des renseignements non divulgués, il était donc impossible au juge du procès de conclure que la non-divulgaration avait, selon la balance des probabilités, nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

Deuxièmement, il faut se rappeler que toute la question de la divulgation en l'espèce découle de l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell qui enjoignait au ministère public de «divulguer» des dossiers se trouvant en la possession de tiers et aux plaignantes d'autoriser la production de ces dossiers. Cette ordonnance a été rendue sans aucun examen de la pertinence de ces dossiers, ni aucune pondération des droits à la vie privée des plaignantes et du droit de l'accusé à un procès équitable. Nous sommes tous d'accord pour dire que cette ordonnance était erronée. Bien que l'erreur ait été aggravée par les efforts inappropriés et inefficaces que le ministère public a déployés pour faire réviser et modifier l'ordonnance en question, il demeure, en fin de compte, que le ministère public a eu raison de tenter de protéger l'intérêt de la justice. Même s'il l'a fait d'une façon très maladroite, cela ne devrait pas donner lieu à un arrêt des procédures, tout particulièrement lorsque l'on n'a pas prouvé d'atteinte à l'équité du procès de l'accusé ou à la possibilité pour lui de présenter une défense pleine et entière. En conséquence, même si j'avais conclu à une violation de l'art. 7, on ne peut dire qu'il s'agit en l'espèce de l'un des «cas les plus manifestes» qui justifierait un arrêt des procédures.

En résumé, je suis convaincue que la preuve présentée en l'espèce ne permettait pas de conclure à la violation de l'art. 7 de la *Charte* et, de plus, qu'elle ne pouvait raisonnablement étayer l'opinion du juge Thackray, selon laquelle la seule

circumstances was to stay the proceedings against the accused.

II. Production of Private Records

A. *Judgment of the Court of Appeal*

93 On May 16, 1994, the Court of Appeal released additional reasons in *O'Connor (No. 2)*, *supra*. In those reasons, it set out guidelines governing applications for production of medical records of potential witnesses, which are not in the possession of the Crown. It recommended a two-stage procedure (at p. 261):

At the first stage, the applicant must show that the information contained in the medical records is likely to be relevant either to an issue in the proceeding or to the competence of the witness to testify. If the applicant meets this test, then the documents meeting that description must be disclosed to the court.

The second stage involves the court reviewing the documents to determine which of them are material to the defence, in the sense that, without them, the accused's ability to make full answer and defence would be adversely affected. If the court is satisfied that any of the documents fall into this category, then they should be disclosed to the parties, subject to such conditions as the court deems fit.

The court noted that it would often only be possible to make the ultimate determination as to relevance and materiality at the point in the trial when the issue to which the information is said to be relevant or material is addressed.

94 The court then held that while a liberal interpretation of the word "relevant" is to be encouraged, due regard must also be had for other legitimate legal and societal interests, notably the privacy interests of complainants in sexual assault cases and the danger that the evidence will be unprobative and misleading. As such, consideration should be had for this Court's remarks in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, as well as for the factors set out in s. 276(3) of the *Criminal Code*.

décision appropriée dans les circonstances était l'arrêt des procédures intentées contre l'accusé.

II. La production de dossiers privés

A. *L'arrêt de la Cour d'appel*

Le 16 mai 1994, la Cour d'appel a donné des motifs supplémentaires dans *O'Connor (n° 2)*, précité. Dans ces motifs, elle a proposé des lignes directrices régissant les requêtes pour production des dossiers médicaux de témoins éventuels, dossiers non en la possession du ministère public. Elle a recommandé une procédure en deux étapes (à la p. 261):

[TRADUCTION] À la première étape, le requérant doit prouver que les renseignements contenus dans les dossiers médicaux sont susceptibles de se rapporter à une question en litige ou à la capacité du témoin de déposer. Si le requérant satisfait à ce critère, les documents répondant à cette description doivent être divulgués au tribunal.

La deuxième étape concerne l'examen des documents par le tribunal pour déterminer lesquels d'entre eux sont essentiels à la défense, en ce sens que, sans eux, la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière serait amoindrie. Si le tribunal est convaincu que certains des documents entrent dans cette catégorie, ils doivent alors être divulgués aux parties, aux conditions qu'il juge convenables.

La cour a signalé qu'il ne sera souvent possible de déterminer de façon définitive si les documents sont pertinents ou substantiels qu'à ce stade du procès où sera abordée la question à laquelle les renseignements se rapporteraient ou seraient essentiels.

La cour a ensuite conclu que, bien qu'il faille favoriser une interprétation libérale du mot «pertinent», il convient également de tenir compte des autres intérêts légaux et sociétaux légitimes, notamment le droit à la vie privée des plaignantes dans des causes d'agression sexuelle, et du danger que ces éléments de preuve n'aient aucune valeur probante et soient susceptibles d'induire en erreur. À cette enseigne, les remarques formulées par notre Cour dans *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, ainsi que les facteurs prévus au par. 276(3) du *Code criminel* ne sauraient être ignorés.

The Court of Appeal then reviewed grounds for disclosure which, in its view, would not meet the test for relevance. It would be insufficient, for instance, to invoke credibility "at large". A simple submission that the records may relate to "recent complaint" would be equally inadequate. So, too, would be a claim that the defence hopes to find lack of corroboration or the existence of a prior inconsistent statement, since this would amount to a fishing expedition into a person's private records. Equally insufficient would be an assertion of relevance based on the mere fact that a witness has received counselling or psychiatric assistance as a consequence of an alleged sexual assault. The fact of having received such counselling could not, moreover, justify a conclusion that the witness's evidence may be unreliable.

The Court of Appeal then turned to a consideration of appropriate procedures to guide the parties on an application for pre-trial production of medical records held by third parties. It made the following points (at pp. 267-68):

- the application for disclosure should ideally be supported by affidavits;
- notice should be given to Crown counsel, to the third party in possession, and to the complainant or other witness with a privacy interest in the records;
- the application should be heard by the trial judge whenever possible;
- at the hearing, persons with an interest in the records are entitled to present argument relating to issues of privacy and privilege, and to give evidence with respect to the relevance and materiality of the records in question;
- the judge will review the records to determine materiality, a procedure which may be done *in camera* or under a publication ban where the materials involved are of a sensitive nature;

La Cour d'appel a ensuite examiné les motifs de divulgation qui, à son avis, ne satisferaient pas au critère de la pertinence. Il ne suffirait pas, par exemple, d'invoquer la crédibilité «en général». La simple allégation que les dossiers peuvent se rapporter à une «plainte récente» serait également insuffisante. Ainsi en serait-il de la prétention selon laquelle la défense espère trouver une absence de corroboration ou une déclaration antérieure contradictoire, puisque cela équivaudrait à se livrer à une partie de pêche dans les dossiers personnels d'une personne. Serait tout aussi insuffisante l'affirmation de pertinence qui se fonderait sur le simple fait qu'un témoin a reçu des soins socio-psychologiques ou psychiatriques à la suite d'une présumée agression sexuelle. Le fait que le témoin ait reçu de tels soins ne pourrait pas non plus justifier de conclure que son témoignage peut être sujet à caution.

La Cour d'appel est ensuite passée à l'étude des procédures appropriées pour guider les parties lors d'une requête en production, préalablement au procès, de dossiers médicaux en la possession de tiers. Elle a énoncé ce qui suit (aux pp. 267 et 268):

- la requête en divulgation devrait idéalement être accompagnée d'affidavits;
- le substitut du procureur général devrait donner un avis au tiers en possession des dossiers et au plaignant ou autre témoin ayant un intérêt dans la protection du caractère privé des dossiers;
- lorsque possible, la requête devrait être entendue par le juge du procès;
- lors de l'audition, les personnes ayant un intérêt dans les dossiers ont le droit d'être entendues sur les questions de privilège et de protection de la vie privée et de témoigner relativement à la pertinence et au caractère substantiels des dossiers en question;
- le juge examinera les dossiers pour déterminer s'ils sont substantiels, procédure qui peut se dérouler à huis clos ou sous l'effet d'une interdiction de publication si les documents concernés sont de nature délicate;

- if the threshold test is not met, the records shall be sealed and retained in the file in the event they need to be reviewed later;
- any party to the original application may apply for a variation of the disclosure or non-disclosure order on proper grounds, and further application may be made if new evidence arises subsequently.

The court declined to discuss the issue of privilege, both because full disclosure was made in this case, and because no basis in relevance or materiality was established for the production of the records.

B. *Analysis of Production Guidelines*

97

Determining the nature and extent of production to the defence of a complainant's medical and therapeutic records, as well as any other documents in which the complainant holds a reasonable expectation of privacy, is a difficult and potentially value-laden exercise. I commend the initiative taken by the Court of Appeal in setting down its thoughtful approach to the issue. It can be seen that I approve of and adopt many of their observations and suggestions in the forthcoming pages.

98

As a preliminary matter, it should be noted that the issue before us relates to the production of private records held by third parties. We are not concerned here with the extent of the Crown's obligation to disclose private records in its possession, or with the question whether privacy and equality interests may militate against such disclosure by the Crown. Although my colleagues Lamer C.J. and Sopinka J. deal with these questions at great length in their reasons, I prefer not to pronounce on these issues as they do not arise in this appeal and were not argued before us. Any comment on these questions would be strictly *obiter*.

- si le test préliminaire n'est pas rencontré, les dossiers doivent être mis sous scellés et conservés au cas où ils devraient être examinés plus tard;
- toute personne partie à la requête initiale peut demander une modification de l'ordonnance de divulgation ou de non-divulgation pour des motifs appropriés, et une requête subséquente peut être présentée si de nouveaux éléments de preuve sont découverts ultérieurement.

La cour a refusé de discuter de la question de privilège, tant parce qu'il y avait eu divulgation complète en l'espèce que parce qu'on n'a aucunement établi la pertinence ou le caractère essentiel de la production des dossiers.

B. *Les lignes directrices en matière de production: analyse*

C'est un exercice difficile, qui peut mettre en jeu certaines valeurs, que de définir la nature et la portée de la divulgation à la défense de dossiers médicaux et thérapeutiques d'une plaignante (le féminin emporte le masculin), ainsi que de tous autres documents pour lesquels il existe une attente raisonnable qu'ils doivent être protégés en raison de leur caractère privé. L'initiative de la Cour d'appel d'aborder la question d'une manière aussi approfondie mérite d'être soulignée. On verra que j'approuve et adopte bon nombre de ses observations et suggestions dans les pages qui suivent.

À titre préliminaire, il y a lieu de noter que la question soumise touche la production de dossiers privés détenus par des tiers. Il ne s'agit pas en l'espèce d'examiner l'étendue de l'obligation du ministère public en matière de divulgation de dossiers privés en sa possession, ni de déterminer si les droits à l'égalité et à la protection de la vie privée peuvent militer contre une telle divulgation. Bien que mes collègues le juge en chef Lamer et le juge Sopinka examinent ces questions en profondeur, il n'y a pas lieu d'en traiter ici parce qu'elles ne sont pas soulevées dans le cadre du présent pourvoi et qu'elles n'ont pas été plaidées devant nous. Tout commentaire à ce sujet serait strictement *obiter*.

The question of production of private records not in the possession of the Crown arises in a wide variety of contexts. Although many of these contexts involve medical and therapeutic records of complainants to sexual assault, it will become apparent that the principles and guidelines outlined herein are equally applicable to any record, in the hands of a third party, in which a reasonable expectation of privacy lies. Although the determination of when a reasonable expectation of privacy actually exists in a particular record (and, if so, to what extent it exists) is inherently fact- and context-sensitive, this may include records that are medical or therapeutic in nature, school records, private diaries, and activity logs prepared by social workers, to name just a few. For the sake of convenience, information that is generically of this nature shall hereafter be referred to as "private records held by third parties".

(i) Basic Principles Governing Disclosure and Production

The basic principles governing disclosure were most recently summarized by this Court in *R. v. Chaplin*, [1995] 1 S.C.R. 727. It is now clearly established that the Crown is under a general duty to disclose all information, whether inculpatory or exculpatory, except evidence that is beyond the control of the prosecution, clearly irrelevant, privileged or subject to a right of privacy. However, where the Crown disputes the existence of the information sought by the defence, then the defence must first establish a basis which could enable the presiding judge to conclude that there is in existence further material which may be useful to the accused in making full answer and defence: *Chaplin, supra*, at pp. 743-45.

Though the obligation on the Crown to disclose has found renewed vigour since the advent of the *Charter*, in particular s. 7, this obligation is not contingent upon there first being established any

La question de la production des dossiers privés qui ne sont pas en la possession du ministère public se pose dans divers contextes. Bien qu'il s'agisse souvent de dossiers médicaux et thérapeutiques de plaignantes victimes d'agression sexuelle, il deviendra évident que les principes et les lignes directrices énoncés dans les présents motifs s'appliquent également à tout dossier, en la possession d'un tiers, qui devrait normalement être protégé en raison de son caractère privé. Bien que la détermination, à l'égard d'un dossier particulier, de l'existence d'une telle expectative raisonnable (et, dans l'affirmative, dans quelle mesure elle existe) soit tributaire des faits et du contexte, il peut s'agir de dossiers de nature médicale ou thérapeutique, de dossiers scolaires, de journaux intimes et de carnets d'activités rédigés par des travailleurs sociaux, pour n'en nommer que quelques-uns. Par souci de commodité, les renseignements qui sont généralement de cette nature seront désignés ci-après par l'expression «dossiers privés en la possession de tiers».

(i) Les principes fondamentaux régissant la divulgation et la production

Les principes fondamentaux régissant la divulgation ont été résumés tout récemment par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Chaplin*, [1995] 1 R.C.S. 727. Il est maintenant clairement établi que le ministère public a l'obligation générale de divulguer tous les renseignements, qu'ils soient de nature inculpatoire ou exculpatoire, sauf les éléments de preuve hors du contrôle de la poursuite, manifestement non pertinents, privilégiés ou assujettis à un droit à la protection de la vie privée. Toutefois, lorsque le ministère public conteste l'existence des renseignements demandés par la défense, cette dernière doit d'abord établir une base de nature à permettre au juge du procès de conclure qu'il existe d'autres documents qui peuvent être nécessaires à l'accusé pour présenter une défense pleine et entière: *Chaplin*, précité, aux pp. 743 à 745.

Bien que l'obligation de divulguer qui incombe au ministère public ait connu un regain de vigueur depuis l'adoption de la *Charte*, en particulier l'art. 7, cette obligation n'est pas subordonnée à la

violation of the *Charter*. Rather, full and fair disclosure is a fundamental aspect of the Crown's duty to serve the Court as a faithful public agent, entrusted not with winning or losing trials but rather with seeing that justice is served: *Stinchcombe, supra*, at p. 333. For this reason, as I have already mentioned, although a disclosure order can be a constitutional remedy, the obligation on the Crown to disclose all information in its possession that is not clearly irrelevant, privileged or subject to a right of privacy undoubtedly has force independent of any violation of the accused's s. 7 rights. Because of the Crown's unique obligations, both to the court and to the public, it, alone, owes a duty to disclose to the defence. This duty does not extend to third parties. Similarly, the obligation upon the Crown to disclose all relevant material does not extend to records which are not within its possession or control. See, also, *R. v. Gingras* (1992), 71 C.C.C. (3d) 53 (Alta. C.A.).

preuve préalable de l'existence d'une violation de la *Charte*. La divulgation intégrale et équitable des détails de la preuve est plutôt un aspect fondamental de l'obligation du ministère public d'être au service du tribunal en tant qu'officier public de bonne foi, dont le rôle exclut toute notion de gagner ou de perdre un procès, et consiste plutôt à s'assurer que justice soit rendue: *Stinchcombe*, précité, à la p. 333. Pour cette raison, comme je l'ai déjà mentionné, bien qu'une ordonnance de divulgation puisse constituer une réparation constitutionnelle, l'obligation qui incombe au ministère public de divulguer tous les renseignements en sa possession, qui ne sont pas manifestement sans pertinence, privilégiés ou assujettis au droit à la protection de la vie privée, s'impose sans aucun doute indépendamment de toute violation des droits que l'art. 7 garantit à l'accusé. À cause des obligations uniques du ministère public, tant envers le tribunal qu'envers le public, il a seul l'obligation de divulguer les éléments de preuve à la défense. Cette obligation ne s'étend pas aux tiers. De la même façon, l'obligation imposée au ministère public de divulguer tous les documents pertinents ne s'étend pas aux dossiers qui ne sont pas en sa possession ou sous son contrôle. Voir également *R. c. Gingras* (1992), 71 C.C.C. (3d) 53 (C.A. Alb.).

102 Given that there is no duty on third parties to disclose, it has been suggested that s. 698 of the *Code* provides the basis upon which a court may order production of third parties' private records. In particular, ss. 698 and 700 authorize the issuance of a *subpoena ad testificandum* or a *subpoena duces tecum* to any person that is likely to give material evidence. With respect, however, I believe that this argument rests on a misunderstanding of the nature of the subpoena powers in s. 698.

Étant donné qu'aucune obligation de divulguer n'incombe aux tiers, on a suggéré que l'art. 698 du *Code* autorise le tribunal à ordonner la production de dossiers privés détenus par des tiers. En particulier, les art. 698 et 700 autorisent la délivrance d'un *subpoena ad testificandum* ou d'un *subpoena duces tecum* à toute personne susceptible de fournir quelque preuve substantielle. En toute déférence, toutefois, je crois que cet argument repose sur une compréhension erronée de la nature des pouvoirs en matière d'assignation prévus à l'art. 698.

103 Although a *subpoena duces tecum* requires that a witness who is the object of the subpoena bring the requested documents into court, the subpoena does not automatically call for an order requiring the documents to be produced to the court for inspection, let alone to the defence. Production

Bien qu'un *subpoena duces tecum* exige que le témoin qui fait l'objet de l'assignation apporte au tribunal les documents requis, il n'ordonne pas automatiquement la production de ces documents aux fins d'examen par la cour et, encore moins, que ces documents soient divulgués à la défense.

will only be ordered if the documents are likely to be relevant and if production is appropriate, having regard to all of the relevant considerations. In exercising its discretion to order production, the court must, of course, have regard to the *Charter* rights of the accused and the other interests at stake, including any claims of privilege or a right to privacy which the subject or guardian of the records might successfully assert in respect of those documents.

One of the *Charter* values to be weighed is the "right" to disclosure, which is in reality an adjunct of the s. 7 right to make full answer and defence. Though the right to full answer and defence is generally asserted in the context of material non-disclosure by the Crown, we must recall that a purposive approach to the *Charter* requires that due consideration also be given to the effect of the exercise of discretion on an individual's rights. In particular, an effects-oriented approach to s. 7 dictates that when an accused is unable to make full answer and defence to the charges brought against him as a result of his inability to obtain information that is material to his defence, it is of little concern whether that information is in the hands of the state or in the hands of a third party. The effect is still potentially to deprive an individual of his liberty while denying him the ability to make full answer and defence.

An order for production of private records held by third parties does not arise as a remedy under s. 24(1) of the *Charter* since, at the moment of the request for production, the accused's rights under the *Charter* have not been violated. Nonetheless, when deciding whether to order production of private records, the court must exercise its discretion in a manner that is respectful of *Charter* values: *Dagenais, supra*, at p. 875. In particular, the nature, scope and breadth of the production order will ultimately depend upon a balancing of *Charter* rights which seeks to ensure that any adverse effects upon one right is proportionate to the salu-

Leur production ne sera ordonnée que s'il est probable que les documents seront pertinents et si leur production est appropriée au regard de toutes les considérations pertinentes. Dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire d'ordonner la production, le tribunal doit, de toute évidence, tenir compte des droits garantis à l'accusé par la *Charte* ainsi que des autres intérêts en jeu, y compris, en ce qui concerne ces documents, toutes les demandes de privilège ou prétentions au droit à la protection de la vie privée que la personne visée par les dossiers ou en ayant la garde pourrait faire valoir avec succès.

L'une des valeurs de la *Charte* qu'il faut examiner est le «droit» à la divulgation qui vient en réalité s'adjoindre au droit garanti par l'art. 7 à une défense pleine et entière. Même si ce droit est généralement affirmé dans le contexte de la non-divulgation de documents par le ministère public, nous devons nous rappeler que l'interprétation de la *Charte* fondée sur l'objet exige que l'on prenne également en considération l'effet de l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire sur les droits d'un individu. En particulier, une interprétation de l'art. 7 fondée sur les effets envisagés indique que, lorsqu'un accusé ne peut pas présenter une défense pleine et entière à l'encontre des accusations portées contre lui parce qu'il lui est impossible d'obtenir des renseignements qui sont essentiels à sa défense, il importe peu que ces renseignements soient en la possession de l'État ou en celle d'un tiers. L'effet demeure le même: on privera peut-être un individu de sa liberté en lui refusant la possibilité de présenter une défense pleine et entière.

Une ordonnance de production de dossiers privés détenus par des tiers ne constitue pas une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte* car, au moment de la demande de production, il n'y a pas encore eu violation des droits garantis à l'accusé par la *Charte*. Néanmoins, lorsqu'il décide s'il doit ordonner la production de dossiers privés, le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire de façon à respecter les valeurs de la *Charte*: *Dagenais, précité*, à la p. 875. Tout particulièrement, la nature, la portée et l'étendue d'une ordonnance de divulgation dépendront, en définitive, d'un équilibre entre les divers droits garantis par la

104

105

tary effects of the constitutional objective being furthered: *Dagenais*, at p. 890.

(ii) The Competing Constitutional Rights at Issue

106 In formulating an approach to govern production of private records held by third parties, it is important to appreciate fully the nature of the various interests at issue. I will describe briefly each of the three constitutional rights that I believe to be implicated in this analysis: (1) the right to full answer and defence; (2) the right to privacy; and (3) the right to equality without discrimination.

(a) *The Right to a Fair Trial*

107 Much has been written about the right to a fair trial. An individual who is deprived of the ability to make full answer and defence is deprived of fundamental justice. However, full answer and defence, like any right, cannot be considered in the abstract. The principles of fundamental justice vary according to the context in which they are invoked. For this reason, certain procedural protections might be constitutionally mandated in one context but not in another: *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309, at p. 361. Moreover, though the Constitution guarantees the accused a fair hearing, it does not guarantee the most favourable procedures imaginable: *Lyons, supra*, at p. 362. Finally, although fairness of the trial and, as a corollary, fairness in defining the limits of full answer and defence, must primarily be viewed from the point of view of the accused, both notions must nevertheless also be considered from the point of view of the community and the complainant: *E. (A.W.)*, *supra*, at p. 198. There is no question that the right to make full answer and defence cannot be so broad as to grant the defence a fishing licence into the personal and private lives of others. The question is therefore not whether the defence can be limited in its attempts to obtain production of private records held by third parties, but how it can be limited in a manner that accords appropriate con-

Charte de sorte que les effets préjudiciables à un droit soient proportionnels aux effets bénéfiques visés par l'objectif constitutionnel: *Dagenais*, à la p. 890.

(ii) Les droits constitutionnels conflictuels en cause

Afin de formuler la façon d'aborder la question de la production de dossiers privés en la possession de tiers, il est important d'apprécier pleinement la nature des différents intérêts en cause. Je décrirai brièvement chacun des trois droits constitutionnels que je crois visés par la présente analyse: (1) le droit à une défense pleine et entière; (2) le droit à la protection de la vie privée; et (3) le droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination.

a) *Le droit à un procès équitable*

Le droit à un procès équitable a fait couler beaucoup d'encre. L'individu qui est dans l'impossibilité de présenter une défense pleine et entière est privé de justice fondamentale. Le droit à une défense pleine et entière, à l'instar de tout droit, ne saurait, toutefois, être envisagé dans l'abstrait: les principes de justice fondamentale varient selon le contexte dans lequel ils sont invoqués. Pour cette raison, certaines protections de nature procédurale pourraient être constitutionnellement mandatoires dans un contexte donné mais non dans un autre: *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309, à la p. 361. De plus, même si la Constitution garantit à l'accusé une audition équitable, elle ne lui garantit pas les procédures les plus favorables qu'on puisse imaginer: *Lyons*, précité, à la p. 362. En dernier lieu, bien que l'équité du procès et, par conséquent, l'équité dans la définition des limites de la défense pleine et entière doivent d'abord être envisagées du point de vue de l'accusé, les deux notions doivent néanmoins également être envisagées du point de vue de la collectivité et du plaignant: *E. (A.W.)*, précité, à la p. 198. Il n'y a pas de doute que le droit de présenter une défense pleine et entière ne peut pas aller jusqu'à permettre à la défense de se livrer à une partie de pêche dans la vie personnelle d'autrui. La question n'est donc pas de savoir si la défense peut être limitée dans ses tentatives d'ob-

stitutional protection to all of the constitutional rights at issue.

When the defence seeks production of third party records whose contents it is not aware of, the defence is obviously in a position of some difficulty. In assessing whether this difficulty poses a threat of constitutional proportions to the accused's ability to make fair answer and defence, however, one thing must be borne in mind. Given that these records are not in the possession of the Crown and have not constituted a basis for its investigations, they do not, by definition, constitute part of the state's "case to meet" against the accused. Unlike sealed wiretap packages, which represent the fruits of state investigation of the accused, private records in the hands of third parties are not subject to such a presumption of materiality.

I would note, finally, that an important element of trial fairness is the need to remove discriminatory beliefs and bias from the fact-finding process: *Seaboyer, supra*. As I pointed out in *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, at pp. 622-23, for instance, the assumption that private therapeutic or counselling records are relevant to full answer and defence is often highly questionable, in that these records may very well have a greater potential to derail than to advance the truth-seeking process:

... 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 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

tenir la divulgation de dossiers privés en la possession de tiers, mais bien comment elle peut l'être d'une manière qui accorde une protection constitutionnelle appropriée à tous les droits constitutionnels en cause.

Lorsque la défense demande la production de dossiers en la possession de tiers dont le contenu lui est inconnu, elle se trouve manifestement dans une position difficile. Pour évaluer si cette difficulté pose une menace d'une dimension constitutionnelle à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière, il faut cependant tenir compte d'une chose. Étant donné que ces dossiers ne sont pas en la possession du ministère public et n'ont pas servi de base à ses enquêtes, par définition ils ne font pas partie de la «preuve complète» que l'État doit présenter contre l'accusé. Contrairement aux paquets scellés contenant des éléments de preuve obtenus par écoute électronique, qui représentent les fruits de l'enquête menée par l'État relativement à l'accusé, les dossiers privés en la possession de tiers ne sont pas assujettis à pareille présomption quand à leur caractère substantiel.

Je ferai remarquer, en dernier lieu, qu'un élément important de l'équité d'un procès est la nécessité de supprimer les croyances et préjugés discriminatoires du processus d'appréciation des faits: *Seaboyer*, précité. Comme je l'ai signalé dans l'arrêt *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595, aux pp. 622 et 623, par exemple, l'affirmation selon laquelle les dossiers thérapeutiques ou socio-psychologiques sont nécessaires pour assurer une défense pleine et entière est souvent grandement discutable, du fait que ces dossiers peuvent très bien risquer davantage de faire dérailler que de faire avancer le processus de recherche de la vérité:

... 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 témoignage 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

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. [Emphasis added.]

(b) *The Right to Privacy*

110 This Court has on many occasions recognized the great value of privacy in our society. It has expressed sympathy for the proposition that s. 7 of the *Charter* includes a right to privacy: *Beare, supra*, at p. 412; *B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 S.C.R. 315, at p. 369, *per La Forest J.* On numerous other occasions, it has spoken of privacy in terms of s. 8 of the *Charter*: see, e.g., *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417. On still other occasions, it has underlined the importance of privacy in the common law: *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, at pp. 148-49; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130.

111 On no occasion has the relationship between "liberty", "security of the person", and essential human dignity been more carefully canvassed by this Court than in the reasons of Wilson J. in *R. v. Morgentaler*, [1988] 1 S.C.R. 30. In her judgment, she notes that the *Charter* and the right to individual liberty guaranteed therein are tied inextricably to the concept of human dignity. She urges that both "liberty" and "security of the person" are capable of a broad range of meaning and that a purposive interpretation of the *Charter* requires that the right to liberty contained in s. 7 be read to "guarantee[] to every individual a degree of personal autonomy over important decisions intimately affecting their private lives" (p. 171). Concurring on this point with the majority, she notes, as well, that "security of the person" is sufficiently

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. [Je souligne.]

b) *Le droit à la protection de la vie privée*

Notre Cour a reconnu à plusieurs reprises la grande valeur de la protection de la vie privée dans notre société. Elle a favorisé la proposition selon laquelle l'art. 7 de la *Charte* comprend un droit à la protection de la vie privée: *Beare*, précité, à la p. 412; *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315, à la p. 369, le juge La Forest. À plusieurs autres occasions, elle a parlé de la protection de la vie privée relativement à l'art. 8 de la *Charte*: voir, par exemple, *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417. À d'autres occasions encore, elle a souligné l'importance de la protection de la vie privée en common law: *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, aux pp. 148 et 149; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130.

Jamais le lien entre la «liberté», la «sécurité de la personne» et la dignité humaine essentielle n'a été examiné plus à fond par notre Cour que dans les motifs du juge Wilson dans *R. c. Morgentaler*, [1988] 1 R.C.S. 30. Dans son opinion, elle note que la *Charte* et le droit à la liberté individuelle qui y est garanti sont inextricablement liés à la notion de dignité humaine. Elle fait valoir que la «liberté» et la «sécurité de la personne» peuvent signifier nombre de choses et qu'une interprétation de la *Charte* fondée sur l'objet exige que le droit à la liberté énoncé à l'art. 7 soit considéré comme «garanti[ssant] à chaque individu une marge d'autonomie personnelle sur ses décisions importantes touchant intimement à sa vie privée» (p. 171). Souscrivant sur ce point à la décision de la majorité, elle fait remarquer aussi que la «sécurité de la

broad to include protection for the psychological integrity of the individual.

Equally relevant, for our purposes, is Lamer J.'s recognition in *Mills, supra*, at p. 920, that the right to security of the person encompasses the right to be protected against psychological trauma. In the context of his discussion of the effects on an individual of unreasonable delay contrary to s. 11(b) of the *Charter*, he noted that such trauma could take the form of

stigmatization of the accused, loss of privacy, stress and anxiety resulting from a multitude of factors, including possible disruption of family, social life and work, legal costs, uncertainty as to the outcome and sanction.

If the word "complainant" were substituted for the word "accused" in the above extract, I think that we would have an excellent description of the psychological traumas potentially faced by sexual assault complainants. These people must contemplate the threat of disclosing to the very person accused of assaulting them in the first place, and quite possibly in open court, records containing intensely private aspects of their lives, possibly containing thoughts and statements which have never even been shared with the closest of friends or family.

In the same way that this Court recognized in *Re B.C. Motor Vehicle Act, supra*, that the "principles of fundamental justice" in s. 7 are informed by fundamental tenets of our common law system and by ss. 8 to 14 of the *Charter*, I think that the terms "liberty" and "security of the person" must, as essential aspects of a free and democratic society, be animated by the rights and values embodied in the common law, the civil law and the *Charter*. In my view, it is not without significance that one of those rights, s. 8, has been identified as having as its fundamental purpose "to protect individuals from unjustified state intrusions upon their privacy" (*Hunter, supra*, at p. 160). The right to be secure from unreasonable search and seizure plays a pivotal role in a document that purports to contain the blueprint of the Canadian vision of what

personne» est une notion suffisamment large pour comprendre la protection de l'intégrité psychologique de l'individu.

Est également pertinente, en ce qui nous concerne, la reconnaissance par le juge Lamer dans *Mills*, précité, à la p. 920, du fait que le droit à la sécurité de sa personne englobe le droit d'être protégé contre un traumatisme psychique. Dans le contexte de son examen des effets qu'a sur un individu un délai déraisonnable contraire à l'al. 11b) de la *Charte*, il a observé qu'un tel traumatisme pourrait prendre la forme de

stigmatisation de l'accusé, l'atteinte à la vie privée, la tension et l'angoisse résultant d'une multitude de facteurs, y compris éventuellement les perturbations de la vie familiale, sociale et professionnelle, les frais de justice et l'incertitude face à l'issue et face à la peine.

Si l'on substituait le mot «plaignante» au mot «accusé» dans le passage ci-dessus, je pense que nous aurions une excellente description du traumatisme psychique auquel peuvent faire face les plaignantes victimes d'agression sexuelle. Elles doivent envisager la menace de divulguer à la personne accusée de les avoir agressées en premier lieu, et très probablement en pleine cour, des dossiers contenant des aspects totalement privés de leur vie, contenant probablement des pensées et des déclarations qui n'ont jamais été partagées avec leurs amis les plus intimes ou leur famille.

De même que notre Cour a reconnu dans *Ren-voi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, précité, que les «principes de justice fondamentale» énoncés à l'art. 7 sont inspirés par les doctrines fondamentales de notre système de common law et par les art. 8 à 14 de la *Charte*, je pense que les mots «liberté» et «sécurité de sa personne» doivent, en tant qu'aspects essentiels d'une société libre et démocratique, être animés par les droits et les valeurs formulés dans la common law, le droit civil et la *Charte*. À mon avis, il n'est pas sans importance que l'un de ces droits, l'art. 8, ait été considéré comme ayant pour objectif fondamental «de protéger les particuliers contre les intrusions injustifiées de l'État dans leur vie privée» (*Hunter*, précité, à la p. 160). Le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions ou les saisies abusives

112

113

constitutes a free and democratic society. Respect for individual privacy is an essential component of what it means to be "free". As a corollary, the infringement of this right undeniably impinges upon an individual's "liberty" in our free and democratic society.

joue un rôle central dans un document qui vise à tracer le schéma directeur de la vision canadienne de ce qui constitue une société libre et démocratique. Le respect de la vie privée d'un individu est un élément essentiel de ce que signifie être «libre». Comme corollaire, la violation de ce droit a des répercussions sur la «liberté» d'un individu dans notre société libre et démocratique.

114 A similarly broad approach to the notion of liberty has been taken in the United States. In *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), at pp. 571-72, the United States Supreme Court affirmed that "liberty" was a "broad and majestic term" and that "[i]n a Constitution for a free people, there can be no doubt that the meaning of 'liberty' must be broad indeed". More significant for our purposes, the right to privacy was expressly found to reside in the term "liberty" in the Fourteenth Amendment in the landmark case of *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). In a similar vein, the right to personal privacy has also received recognition in international documents such as Article 17 of the *International Covenant on Civil and Political Rights*, 999 U.N.T.S. 171, Article 12 of the *Universal Declaration of Human Rights*, G.A. Res. 217 A (III), U.N. Doc. A/810, at 71 (1948), and Article 8 of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, 213 U.N.T.S. 221.

Une vision aussi large de la notion de liberté a été adoptée aux États-Unis. Dans l'arrêt *Board of Regents of State Colleges c. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), aux pp. 571 et 572, la Cour suprême des États-Unis a affirmé que le mot «liberté» était un [TRADUCTION] «terme vaste et majestueux» et que, [TRADUCTION] «[d]ans la Constitution d'un peuple libre, il ne peut pas faire de doute que le mot «liberté» doit avoir un sens vraiment large». Ce qui est encore plus important en ce qui nous concerne, c'est qu'on a considéré expressément que le droit à la protection de la vie privée réside dans le terme «liberté» utilisé dans le Quatorzième amendement dans l'arrêt célèbre *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973). Dans la même veine, le droit à la protection de la vie privée a également été reconnu dans des documents internationaux tels que l'article 17 du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 999 U.N.T.S. 171, l'article 12 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, A.G. Rés. 217 A (III), Doc. A/810 N.U., à la p. 71 (1948), et l'article 8 de la *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221.

115 Privacy has traditionally also been protected by the common law, through causes of action such as trespass and defamation. In *Hill*, *supra*, which dealt with a *Charter* challenge to the common law tort of defamation, Cory J. reiterates the constitutional significance of the right to privacy (at para. 121):

La common law, elle aussi, a traditionnellement protégé la vie privée, au moyen de causes d'action comme l'entrée sans autorisation et la diffamation. Dans l'arrêt *Hill*, précité, qui traite d'une contestation en vertu de la *Charte* du délit de diffamation en common law, le juge Cory a réitéré l'importance, sur le plan constitutionnel, du droit à la protection de la vie privée (au par. 121):

... reputation is intimately related to the right to privacy which has been accorded constitutional protection. As La Forest J. wrote in *R. v. Dymenz*, [1988] 2 S.C.R. 417, at p. 427, privacy, including informational privacy, is "(g)rounded in man's physical and moral autonomy" and "is essential for the well-being of the individual".

... la réputation est étroitement liée au droit à la vie privée, qui jouit d'une protection constitutionnelle. Comme le juge La Forest le dit dans *R. c. Dymenz*, [1988] 2 R.C.S. 417, à la p. 427, la vie privée, y compris la vie privée sur le plan de l'information, est «(f)ondée sur l'autonomie morale et physique de la personne» et «est

The publication of defamatory comments constitutes an invasion of the individual's personal privacy and is an affront to that person's dignity. The protection of a person's reputation is indeed worthy of protection in our democratic society and must be carefully balanced against the equally important right of freedom of expression. [Emphasis added.]

Quebec, for its part, has inserted into its new *Civil Code*, S.Q. 1991, c. 64, arts. 35 and 36, which read as follows:

35. Every person has a right to the respect of his reputation and privacy.

No one may invade the privacy of a person without the consent of the person or his heirs unless authorized by law.

36. The following acts, in particular, may be considered as invasions of the privacy of a person:

- (1) entering or taking anything in his dwelling;
- (2) intentionally intercepting or using his private communications;
- (3) appropriating or using his image or voice while he is in private premises;
- (4) keeping his private life under observation by any means;
- (5) using his name, image, likeness or voice for a purpose other than the legitimate information of the public;
- (6) using his correspondence, manuscripts or other personal documents.

As well, s. 5 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q., c. C-12, reads:

5. Every person has a right to respect for his private life.

It is apparent, however, that privacy can never be absolute. It must be balanced against legitimate societal needs. This Court has recognized that the essence of such a balancing process lies in assessing reasonable expectation of privacy, and balancing that expectation against the necessity of interference from the state: *Hunter, supra*, at pp. 159-60. Evidently, the greater the reasonable expecta-

essentielle à son bien-être. La publication de commentaires diffamatoires constitue une intrusion dans la vie privée d'un individu et un affront à sa dignité. La réputation d'une personne mérite effectivement d'être protégée dans notre société démocratique et cette protection doit être soigneusement mesurée en regard du droit tout aussi important à la liberté d'expression. [Je souligne.]

Le Québec, quant à lui, a inséré dans son nouveau *Code civil*, L.Q. 1991, ch. 64, les art. 35 et 36, qui sont ainsi libellés:

35. Toute personne a droit au respect de sa réputation et de sa vie privée.

Nulle atteinte ne peut être portée à la vie privée d'une personne sans que celle-ci ou ses héritiers y consentent ou sans que la loi l'autorise.

36. Peuvent être notamment considérés comme des atteintes à la vie privée d'une personne les actes suivants:

- 1^o Pénétrer chez elle ou y prendre quoi que ce soit;
- 2^o Intercepter ou utiliser volontairement une communication privée;
- 3^o Capter ou utiliser son image ou sa voix lorsqu'elle se trouve dans des lieux privés;
- 4^o Surveiller sa vie privée par quelque moyen que ce soit;
- 5^o Utiliser son nom, son image, sa ressemblance ou sa voix à toute autre fin autre que l'information légitime du public;
- 6^o Utiliser sa correspondance, ses manuscrits ou ses autres documents personnels.

En outre, l'art. 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q., ch. C-12, se lit ainsi:

5. Toute personne a droit au respect de sa vie privée.

Il est toutefois apparent que la protection de la vie privée ne peut jamais être absolue. Elle doit être pondérée en tenant compte des besoins légitimes de la société. Notre Cour a reconnu qu'un tel processus de pondération repose essentiellement sur l'évaluation de l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée et la pondération de cette attente en regard de la nécessité de l'interven-

tion of privacy and the more significant the deleterious effects flowing from its breach, the more compelling must be the state objective, and the salutary effects of that objective, in order to justify interference with this right. See *Dagenais, supra*.

118 In *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, albeit in the context of a discussion of s. 8 of the *Charter*, a majority of this Court identified one context in which the right to privacy would generally arise in respect of documents and records (at p. 293):

In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the *Charter* should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual. [Emphasis added.]

Although I prefer not to decide today whether this definition is exhaustive of the right to privacy in respect of all manners of documents and records, I am satisfied that the nature of the private records which are the subject matter of this appeal properly brings them within that rubric. Such items may consequently be viewed as disclosing a reasonable expectation of privacy which is worthy of protection under s. 7 of the *Charter*.

119 The essence of privacy, however, is that once invaded, it can seldom be regained. For this reason, it is all the more important for reasonable expectations of privacy to be protected at the point of disclosure. As La Forest J. observed in *Dymnt*, *supra*, at p. 430:

... if the privacy of the individual is to be protected, we cannot afford to wait to vindicate it only after it has been violated. This is inherent in the notion of being secure against unreasonable searches and seizures. Inva-

tion de l'État: *Hunter*, précité, aux pp. 159 et 160. Évidemment, plus l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée sera grande et plus les effets préjudiciables découlant de sa violation seront importants, plus l'objectif de l'État ainsi que les effets bénéfiques de cet objectif devront être impératifs afin de justifier toute entrave à ce droit. Voir *Dagenais*, précité.

Dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, bien que dans le contexte de l'art. 8 de la *Charte*, notre Cour, à la majorité, a identifié un contexte dans lequel le droit à la protection de la vie privée serait généralement soulevé relativement à des documents et à des dossiers (à la p. 293):

Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la *Charte* protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu. [Je souligne.]

Bien que je préfère ne pas décider aujourd'hui s'il s'agit d'une définition exhaustive du droit à la protection de la vie privée à l'égard de toutes sortes de documents et de dossiers, je suis convaincue sans l'ombre d'un doute que la nature des dossiers privés qui font l'objet du présent pourvoi sont inclus sous cette rubrique. Ces renseignements peuvent, par conséquent, être considérés comme comportant une attente raisonnable qu'ils demeureront privés et donc seront dignes de protection en vertu de l'art. 7 de la *Charte*.

Toutefois, l'essence de la notion de vie privée est telle que, dès qu'on y a porté atteinte, on peut rarement la regagner dans son intégralité. Pour cette raison, il est d'autant plus important que les attentes raisonnables en matière de vie privée soient protégées au point de divulgation. Comme le juge La Forest le faisait observer dans *Dymnt*, précité, à la p. 430:

... si le droit à la vie privée de l'individu doit être protégé, nous ne pouvons nous permettre de ne faire valoir ce droit qu'après qu'il a été violé. Cela est inhérent à la notion de protection contre les fouilles, les perquisitions

sions of privacy must be prevented, and where privacy is outweighed by other societal claims, there must be clear rules setting forth the conditions in which it can be violated. [Emphasis in last sentence added.]

In the same way that our constitution generally requires that a search be premised upon a pre-authorization which is of a nature and manner that is proportionate to the reasonable expectation of privacy at issue (*Hunter, supra; Thomson Newspapers, supra*), s. 7 of the *Charter* requires a reasonable system of "pre-authorization" to justify court-sanctioned intrusions into the private records of witnesses in legal proceedings. Although it may appear trite to say so, I underline that when a private document or record is revealed and the reasonable expectation of privacy therein is thereby displaced, the invasion is not with respect to the particular document or record in question. Rather, it is an invasion of the dignity and self-worth of the individual, who enjoys the right to privacy as an essential aspect of his or her liberty in a free and democratic society.

(c) *The Right to Equality Without Discrimination*

Unlike virtually every other offence in the *Criminal Code*, sexual assault is a crime which overwhelmingly affects women, children and the disabled. Ninety percent of all victims of sexual assault are female: *Osolin, supra*, at p. 669, per Cory J. Moreover, studies suggest that between 50 and 80 percent of women institutionalized for psychiatric disorders have prior histories of sexual abuse (T. Firsten, "An Exploration of the Role of Physical and Sexual Abuse for Psychiatrically Institutionalized Women" (1990), unpublished research paper, available from Ontario Women's Directorate). Children are most highly vulnerable (*Sexual Offences Against Children* (the Badgley Report), vol. 1 (1984)).

It is a common phenomenon in this day and age for one who has been sexually victimized to seek counselling or therapy in relation to this occur-

et les saisies abusives. Il faut empêcher les atteintes au droit à la vie privée et, lorsque d'autres exigences de la société l'emportent sur ce droit, il doit y avoir des règles claires qui énoncent les conditions dans lesquelles il peut être enfreint. [Je souligne la dernière phrase.]

De la même manière que notre Constitution exige généralement qu'une saisie soit préalablement autorisée d'une manière proportionnée à l'attente raisonnable en matière de protection de la vie privée en cause (*Hunter, précité; Thomson Newspapers, précité*), l'art. 7 de la *Charte* exige un système raisonnable d'«autorisation préalable» pour justifier les intrusions sanctionnées par le tribunal dans les dossiers privés de témoins dans des poursuites judiciaires. Quoiqu'il puisse paraître banal de le dire, je souligne que, lorsqu'un document ou un dossier privé est communiqué, écartant ainsi l'attente raisonnable relativement à son caractère privé, l'intrusion ne se rapporte pas au document ou au dossier particulier en question. Il s'agit plutôt d'une atteinte à la dignité et à la valeur personnelle de l'individu, qui jouit du droit à la protection de sa vie privée, aspect essentiel de sa liberté dans une société libre et démocratique.

c) *Le droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination*

Contrairement à presque toute autre infraction du *Code criminel*, l'agression sexuelle est un crime qui touche avant tout les femmes, les enfants et les handicapés. Quatre-vingt-dix pour cent de toutes les victimes d'agression sexuelle sont des femmes: *Osolin, précité*, à la p. 669, le juge Cory. De plus, les études laissent entendre que 50 à 80 pour 100 des femmes placées dans un établissement pour troubles psychiatriques ont déjà été victimes de violence sexuelle (T. Firsten, «An Exploration of the Role of Physical and Sexual Abuse for Psychiatrically Institutionalized Women» (1990), étude inédite disponible auprès de la Direction générale de la condition féminine de l'Ontario). Les enfants aussi sont parmi les plus vulnérables (*Infractions sexuelles à l'égard des enfants* (le rapport Badgley), vol. 1 (1984)).

Il n'est pas rare à notre époque que la personne victime d'agression sexuelle tente d'obtenir l'aide d'un socio-psychologue ou d'un thérapeute en rap-

rence. It therefore stands to reason that disclosure rules or practices which make mental health or medical records routinely accessible in sexual offence proceedings will have disproportionately invasive consequences for women, particularly those with disabilities, and children. In particular, in determining questions of disclosure of records of persons allegedly assaulted in institutions where they get psychiatric assistance, the courts must take care not to create a class of vulnerable victims who have to choose between accusing their attackers and maintaining the confidentiality of their records.

port avec cet incident. Il va sans dire que les règles ou pratiques en matière de divulgation qui rendent les dossiers médicaux ou relatifs à la santé mentale accessibles de façon routinière dans les poursuites judiciaires pour agression sexuelle auront des conséquences disproportionnées pour les femmes, particulièrement celles qui souffrent d'un handicap, et pour les enfants. En particulier, lorsqu'invités à trancher des questions relatives à la divulgation de dossiers concernant des personnes qui auraient été agressées dans des établissements où elles recevaient des soins psychiatriques, les tribunaux doivent prendre soin de ne pas créer une catégorie de victimes vulnérables qui devront choisir entre accuser leurs agresseurs ou maintenir le caractère confidentiel de leurs dossiers.

122 This Court has recognized the pernicious role that past evidentiary rules in both the *Criminal Code* and the common law, now regarded as discriminatory, once played in our legal system: *Seaboyer, supra*. We must be careful not to permit such practices to reappear under the guise of extensive and unwarranted inquiries into the past histories and private lives of complainants of sexual assault. We must not allow the defence to do indirectly what it cannot do directly under s. 276 of the *Code*. This would close one discriminatory door only to open another.

Notre Cour a reconnu le rôle pernicieux que les anciennes règles en matière de preuve du *Code criminel* et de la common law, considérées maintenant comme discriminatoires, ont joué dans notre système judiciaire: *Seaboyer*, précité. Nous devons veiller à ce que de telles pratiques ne réapparaissent pas sous la forme d'enquêtes approfondies et non justifiées sur les antécédents médicaux et la vie privée des plaignantes victimes d'agression sexuelle. Il ne doit pas être permis à la défense de faire indirectement ce qu'elle ne pourrait pas faire directement en vertu de l'art. 276 du *Code*. Cela ne ferait que supprimer une cause de discrimination pour en engendrer une autre.

123 As I noted in *Osolin, supra*, at pp. 624-25, uninhibited disclosure of complainants' private lives indulges the discriminatory suspicion that women and children's reports of sexual victimization are uniquely likely to be fabricated. Put another way, if there were an explicit requirement in the *Code* requiring corroboration before women or children could bring sexual assault charges, such a provision would raise serious concerns under s. 15 of the *Charter*. In my view, a legal system which devalues the evidence of complainants to sexual assault by *de facto* presuming their uncreditworthiness would raise similar concerns. It would not reflect, far less promote, "a society in which all are secure in the knowledge that they are recognized at law as human beings equally deserving of concern,

Comme je l'ai mentionné dans *Osolin*, précité, aux pp. 624 et 625, la divulgation sans restriction de la vie privée des victimes donne libre cours à la présomption discriminatoire selon laquelle le signalement par les femmes et les enfants des agressions sexuelles dont ils sont victimes est singulièrement susceptible de fabrication. Autrement dit, si le *Code* exigeait expressément qu'il y ait corroboration avant que les femmes ou les enfants puissent porter des accusations d'agression sexuelle, une telle disposition soulèverait de graves préoccupations sous l'art. 15 de la *Charte*. À mon avis, un système judiciaire qui dévalue le témoignage des plaignantes victimes d'agression sexuelle en présument de facto de leur manque de crédibilité soulèverait des préoccupations simi-

respect and consideration" (*Andrews v. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 S.C.R. 143, at p. 171).

Routine insistence on the exposure of complainants' personal backgrounds has the potential to reflect a built-in bias in the criminal justice system against those most vulnerable to repeat victimization. Such requests, in essence, rest on the assumption that the personal and psychological backgrounds and profiles of complainants of sexual assault are relevant as to whether or not the complainant consented to the sexual contact, or whether the accused honestly believed that she consented. Although the defence must be free to demonstrate, without resort to stereotypical lines of reasoning, that such information is actually relevant to a live issue at trial, it would mark the triumph of stereotype over logic if courts and lawyers were simply to assume such relevance to exist, without requiring any evidence to this effect whatsoever.

It is revealing, for instance, to compare the approach often taken to private records in sexual assault trials with the approach taken in three decisions in which private files were sought by defence counsel in situations which did not involve sexual assaults. In *Gingras, supra*, the defence in a murder case sought disclosure of the prison file of an important Crown witness, who was serving time in a penitentiary in another province. The credibility of the witness was invoked as being at issue. In addition to finding important irregularities in the disclosure order, the Court concluded that the disclosure request amounted to no more than a fishing expedition and therefore quashed the order, notwithstanding the seriousness of the charge against the accused.

In both *R. v. Gratton*, [1987] O.J. No. 1984 (Prov. Ct.), and *R. v. Callaghan*, [1993] O.J. No.

lares. Ce ne serait pas refléter, encore moins favoriser, «l'existence d'une société où tous ont la certitude que la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération» (*Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, à la p. 171).

Insister sur la révélation routinière des antécédents personnels des plaignantes peut refléter une partialité inhérente au système de justice pénale contre les personnes les plus vulnérables d'être victimisées à nouveau. De telles demandes reposent essentiellement sur l'affirmation que les antécédents et profils personnels et psychologiques des plaignantes victimes d'agression sexuelle sont pertinents pour déterminer si la plaignante a consenti aux relations sexuelles ou si l'accusé a cru sincèrement qu'elle y consentait. Bien que la défense doive être libre de prouver, sans recourir à des raisonnements stéréotypés, que de tels renseignements ont vraiment trait à une question réellement en litige, cela marquerait le triomphe des stéréotypes sur la logique si les tribunaux et les avocats devaient simplement supposer l'existence d'une telle pertinence sans exiger aucun élément de preuve à cet égard.

Il est révélateur, par exemple, de comparer la solution souvent retenue dans le cas des dossiers privés dans des procès pour agression sexuelle avec la solution retenue dans trois décisions dans lesquelles des dossiers privés ont été requis par l'avocat de la défense dans des situations qui n'impliquaient pas d'agression sexuelle. Dans *Gingras*, précité, une affaire de meurtre, la défense a demandé la divulgation du dossier d'emprisonnement d'un témoin important du ministère public, qui purgeait une peine dans un pénitencier situé dans une autre province. On soutenait que la crédibilité du témoin était en cause. En plus de découvrir d'importantes irrégularités dans l'ordonnance de divulgation, la Cour a conclu que la demande de divulgation équivalait à rien de plus qu'à une partie de pêche et a donc annulé l'ordonnance, malgré la gravité de l'accusation portée contre l'accusé.

Dans *R. c. Gratton*, [1987] O.J. No. 1984 (C. prov.), et *R. c. Callaghan*, [1993] O.J.

124

125

126

2013 (Ont. Ct. (Prov. Div.)), an accused charged with assault of a police officer sought disclosure of the officer's personnel files and, in particular, any files relating to complaints or disciplinary actions taken against the officer. In both cases, the justification offered for this disclosure was to show that the officer had a propensity for violence. In both cases, in the absence of any evidence as to the likelihood that the records would contain evidence to the predisposition to violence or unreasonable use of force, the judge refused to give disclosure of those files. The contents of the files were characterized as hearsay, as potentially based on unfounded allegations, and as generally irrelevant. The only disclosure granted was of a file containing details of the formal investigation of the particular complaint filed by the accused in relation to activity which was the subject matter of the charges.

No. 2013 (Cour Ont. (Div. prov.)), une personne accusée d'avoir agressé un agent de police a demandé la divulgation de dossiers personnels de l'agent et, en particulier, de tous les dossiers relatifs aux plaintes portées ou aux mesures disciplinaires prises contre l'agent. Dans les deux cas, on prétendait vouloir prouver que l'agent avait une propension à la violence. Dans les deux cas, en l'absence de preuve quant à la probabilité que les dossiers contiendraient des éléments de preuve concernant une prédisposition à la violence ou à l'utilisation abusive de la force, le juge a refusé la divulgation de ces dossiers. Le contenu des dossiers a été qualifié de ouï-dire, de potentiellement basé sur des allégations non fondées et de non pertinent en général. La seule divulgation permise avait trait à un dossier contenant des détails sur l'enquête officielle de la plainte particulière déposée par l'accusé en rapport avec l'activité qui faisait l'objet des accusations.

127 I see no reason to treat a sexual assault complainant any differently, or to accord any less respect to her credibility or privacy, than that which was accorded police officers and convicted criminals in the above-mentioned cases.

Je ne vois aucune raison de traiter la plaignante victime d'agression sexuelle de façon différente, ou d'accorder moins de respect à sa crédibilité ou à sa vie privée, que lorsqu'il s'agit d'agents de police et de criminels reconnus coupables dans les affaires susmentionnées.

128 All of these factors, in my mind, justify concluding not only that a privacy analysis creates a presumption against ordering production of private records, but also that ample and meaningful consideration must be given to complainants' equality rights under the *Charter* when formulating an appropriate approach to the production of complainants' records. Consequently, I have great sympathy for the observation of Hill J. in *R. v. Barbosa* (1994), 92 C.C.C. (3d) 131 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), to this effect (at p. 141):

Tous ces facteurs, selon moi, justifient de conclure non seulement qu'une analyse du droit à la vie privée crée une présomption contre une ordonnance de production de dossiers privés, mais aussi qu'il faut prendre sérieusement en considération les droits à l'égalité des plaignantes que garantit la *Charte* lorsque vient le temps de formuler une méthode appropriée de production des dossiers de plaignantes. Je partage donc l'observation du juge Hill à cet égard, dans *R. c. Barbosa* (1994), 92 C.C.C. (3d) 131 (C. Ont. (Div. gén.)), à la p. 141:

In addressing the disclosure of records, relating to past treatment, analysis, assessment or care of a complainant, it is necessary to remember that the pursuit of full answer and defence on behalf of an accused person should be achieved without indiscriminately or arbitrarily eradicating the privacy of the complainant. Systemic revictimization of a complainant fosters disrepute for the criminal justice system. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] Au moment d'aborder la divulgation de dossiers se rapportant au traitement, à l'analyse, à l'évaluation ou aux soins dont un plaignant a fait l'objet par le passé, il est nécessaire de se rappeler que la présentation d'une défense pleine et entière au nom de la personne accusée devrait être rendue possible sans supprimer de façon discriminatoire ou arbitraire la protection de la vie privée du plaignant. Le fait que le plaignant soit systématiquement victimisé de nouveau risque de déconsidérer le système de justice pénale. [Je souligne.]

(iii) Balancing Competing Values

As Lamer C.J. recently noted for the majority in *Dagenais, supra*, at p. 877, competing constitutional considerations must be balanced with particular care:

A hierarchical approach to rights, which places some over others, must be avoided, both when interpreting the *Charter* and when developing the common law. When the protected rights of two individuals come into conflict . . . *Charter* principles require a balance to be achieved that fully respects the importance of both sets of rights.

Notwithstanding my agreement with this proposition, I would emphasize that the imagery of conflicting rights which it conjures up may not always be appropriate. One such example is the interrelation between the equality rights of complainants in sexual assault trials and the rights of the accused to a fair trial. The eradication of discriminatory beliefs and practices in the conduct of such trials will enhance rather than detract from the fairness of such trials. Conversely, sexual assault trials that are fair will promote the equality of women and children, who are most often the victims.

From my earlier remarks, moreover, it should be clear that I am satisfied that witnesses have a right to privacy in relation to private documents and records (i.e. documents and records in which they hold a reasonable expectation of privacy) which are not a part of the Crown's "case to meet" against the accused. They are entitled not to be deprived of their reasonable expectation of privacy except in accordance with the principles of fundamental justice. In cases such as the present one, any interference with the individual's right to privacy comes about as a result of another person's assertion that this interference is necessary in order to make full answer and defence. As important as the right to full answer and defence may be, it must co-exist with other constitutional rights, rather than trample them: *Dagenais, supra*, at

(iii) La pondération de valeurs conflictuelles

Comme le juge en chef Lamer l'a noté récemment au nom de la majorité dans *Dagenais*, précité, à la p. 877, il faut pondérer avec un soin particulier les considérations constitutionnelles conflictuelles:

Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit [. . .] les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits.

Tout en étant d'accord avec cette proposition, je soulignerais le fait que les images de conflits de droit qu'on évoque peuvent ne pas toujours être appropriées. Un exemple est celui de l'interaction entre les droits à l'égalité des plaignantes dans des procès pour agression sexuelle et les droits des accusés à un procès équitable. La suppression des croyances et des pratiques discriminatoires dans la conduite de ces procès accroîtra, au lieu de la diminuer, l'équité des procès de ce genre. Réciproquement, les procès pour agression sexuelle qui seront équitables favoriseront l'égalité des femmes et des enfants, qui en sont le plus souvent victimes.

Il devrait cependant ressortir clairement de mes remarques antérieures que je suis convaincue que les témoins ont droit à la protection de leur vie privée en ce qui a trait aux documents et aux dossiers privés (c.-à-d. les documents et les dossiers pour lesquels il existe une attente raisonnable de protection du caractère privé) qui ne font pas partie de la «preuve complète» que le ministère public doit présenter contre l'accusé. Il ne peut être porté atteinte à leur attente raisonnable en matière de protection de la vie privée qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Dans les affaires semblables à la présente, toute entrave au droit d'un individu à la protection de sa vie privée provient de l'affirmation par une autre personne que cette entrave est nécessaire à la présentation d'une défense pleine et entière. Aussi important

129

130

p. 877. Privacy and equality must not be sacrificed willy-nilly on the altar of trial fairness.

que puisse être le droit de présenter une défense pleine et entière, il doit coexister avec d'autres droits constitutionnels plutôt que de les éclipser: *Dagenais*, précité, à la p. 877. La protection de la vie privée et l'égalité ne doivent pas être sacrifiées sans autre forme de procès sur l'autel de l'équité du procès.

131 The proper approach to be taken in contexts involving competing constitutional rights may be analogized from *Dagenais*, at p. 891. In particular, since an applicant seeking production of private records from third parties is seeking to invoke the power of the state to violate the privacy rights of other individuals, the applicant must show that the use of the state power to compel production is justified in a free and democratic society. If it is not, then the other person's privacy rights will have been infringed in a manner that is contrary to the principles of fundamental justice.

L'approche appropriée dans les contextes mettant en jeu des droits constitutionnels conflictuels peut être résolue par analogie avec l'arrêt *Dagenais*, à la p. 891. En particulier, étant donné que c'est le requérant qui demande la production de dossiers privés en la possession de tiers et, à cette fin, tente d'invoquer le pouvoir de l'État de violer les droits à la protection de la vie privée d'autres individus, il doit prouver que l'utilisation du pouvoir de l'État d'imposer la production est justifiée dans une société libre et démocratique. Si tel n'est pas le cas, les droits à la protection de la vie privée de l'autre personne seront violés d'une manière contraire aux principes de justice fondamentale.

132 The use of state power to compel production of private records will be justified in a free and democratic society when the following criteria are applied. First, production should only be granted when it is shown that the accused cannot obtain the information sought by any other reasonably available and effective alternative means. Second, production which infringes upon a right to privacy must be as limited as reasonably possible to fulfil the right to make full answer and defence. Third, arguments urging production must rest upon permissible chains of reasoning, rather than upon discriminatory assumptions and stereotypes. Finally, there must be a proportionality between the salutary effects of production on the accused's right to make full answer and defence as compared with the deleterious effects on the party whose private records are being produced. The measure of proportionality must reflect the extent to which a reasonable expectation of privacy vests in the particular records, on the one hand, and the importance of the issue to which the evidence relates, on the other. Moreover, courts must remain alive to the fact that, in certain cases, the deleterious effects of

L'utilisation du pouvoir de l'État d'ordonner la production de dossiers privés sera justifiée dans une société libre et démocratique lorsque les critères suivants seront appliqués. Premièrement, la production ne devrait être ordonnée que lorsqu'il est prouvé que l'accusé ne peut obtenir les renseignements demandés par d'autres moyens raisonnablement disponibles et efficaces. Deuxièmement, la production qui viole le droit à la protection de la vie privée doit être aussi limitée qu'il est raisonnablement possible pour respecter le droit de présenter une défense pleine et entière. Troisièmement, les arguments en faveur de la production doivent se fonder sur un raisonnement permis et non pas sur des suppositions et des stéréotypes discriminatoires. En dernier lieu, il doit y avoir proportionnalité entre les effets bénéfiques de la production sur le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et les effets préjudiciables pour la partie dont les dossiers privés sont divulgués. La mesure de proportionnalité doit refléter l'étendue de l'attente raisonnable de protection du caractère privé des dossiers particuliers, d'une part, et l'importance de la question à laquelle a trait la preuve, de

production may demonstrably include negative effects on the complainant's course of therapy, threatening psychological harm to the individual concerned and thereby resulting in a concomitant deprivation of the individual's security of the person.

All of the above considerations must be borne in mind when formulating an appropriate approach to the difficult issue raised in this appeal. Using these ground rules to structure our analysis, it is now possible to elaborate upon an approach to production of third parties' private records that, it is hoped, will maintain the greatest possible degree of proportionality in reconciling the equally important constitutional concerns of full answer and defence, privacy, and equality without discrimination.

(iv) Procedure for Obtaining Production

I would give substance to the general principles elaborated above by way of the following process. The first step for an accused who seeks production of private records held by a third party is to obtain and serve on the third party a *subpoena duces tecum*. When the subpoena is served, the accused should notify the Crown, the subject of the records, and any other person with an interest in the confidentiality of the records that the accused will ask the trial judge for an order for their production. Then, at the trial, the accused must bring an application supported by appropriate affidavit evidence showing that the records are likely to be relevant either to an issue in the trial or to the competence to testify of the subject of the records. If the records are relevant, the court must balance the salutary and deleterious effects of ordering that the records be produced to determine whether, and to what extent, production should be ordered.

l'autre. En outre, les tribunaux doivent rester sensibles au fait que, dans certains cas, les effets préjudiciables de la production peuvent visiblement comporter des effets négatifs sur le déroulement de la thérapie de la plaignante, ce qui menacerait de nuire psychologiquement à la personne concernée et entraînerait pour elle une privation concomitante du droit à sa propre sécurité.

Il faut garder à l'esprit toutes ces considérations dans la formulation d'une approche appropriée à la difficile question soulevée dans le présent pourvoi. Ayant fait appel à ces notions de base pour structurer notre analyse, il est maintenant possible d'élaborer une approche à la production des dossiers privés en la possession de tiers qui, il est à souhaiter, maintiendra le plus haut degré possible de proportionnalité de manière à réconcilier les préoccupations constitutionnelles également importantes relatives à la présentation d'une défense pleine et entière, la protection de la vie privée et l'égalité indépendamment de toute discrimination.

(iv) Procédure visant à obtenir la production

Le processus suivant tient compte des principes généraux que je viens de formuler. Premièrement, l'accusé qui cherche à obtenir la production de dossiers privés en la possession d'un tiers doit obtenir un *subpoena duces tecum* et le lui signifier. Après la signification de l'assignation, l'accusé doit aviser le ministère public, la personne visée par les dossiers et toute autre personne ayant un intérêt dans le caractère privé des dossiers, qu'il demandera au juge du procès d'en ordonner la production. Ensuite, au procès, l'accusé doit présenter une demande appuyée d'une preuve par affidavit indiquant que les dossiers sont susceptibles de se rapporter soit à une question en litige dans l'instance soit à l'habilité à témoigner de la personne visée par les dossiers. Si les dossiers sont pertinents, le tribunal doit alors pondérer les effets bénéfiques et les effets préjudiciables qu'entraînerait la délivrance en faveur de la défense de l'ordonnance de production de ces dossiers pour déterminer si et dans quelle mesure la production devrait être ordonnée.

133

134

(a) *Subpoena duces tecum and Notice to Interested Parties*

135 The form of the *subpoena duces tecum* and the procedure for its issuance are described in Part XXII of the *Criminal Code*. In particular, a subpoena will not issue unless the applicant shows that the witness is likely to give material evidence in the proceeding: s. 698(1). The function of the subpoena is to summon the witness — in this case, the guardian of the records — to court and to require the witness to bring the documents described in the subpoena. It does not, in itself, require the witness to produce the records to the court or to the defence.

136 When the subpoena is served, the accused should give written notice to anyone with an interest in the confidentiality of the records that a motion will be brought for an order for production of the records. Interested persons include the Crown, the person who is the subject of the records, the guardian of the records, and any other person required by statute to be notified. Failure to give notice to all interested parties will be fatal to the application, although the accused may reapply and, as a matter of convenience, notice to the guardian of the records may accompany the *subpoena duces tecum*.

(b) *Application for Production*

137 At the trial, when the accused applies for an order for production of the records, the judge should follow a two-stage approach. First, the accused must demonstrate that the information contained in the records is likely to be relevant either to an issue in the proceedings or to the competence to testify of the person who is the subject of the records. If the information does not meet this threshold of relevance, then the analysis ends here and no order will issue. However, if the information is likely relevant to an issue at trial or to the competence of the subject to testify, the court must weigh the positive and negative consequences of production, with a view to determining whether, and to what extent, production should be

a) *Subpoena duces tecum et avis aux parties intéressées*

La partie XXII du *Code criminel* prévoit la forme que prend le *subpoena duces tecum* et la procédure relative à son émission. Tout particulièrement, l'assignation ne sera permise que si la demande établit que le témoin est susceptible de fournir une preuve substantielle: par. 698(1). L'assignation a pour but de citer le témoin — en l'espèce, le gardien des dossiers — à comparaître en cour et d'exiger qu'il apporte les documents décrits dans l'assignation. En soi, elle n'exige pas que le témoin divulgue les dossiers au tribunal ou à la défense.

Lors de la signification du subpoena, l'accusé doit aviser par écrit toutes les personnes qui peuvent avoir un intérêt dans le caractère confidentiel des dossiers qu'une requête sera présentée en vue d'obtenir une ordonnance pour la production des dossiers. Parmi les personnes intéressées, mentionnons le ministère public, la personne visée par les dossiers, le gardien des dossiers et toute autre personne qui doit être informée selon la loi. L'omission d'aviser toutes les parties concernées sera fatale à cette requête bien que l'accusé puisse présenter une nouvelle requête et que, par souci de commodité, le *subpoena duces tecum* puisse être accompagné d'un avis au gardien des dossiers.

b) *Demande de production*

Au procès, lorsque l'accusé demande une ordonnance de production des dossiers, le juge devrait procéder en deux étapes. Premièrement, l'accusé doit démontrer que les renseignements contenus dans les dossiers sont susceptibles de se rapporter soit à une question en litige dans l'instance soit à la capacité à témoigner de la personne visée par les dossiers. Si les renseignements ne satisfont pas à cette exigence minimale en matière de pertinence, l'analyse prend fin et aucune ordonnance ne sera rendue. Toutefois, si les renseignements se rapportent vraisemblablement soit à une question en litige dans l'instance soit à l'habilité à témoigner de la personne visée, le tribunal doit pondérer les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la

ordered. At each stage counsel for all interested parties should be permitted to make submissions.

(1) Relevance

At the outset, the accused must establish a basis which could enable the presiding judge to conclude that there is actually in existence further material which may be useful to the accused in making full answer and defence, in the sense that it is logically probative (*Chaplin, supra*, at pp. 743-45). In other words, the accused must satisfy the court that the information contained in the records is likely to be relevant either to an issue in the proceeding or to the competence of the subject to testify (*O'Connor No. 2, supra*).

It may be useful at this stage for the third party guardian of the records to prepare a list of the records in its possession. In an appropriate case, the trial judge may require such a list to be provided to the accused and the other interested parties. This was done, for example, in *Barbosa, supra*, albeit in the somewhat different context of a request by the Crown to withhold disclosure of records in its own possession. In that decision, Hill J. made the following comments about the utility of an inventory of records (at p. 136):

The existence of an inventory not only promotes procedural efficiency during argument of an application of this type, but also has the advantage of potentially permitting defence counsel to focus the subject-matter of his application to a population of documents less than the whole of those in the custody of the relevant custodian. On occasion, such an inventory promotes further informal discussions between defence and Crown counsel leading to further disclosure without review by the court.

However, I wish to emphasize that, like any other motion, an application for an order for production of private records held by a third party must be accompanied by affidavit evidence which establishes to the judge's satisfaction that the

production pour déterminer si et dans quelle mesure la production devrait être ordonnée. À chaque étape, on devrait accorder aux avocats des parties intéressées la possibilité de présenter des arguments.

(1) Pertinence

Dès le départ, l'accusé doit établir une base qui permettrait au juge de conclure à l'existence réelle d'autres documents qui peuvent être utiles à l'accusé pour présenter une défense pleine et entière (*Chaplin, précité*, aux pp. 743 à 745) en ce sens qu'ils sont logiquement probants. En d'autres termes, l'accusé doit convaincre le tribunal que les renseignements contenus dans les dossiers sont susceptibles de se rapporter soit à une question en litige dans l'instance soit à l'habilité à témoigner de la personne visée (*O'Connor n° 2, précité*). 138

À ce stade, il peut être utile pour le tiers gardien des dossiers de préparer une liste des dossiers en sa possession. Le cas échéant, le juge du procès peut exiger qu'une telle liste soit fournie à l'accusé et aux autres parties intéressées. Par exemple, c'est ce qui a été fait dans l'arrêt *Barbosa, précité*, malgré le contexte quelque peu différent d'une requête présentée par le ministère public visant à empêcher la divulgation des dossiers en sa propre possession. Dans cet arrêt, le juge Hill a fait les remarques suivantes sur l'utilité d'un inventaire des dossiers (à la p. 136): 139

[TRADUCTION] L'existence d'un inventaire non seulement favorise l'efficacité procédurale au cours du débat sur une demande de ce genre, mais a également l'avantage de pouvoir permettre à l'avocat de la défense de faire porter précisément l'objet de sa demande sur un nombre de documents moins élevé que ceux qui sont en la possession du gardien visé. À l'occasion, un tel inventaire favorise la tenue d'autres discussions informelles entre les avocats de la défense et du ministère public entraînant des divulgations additionnelles sans contrôle par les tribunaux.

Je tiens, toutefois, à souligner que, comme pour toute autre requête, une demande visant à obtenir une ordonnance pour la production de dossiers privés en la possession d'un tiers doit être accompagnée d'une preuve par affidavit qui établit à la 140

information sought is likely to be relevant. The accused's demonstration that information is likely to be relevant must be based on evidence, not on speculative assertions or on discriminatory or stereotypical reasoning.

satisfaction du juge que les renseignements demandés sont susceptibles d'être pertinents. La démonstration par l'accusé que les renseignements sont susceptibles d'être pertinents doit être fondée sur la preuve et non sur des affirmations spéculatives ou sur un raisonnement discriminatoire ou stéréotypé.

141

The Chief Justice and Sopinka J. argue that accused persons are placed in a difficult situation by the requirement that they prove the likely relevance of the documents without having access to them. My colleagues point to the decisions of this Court in *Carey v. Ontario*, [1986] 2 S.C.R. 637, *Dersch v. Canada (Attorney General)*, [1990] 2 S.C.R. 1505 (especially at pp. 1513-14), *R. v. Garofoli*, [1990] 2 S.C.R. 1421, and *R. v. Durette*, [1994] 1 S.C.R. 469, and conclude that the standard of "likely relevance" should not be interpreted as an onerous burden. I would begin by noting that *Carey* arose in the context of a civil action in which neither the right to full answer and defence nor any constitutional right of privacy were engaged; it therefore has no application here. As for *Dersch*, *Garofoli* and *Durette*, a majority of this Court held in those cases that an accused is entitled to have access to information used by police to obtain a wiretap authorization because, without such access, the accused cannot realistically challenge the legality of the surveillance. However, in those cases, the accused sought access to records created by the state as part of its investigation; that situation can hardly be compared to the situation of an accused who demands access to therapeutic or other private records created and held by a third party. The records here in question are not within the possession or control of the Crown, do not form part of the Crown's "case to meet", and were created by a third party for a purpose unrelated to the investigation or prosecution of the offence. In my opinion, it cannot be assumed that such records are likely to be relevant, and if the accused is unable to show that they are, then the application for production must be

Le Juge en chef et le juge Sopinka soutiennent que les accusés se trouvent dans une situation difficile parce qu'ils sont tenus de démontrer la pertinence probable des documents sans y avoir accès. Mes collègues soulignent les arrêts de notre Cour *Carey c. Ontario*, [1986] 2 R.C.S. 637, *Dersch c. Canada (Procureur général)*, [1990] 2 R.C.S. 1505 (spécialement aux pp. 1513 et 1514), *R. c. Garofoli*, [1990] 2 R.C.S. 1421, et *R. c. Durette*, [1994] 1 R.C.S. 469, et concluent que le critère de la «pertinence probable» ne devrait pas être interprété comme constituant un fardeau onéreux. Je tiens tout d'abord à signaler que l'arrêt *Carey* se situait dans le contexte d'une action civile dans laquelle il n'était question ni du droit à une défense pleine et entière ni d'un droit constitutionnel à la protection de la vie privée; il ne s'applique donc pas en l'espèce. En ce qui concerne les arrêts *Dersch*, *Garofoli* et *Durette*, notre Cour, à la majorité, y a conclu qu'un accusé a le droit d'avoir accès aux renseignements utilisés par les policiers pour obtenir une autorisation d'écoute électronique car, sans un tel accès, l'accusé ne peut de façon réaliste contester la légalité de la surveillance. Toutefois, dans ces affaires, l'accusé cherchait à avoir accès à des dossiers créés par l'État dans le cadre de son enquête; cette situation peut difficilement être comparée à la situation de l'accusé qui demande l'accès à des dossiers thérapeutiques ou d'autres dossiers privés créés et conservés par un tiers. Les dossiers visés en l'espèce ne sont pas en la possession ou sous le contrôle du ministère public, ne font pas partie de la «preuve complète» du ministère public et ont été créés par un tiers à une fin non reliée à l'enquête ou à la poursuite de l'infraction. À mon avis, on ne peut présumer que ces dossiers seront vraisemblablement pertinents et si l'accusé est incapable d'en démontrer la pertinence, alors la demande de production doit être

rejected as it amounts to nothing more than a fishing expedition.

The burden on an accused to demonstrate likely relevance is a significant one. For instance, it would be insufficient for the accused to demand production simply on the basis of a bare, unsupported assertion that the records might impact on "recent complaint" or the "kind of person" the witness is. Similarly, the applicant cannot simply invoke credibility "at large", but must rather provide some basis to show that there is likely to be information in the impugned records which would relate to the complainant's credibility on a particular, material issue at trial. Equally inadequate is a bare, unsupported assertion that a prior inconsistent statement might be revealed, or that the defence wishes to explore the records for "allegations of sexual abuse by other people". Such requests, without more, are indicative of the very type of fishing expedition that this Court has previously rejected in other contexts. See, in the context of cross-examination on sexual history, *Osolin*, *supra*, at p. 618, *per* L'Heureux-Dubé J. dissenting, and *Seaboyer*, *supra*, at p. 634, *per* McLachlin J. for the majority; in the context of search and seizure, *Baron v. Canada*, [1993] 1 S.C.R. 416, at p. 448, *per* Sopinka J. for the Court, and *Hunter*, *supra*, at p. 167, *per* Dickson J. (as he then was) for the Court; in the context of wiretaps and their supporting affidavits, *Chaplin*, *supra*, at p. 746, *per* Sopinka J. for the Court, *Durette*, *supra*, at p. 523, *per* L'Heureux-Dubé J. dissenting, *R. v. Thompson*, [1990] 2 S.C.R. 1111, at p. 1169, *per* La Forest J. dissenting, and *R. v. Duarte*, [1990] 1 S.C.R. 30, at p. 55, *per* La Forest J. for the majority. See also *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at pp. 51 *et seq.*; *Halsbury's Laws of England* (4th ed. 1976), vol. 17, para. 5, at p. 7.; *Wigmore on Evidence* (3rd ed. 1940), vol. 1, para. 9, at pp. 655 *et seq.*

rejetée comme n'équivalant à rien d'autre qu'une partie de pêche.

La charge qui incombe à l'accusé de démontrer la pertinence probable est considérable. Par exemple, il ne suffira pas que l'accusé demande la production de dossiers en se fondant uniquement sur une simple déclaration non étayée selon laquelle les dossiers pourraient influencer sur une «plainte récente» ou le «genre de personne» qu'est le témoin. De la même manière, le requérant ne peut pas simplement invoquer la crédibilité «en général», mais il doit plutôt fournir une base pour prouver qu'il y a des chances que les dossiers contestés contiennent des renseignements qui se rapporteraient à la crédibilité de la plaignante sur une question particulière et essentielle en litige. Tout aussi insuffisante est la simple affirmation non étayée selon laquelle une déclaration antérieure incompatible pourrait être révélée ou selon laquelle la défense désire examiner les dossiers en vue de trouver des «allégations d'abus sexuel commis par d'autres personnes». De telles demandes sont, sans plus, indicatives du type même de partie de pêche que notre Cour a déjà rejeté dans d'autres contextes. Voir, dans le contexte d'un contre-interrogatoire sur le comportement sexuel antérieur, *Osolin*, précité, à la p. 618, le juge L'Heureux-Dubé dissidente, et *Seaboyer*, précité, à la p. 634, le juge McLachlin au nom de la majorité; dans le contexte des fouilles, perquisitions ou saisies, *Baron c. Canada*, [1993] 1 R.C.S. 416, à la p. 448, le juge Sopinka au nom de la Cour, et *Hunter*, précité, à la p. 167, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) au nom de la Cour; dans le contexte de l'écoute électronique et des affidavits à l'appui, *Chaplin*, précité, à la p. 746, le juge Sopinka au nom de la Cour, *Durette*, précité, à la p. 523, le juge L'Heureux-Dubé dissidente, *R. c. Thompson*, [1990] 2 R.C.S. 1111, à la p. 1169, le juge La Forest dissident, et *R. c. Duarte*, [1990] 1 R.C.S. 30, à la p. 55, le juge La Forest au nom de la majorité. Voir également *Cross on Evidence* (7^e éd. 1990), aux pp. 51 et suiv.; *Halsbury's Laws of England* (4^e éd. 1976), vol. 17, par. 5, à la p. 7; *Wigmore on Evidence* (3^e éd. 1940), vol. 1, par. 9, aux pp. 655 et suiv.

143

Similarly, the mere fact that a witness has a medical or psychiatric record cannot be taken as indicative of the potential unreliability of his or her testimony. Any suggestion that a particular treatment, therapy, illness, or disability implies unreliability must be informed by cogent evidence, rather than stereotype, myth or prejudice. For these reasons, it would also be inappropriate for judicial notice to be taken of the fact that unreliability may be inferred from any particular course of treatment. See *R. v. K. (V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338 (B.C.C.A.), at pp. 350-51.

144

Finally, it must not be presumed that the mere fact that a witness received treatment or counselling after a sexual assault indicates that the records will contain information that is relevant to the defence. The focus of therapy is vastly different from that of an investigation or other process undertaken for the purposes of the trial. While investigations and witness testimony are oriented toward ascertaining historical truth — namely, the facts surrounding the alleged assault — therapy generally focuses on exploring the complainant's emotional and psychological responses to certain events, after the alleged assault has taken place. Victims often question their perceptions and judgment, especially if the assailant was an acquaintance. Therapy is an opportunity for the victim to explore her own feelings of doubt and insecurity. It is not a fact-finding exercise. Consequently, the vast majority of information noted during therapy sessions bears no relevance whatsoever or, at its highest, only an attenuated sense of relevance to the issues at trial. Moreover, as I have already noted elsewhere, much of this information is inherently unreliable and, therefore, may frustrate rather than further the truth-seeking process. Thus, although the fact that an individual has sought counselling after an alleged assault may certainly raise the applicant's hopes for a fruitful fishing expedition, it does not follow, absent other

De même, le simple fait qu'un témoin ait des antécédents médicaux ou psychiatriques ne peut pas être considéré comme indiquant que son témoignage pourrait manquer de crédibilité. Toute suggestion selon laquelle un traitement, une thérapie, une maladie ou un handicap entraînent un manque de crédibilité doit reposer sur une preuve convaincante plutôt que sur des stéréotypes, des mythes ou des préjugés. Pour ces raisons, il ne serait pas non plus approprié que le tribunal prenne connaissance d'office du fait que le manque de crédibilité puisse se déduire d'un traitement particulier. Voir *R. c. K. (V.)* (1991), 4 C.R. (4th) 338 (C.A.C.-B.), aux pp. 350 et 351.

En dernier lieu, il ne faut pas présumer que le simple fait qu'un témoin ait suivi un traitement ou reçu des conseils socio-psychologiques après une agression sexuelle indique que les dossiers contiendront des renseignements qui se rapportent à la défense. Une thérapie ne met pas du tout l'accent sur les mêmes choses qu'une enquête ou un autre processus entrepris aux fins du procès. Alors que les enquêtes et les dépositions des témoins visent à déterminer la vérité historique — à savoir les faits entourant l'agression alléguée — la thérapie met généralement l'accent sur l'examen des réactions émotives et psychologiques de la plaignante à certains événements, après que l'agression sexuelle ait eu lieu. Les victimes mettent souvent en doute leurs perceptions et leur bon jugement, tout particulièrement si l'agresseur était une connaissance. La thérapie offre à la victime l'occasion d'explorer ses propres sentiments de doute et d'insécurité. Ce n'est pas un exercice d'appréciation des faits. Par conséquent, la vaste majorité des renseignements notés au cours des séances de thérapie ne sont nullement pertinents ou, tout au plus, se rapportent peu aux questions en litige. De plus, comme je l'ai déjà mentionné ailleurs, bon nombre de ces renseignements sont peu fiables en soi et peuvent donc entraver plutôt que faciliter le processus de recherche de la vérité. Même si le fait qu'une personne ait sollicité des conseils socio-psychologiques après une présumée agression sexuelle peut certainement susciter chez le requérant l'espoir d'une partie de pêche fructueuse, il ne s'ensuit pas, en l'absence d'autres éléments de preuve, que les ren-

evidence, that information found in those records is likely to be relevant to the accused's defence.

Unlike my colleagues Lamer C.J. and Sopinka J., I would not take the "sheer number" of cases in which production has been ordered in the past as a demonstration of the potential relevance of therapeutic records. Whatever may have been their past practice in this regard, judges should be encouraged to carefully scrutinize claims of relevance in a manner that is sensitive to the therapeutic context and the nature of records created in that context. Without such sensitivity, the danger is great that records having no real relevance will be produced, the search for truth frustrated, and the rights of complainants needlessly violated.

In establishing the required evidentiary basis, the applicant may resort to the Crown's disclosure, to its own witnesses, and to cross-examination of the Crown witnesses at both the preliminary inquiry and the trial. On some occasions, it may also be necessary to introduce expert evidence to lay the foundation for a production application (for instance, expert evidence to the effect that a certain type of therapy may lead to "created memories"). The determination of relevance is a fluid, rather than fixed, process. In consequence, information which cannot be proved relevant at one point during the trial may later become relevant, in which case a further application for production may be warranted. However, regardless of when it is brought, an application for production will not succeed if it is not supported by evidence demonstrating the likely relevance of the records.

I would like to make two final observations on the subject of relevance. The first of these relates to the Court of Appeal's comment that relevance should be determined with due regard for "other legitimate legal and societal interests, including the privacy interests of complainants" (*O'Connor*

seignements figurant dans ces dossiers se rapporteront vraisemblablement à la défense de l'accusé.

Contrairement à mes collègues le juge en chef Lamer et le juge Sopinka, je ne considérerais pas le «nombre même» de cas où la production de documents a été ordonnée dans le passé comme preuve de la pertinence potentielle des dossiers thérapeutiques. Quelle que puisse avoir été la pratique suivie par les juges dans le passé, il faudrait les inciter à examiner soigneusement toute affirmation voulant que de tels dossiers soient pertinents, d'une façon adaptée au contexte thérapeutique et à la nature des dossiers constitués dans ce contexte. Sans une sensibilité nécessaire, il y a un grand danger que soient produits des dossiers n'ayant pas vraiment de pertinence, que soit brimée la recherche de la vérité et que soient inutilement lésés les droits des plaignantes.

Pour faire la preuve requise, le requérant peut se baser sur les documents et dossiers divulgués par le ministère public, sur ses propres témoins et sur le contre-interrogatoire des témoins du ministère public tant à l'enquête préliminaire qu'au procès. À certaines occasions, il peut même être nécessaire de présenter le témoignage d'un expert pour poser les fondations d'une demande de production (par exemple, le témoignage de l'expert selon lequel un certain type de thérapie peut mener à des «souvenirs fabriqués»). La détermination de la pertinence est un processus souple plutôt que rigide. En conséquence, les renseignements dont on ne pourra démontrer la pertinence à un certain moment au cours de l'instance peuvent devenir pertinents par la suite et, dans un tel cas, une demande additionnelle de production pourrait être justifiée. Toutefois, une demande de production ne sera pas accueillie, peu importe le moment où elle est présentée, si elle n'est pas appuyée par des éléments de preuve démontrant la pertinence probable des dossiers.

Je tiens à faire deux dernières observations en ce qui a trait à la pertinence. La première porte sur la remarque de la Cour d'appel selon laquelle la pertinence devrait être déterminée en fonction des [TRADUCTION] «autres intérêts juridiques et sociétaux légitimes, dont les intérêts des plaignants dans

145

146

147

(No. 2), at pp. 261-62). In my view, the privacy rights of complainants should be considered separately, rather than factored into the analysis of relevance. It is important to remember that the rationale underlying resort to privilege or privacy rights is diametrically opposed to that underlying most ordinary evidentiary rules of exclusion. Privilege and privacy interests would exclude evidence despite the fact that such evidence might further the truth-seeking process. On the other hand, ordinary rules of exclusion are generally motivated by the desire to further the truth-seeking process, in that they tend to exclude evidence which might be unreliable, which might mislead or prejudice the trier of fact, or which might otherwise prejudice the fairness of the trial. Consequently, it is both easier and more intellectually honest to consider privacy and societal interests in a separate, balancing step.

la protection de leur vie privée» (*O'Connor* (n° 2), aux pp. 261 et 262). À mon avis, les droits des plaignantes à la protection de leur vie privée devraient être examinés de façon distincte, plutôt que dans le cadre de l'analyse de la pertinence. Il est important de se rappeler que le raisonnement qui sous-tend le recours au privilège ou au droit à la vie privée est diamétralement opposé à celui qui sous-tend la plupart des règles ordinaires d'exclusion en matière de preuve. Les intérêts dans le privilège et la protection de la vie privée excluraient des éléments de preuve malgré le fait que de tels éléments pourraient favoriser le processus de recherche de la vérité. Par ailleurs, les règles ordinaires d'exclusion sont généralement motivées par le désir de favoriser le processus de recherche de la vérité, en ce sens qu'elles tendent à écarter les éléments de preuve qui pourraient être peu fiables, qui pourraient induire en erreur ou influencer le juge des faits ou qui pourraient d'une autre façon porter atteinte à l'équité du procès. Par conséquent, il est à la fois plus facile et plus honnête sur le plan intellectuel de pondérer, lors d'une étape distincte, les intérêts dans la protection de la vie privée et les intérêts de la société.

148 However, as I have already noted, consideration for equality is not alien to the objectives of finding the truth and conducting a fair trial. On the contrary, all of these objectives dictate that a court be precluded from drawing inferences on the basis of discriminatory or stereotypical lines of reasoning. For instance, it is impermissible to seek production of records containing reference to other sexual activity to support the inference that because the complainant has engaged in unrelated sexual activity she is more likely to have consented to the activity in question, or less worthy of belief: *Seaboyer, supra*.

Toutefois, comme je l'ai déjà mentionné, le respect du droit à l'égalité n'est pas étranger aux objectifs de recherche de la vérité et de tenue d'un procès équitable. Au contraire, tous ces objectifs indiquent qu'un tribunal ne peut pas tirer des conclusions qui seraient fondées sur des raisonnements discriminatoires ou stéréotypés. Par exemple, il n'est pas permis de demander la divulgation de dossiers qui renvoient à d'autres activités sexuelles pour étayer la conclusion que, parce que la plaignante s'est adonnée à une activité sexuelle qui n'est pas liée à l'agression sexuelle, il soit plus probable qu'elle ait donné son consentement à l'activité en question, ou qu'elle soit moins digne de confiance: *Seaboyer, précité*.

149 My second observation relates to the competence to testify of the subject of the records. A witness is presumed competent to testify until otherwise shown. Incompetence to testify can be shown in many ways, such as calling a doctor who has treated the witness, which do not require disclosure

Ma deuxième observation porte sur l'habilité à témoigner de la personne visée par les dossiers. Une personne est présumée habile à témoigner jusqu'à preuve du contraire. L'inhabilité à témoigner peut être démontrée de plusieurs façons, telle l'assignation d'un médecin qui a traité le témoin, ce

of private medical records. If competence is the basis for defence counsel's application for production of private medical records, then the court should first consider if there are any other reasonable alternatives of testing the witness's competence which would constitute a lesser invasion into the witness's privacy.

(2) Balancing

If the trial judge concludes that the records are not likely to be relevant to an issue in the trial or to the competence to testify of the subject of the records, the application should be rejected. If, on the other hand, the judge decides that they are likely to be relevant, then the analysis proceeds to the second stage, which has two parts. First, the trial judge must balance the salutary and deleterious effects of ordering the production of the records to the court for inspection, having regard to the accused's right to make full answer and defence, and the effect of such production on the privacy and equality rights of the subject of the records. If the judge concludes that production to the court is warranted, he or she should so order.

The Chief Justice and Sopinka J. appear to share my view that the balancing of the effects of production should be undertaken only at this second stage of the procedure, after the records have been found to be likely relevant. However, they contend that the trial judge need not consider competing interests, such as the privacy rights of the subject of the records, before ordering them produced to the court for inspection. This is not my position. What my colleagues fail to recognize is that even an order for production to the court is an invasion of privacy. The records here in question are profoundly intimate, and any violation of the intimacy of the records can have serious consequences for the dignity of the subject of the records and, in some cases, for the course of his or her therapy. Neither the subject nor the guardian of the records should be compelled to violate the intimacy of the records unless the judge has determined, after

qui n'exige pas la divulgation de dossiers médicaux privés. Si la requête de l'avocat de la défense en vue de la divulgation de dossiers médicaux privés est fondée sur l'habilité à témoigner, le tribunal devrait examiner en premier lieu s'il existe d'autres moyens raisonnables pour évaluer l'habilité du témoin à témoigner qui constitueraient une intrusion moins grande dans la vie privée du témoin.

(2) La pondération

Si le juge du procès conclut que les dossiers ne sont pas susceptibles de se rapporter à une question en litige dans l'instance ou à l'habilité à témoigner de la personne visée par les dossiers, la demande devrait être rejetée. Si, par ailleurs, le juge décide qu'ils seront vraisemblablement pertinents, il doit alors passer à la deuxième étape, qui comporte deux volets. Premièrement, le juge doit soupeser les effets bénéfiques et préjudiciables qu'entraînerait la production des dossiers aux fins d'examen par le tribunal, au regard du droit de l'accusé à une défense pleine et entière et l'effet d'une telle production sur le droit à la protection de la vie privée et le droit à l'égalité de la personne visée par les dossiers. Si le juge conclut que la production est justifiée, il ou elle devrait l'ordonner.

Le Juge en chef et le juge Sopinka paraissent partager mon point de vue que la pondération des effets de la production ne devrait être entreprise qu'à cette deuxième étape de la procédure, après que l'on ait décidé que les dossiers seraient vraisemblablement pertinents. Cependant, ils sont d'avis qu'il n'est pas nécessaire que le juge de première instance tienne compte des intérêts opposés, comme le droit de la personne visée par les dossiers à la protection de sa vie privée, avant d'en ordonner la production aux fins d'examen par le tribunal. Je ne suis pas d'accord. Mes collègues négligent de reconnaître que même une ordonnance de production au tribunal constitue une atteinte à la vie privée. Les dossiers en l'espèce sont très personnels et toute atteinte au caractère personnel des dossiers peut avoir de graves conséquences sur la dignité de la personne visée, et, dans certains cas, sur le déroulement de sa théra-

careful consideration, that the salutary effects of doing so outweigh the damage done thereby.

pie. Ni la personne visée ni le gardien des dossiers ne devraient être forcés de porter atteinte au caractère personnel des dossiers à moins qu'un juge ne décide, après examen approfondi, que les effets bénéfiques l'emportent sur les effets préjudiciables d'une telle atteinte.

152 In borderline cases, the judge should err on the side of production to the court. The trial judge, in examining the materials, will guard the privacy of the witness to the best of his or her ability. Nevertheless, reading and vetting large quantities of material that have been ordered produced to the court out of an abundance of caution can impose an excessive burden on judicial resources, especially if only a small proportion of the records produced to the court are ultimately produced to the defence. Consequently, while borderline cases at this stage should be decided in favour of production to the court, the determination of relevance and balancing should be meaningful, fair and considered. This carefully considered balancing will prevent documents from being needlessly produced.

Dans les cas limites, le juge devrait pencher du côté de la production au tribunal. Le juge du procès, en examinant les documents, protégera de son mieux la vie privée du témoin. Néanmoins, la lecture et l'examen d'un grand nombre de documents, dont la production à la cour aura été ordonnée par surcroît de prudence, peut imposer un fardeau excessif aux juges, particulièrement si une infime partie seulement des dossiers produits au tribunal est en fin de compte divulguée à la défense. Par conséquent, bien que les cas limites à ce stade devraient être réglés en faveur de la production devant la cour, la décision relative à la pertinence et à la pondération devrait être significative, juste et réfléchie. Cette pondération soigneuse permettra d'éviter la production de documents inutiles.

153 Next, upon their production to the court, the judge should examine the records to determine whether, and to what extent, they should be produced to the accused. This step requires the court anew, but with the benefit of the inspection of the documents, to consider the likely relevance and salutary and deleterious effects as previously but with production to the accused in mind.

Ensuite, au moment de la production des dossiers devant la cour, le juge devra les examiner pour déterminer si et dans quelle mesure ils devraient être divulgués à l'accusé. Cette étape exige que la cour examine de nouveau, mais avec le bénéfice de l'inspection des documents, la pertinence probable et les effets bénéfiques et préjudiciables, comme elle l'a déjà fait, mais en ayant à l'esprit la divulgation à l'accusé.

154 I have some difficulties with the Court of Appeal's position to the effect that the judge may simply disclose to the defence any evidence which is "material". The problem with such an approach is that it effectively does away with any consideration for privacy, or for larger societal interests. A fair legal system requires respect at all times for the complainant's personal dignity, and in particular his or her right to privacy, equality and security of the person. As the Chief Justice said in *Dagenais, supra*, in the context of a publication ban, the common law should not accord pre-

J'ai quelque difficulté avec la position de la Cour d'appel selon laquelle le juge peut simplement divulguer à la défense tout élément de preuve «substantiel». Le problème que soulève une telle approche est que, en fait, elle ne tient pas compte de la protection de la vie privée ou d'intérêts sociétaux plus importants. Un système juridique équitable exige en tout temps le respect de la dignité personnelle de la plaignante et, en particulier, de son droit à la vie privée, à l'égalité et à la sécurité de sa personne. Comme le Juge en chef l'a écrit dans l'arrêt *Dagenais*, précité, dans le contexte d'une interdiction de publication, la common law ne devrait pas privilégier le droit à un procès équi-

eminence to the right to a fair trial, over other constitutionally entrenched rights (at p. 877):

The pre-*Charter* common law rule governing publication bans emphasized the right to a fair trial over the free expression interests of those affected by the ban. In my view, the balance this rule strikes is inconsistent with the principles of the *Charter*, and in particular, the equal status given by the *Charter* to ss. 2(b) and 11(d). It would be inappropriate for the courts to continue to apply a common law rule that automatically favoured the rights protected by s. 11(d) over those protected by s. 2(b). A hierarchical approach to rights, which places some over others, must be avoided, both when interpreting the *Charter* and when developing the common law. When the protected rights of two individuals come into conflict, as can occur in the case of publication bans, *Charter* principles require a balance to be achieved that fully respects the importance of both sets of rights.

Similarly, as regards the production of private records held by third parties, a balance must be struck that places the *Charter* rights of complainants on an equal footing with those of accused persons.

In *Dagenais*, the Court assessed proportionality by examining and weighing the salutary and deleterious effects of the rights infringements in question. I believe that such a process was already implicit in *Seaboyer*, in which this Court sought to achieve a measure of proportionality between the right to privacy and the right to a fair trial. In my view, an analogous approach is appropriate in the disclosure context. Once a court has reviewed the records, production should only be ordered in respect of those records, or parts of records, that have significant probative value that is not substantially outweighed by the danger of prejudice to the proper administration of justice or by the harm to the privacy rights of the witness or to the privileged relation. See also Stuesser, "Reconciling Disclosure and Privilege" (1994), 30 C.R. (4th) 67, at pp. 71-72.

table au détriment d'autres droits consacrés par la Constitution (à la p. 877):

La règle de common law qui, avant l'adoption de la *Charte*, régissait les ordonnances de non-publication, accordait une plus grande importance au droit à un procès équitable qu'à la liberté d'expression de ceux qui étaient touchés par l'interdiction. À mon sens, l'équilibre que cette règle fixe est incompatible avec les principes de la *Charte*, en particulier avec l'égalité de rang qu'accorde la *Charte* aux al. 2b) et 11d). Il ne conviendrait pas que les tribunaux continuent d'appliquer une règle de common law qui privilégie systématiquement les droits garantis à l'al. 11d) par rapport à ceux que garantit l'al. 2b). Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, comme cela peut se produire dans le cas d'une interdiction de publication, les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits.

De même, en ce qui a trait à la production de dossiers privés en la possession de tiers, un équilibre doit être trouvé qui place les droits des plaignants garantis par la *Charte* sur le même pied que ceux des accusés.

Dans *Dagenais*, la Cour a apprécié la proportionnalité en examinant et en soupesant les effets bénéfiques et préjudiciables de la violation des droits en question. Je crois qu'un tel processus était déjà implicite dans l'arrêt *Seaboyer*, dans lequel notre Cour a cherché à établir une mesure de proportionnalité entre le droit à la vie privée et le droit à un procès équitable. À mon avis, une approche analogue est appropriée dans un contexte de divulgation. Une fois qu'un tribunal a examiné les dossiers produits, seuls devraient être divulgués les dossiers ou les parties de dossiers qui ont une valeur probante importante qui n'est pas substantiellement contrebalancée par le risque d'un préjudice à la bonne administration de la justice ou l'atteinte au droit à la vie privée du témoin ou à la relation privilégiée. Voir également Stuesser, «Reconciling Disclosure and Privilege» (1994), 30 C.R. (4th) 67, aux pp. 71 et 72.

156 Although this list is not exhaustive, the following factors should be considered in this determination: (1) the extent to which the record is necessary for the accused to make full answer and defence; (2) the probative value of the record in question; (3) the nature and extent of the reasonable expectation of privacy vested in that record; (4) whether production of the record would be premised upon any discriminatory belief or bias; (5) the potential prejudice to the complainant's dignity, privacy or security of the person that would be occasioned by production of the record in question; (6) the extent to which production of records of this nature would frustrate society's interest in encouraging the reporting of sexual offences and the acquisition of treatment by victims; and (7) the effect on the integrity of the trial process of producing, or failing to produce, the record, having in mind the need to maintain consideration in the outcome.

157 According to the Chief Justice and Sopinka J., society's interest in encouraging victims of sexual assault to report the offences and to obtain treatment "is not a paramount consideration" (para. 33), and the effect of production on the integrity of the trial process should not be considered at all, in assessing whether the guardians of therapeutic records should be compelled to produce them to the defence. I can see no reason to reduce the relative importance of these factors, let alone exclude them, when balancing the salutary and deleterious effects of a production order.

158 This Court has already recognized that society has a legitimate interest in encouraging the reporting of sexual assault and that this social interest is furthered by protecting the privacy of complainants: *Seaboyer, supra*, at pp. 605-6. Parliament, too, has recognized this important interest in s. 276(3)(b) of the *Criminal Code*. While *Seaboyer* and s. 276(3)(b) relate to the admissibility of evidence regarding the past sexual conduct of the complainant, the same reasoning applies here. The compelled production of therapeutic records is a serious invasion of complainants' privacy which

Bien que la liste ne soit pas exhaustive, les facteurs suivants devraient être pris en considération dans cette détermination: (1) la mesure dans laquelle ce dossier est nécessaire pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière; (2) la valeur probante du dossier en question; (3) la nature et la portée de l'attente raisonnable au respect du caractère privé de ce dossier; (4) la question de savoir si la production du dossier reposerait sur une croyance ou un préjugé discriminatoires; (5) le préjudice possible à la dignité, à la vie privée ou à la sécurité de la personne de la plaignante que pourrait causer la production du dossier en question; (6) la mesure dans laquelle la production de dossiers de cette nature nuirait à l'intérêt qu'a la société à ce que les victimes signalent les agressions sexuelles et suivent des thérapies; et (7) l'effet de la production ou de la non-production du dossier sur l'intégrité du processus judiciaire, compte tenu de la nécessité de garder à l'esprit les conséquences de la décision.

Selon le Juge en chef et le juge Sopinka, l'intérêt qu'a la société à encourager les victimes d'agression sexuelle à signaler ces infractions et à suivre des traitements «n'est pas une considération primordiale» (par. 33) et l'effet de la production sur l'intégrité du processus judiciaire n'entre pas du tout en ligne de compte lorsqu'on détermine si les gardiens de dossiers thérapeutiques devraient être contraints de les divulguer à la défense. Je ne vois aucun motif de réduire l'importance relative de ces facteurs et encore moins de les exclure de l'exercice de pondération des effets bénéfiques et préjudiciables d'une ordonnance de production.

Notre Cour a déjà reconnu que la société a un intérêt légitime à encourager le dépôt de plaintes d'agressions sexuelles et que cet intérêt est favorisé par la protection de la vie privée des plaignantes: *Seaboyer*, précité, aux pp. 605 et 606. Le législateur fédéral a, lui aussi, reconnu cet important intérêt à l'al. 276(3)b) du *Code criminel*. Bien que l'arrêt *Seaboyer* et l'al. 276(3)b) aient trait à l'admissibilité de la preuve concernant le comportement sexuel antérieur d'une plaignante, le même raisonnement s'applique en l'espèce. La production forcée de dossiers thérapeutiques constitue

has the potential to deter sexual assault victims from reporting offences or, if they do report them, from seeking treatment.

As Lamer C.J. and Sopinka J. observe, measures exist for limiting the extent of the invasion of privacy associated with a production order. However, despite such measures, the compelled production of therapeutic records to the defence remains a serious violation of the complainant's privacy and a deterrent to the reporting of offences and the acquisition of treatment. At the same time, production may affect the integrity of the trial process. Judges must carefully weigh these consequences when deciding whether to make an order for production.

As a further argument in favour of a less onerous burden upon the accused, the Chief Justice and Sopinka J. compare the accused to a state agent applying for a search warrant under s. 487(1)(b) of the *Criminal Code*. They state that, by virtue of s. 487(1)(b), "production of third party records is always available to the Crown" (para. 34) where there are reasonable grounds to believe that evidence will be found. Because the interpretation of s. 487(1)(b) is not an issue in this appeal, I will keep my comments to a minimum. However, I must disagree with my colleagues' suggestion that the Crown can always obtain a warrant for production of the therapeutic records of innocent third parties simply by establishing "reasonable grounds". On the contrary, in a decision penned by the Chief Justice (then Lamer J.), this Court has held that a judge may refuse a search warrant, even if the statutory requirement of "reasonable grounds" is met, in order to protect the fundamental rights of innocent third parties: *Descôteaux v. Mierzwinski*, [1982] 1 S.C.R. 860, at pp. 889-91. Therefore, it should not be assumed that the state could obtain a warrant in respect of intimate records held by innocent third parties as easily as the Chief Justice and Sopinka J. now suggest. Nor, in my view, should the accused be entitled to com-

une atteinte grave à la vie privée des plaignantes, atteinte qui risque de dissuader les victimes d'agression sexuelle de déposer des plaintes, ou encore, si elles portent plainte, de les dissuader de suivre des thérapies.

Ainsi que le notent le Juge en chef et le juge Sopinka, il existe des moyens de restreindre l'étendue de l'atteinte à la vie privée résultant d'une ordonnance de production. Cependant, malgré ces mesures, la divulgation forcée de dossiers thérapeutiques à la défense demeure une grave atteinte à la vie privée des plaignantes et un facteur susceptible de les dissuader de porter plainte et de suivre une thérapie. De plus, la production de tels dossiers risque d'avoir une incidence sur l'intégrité du processus judiciaire. Les juges doivent s'acquiescer soigneusement ces conséquences lorsqu'ils décident s'ils doivent ordonner la production de ces dossiers.

Comme argument supplémentaire en faveur d'un fardeau moins lourd pour l'accusé, le Juge en chef et le juge Sopinka assimilent l'accusé à un agent de l'État qui requiert un mandat de perquisition en vertu de l'al. 487(1)(b) du *Code criminel*. Ils soutiennent qu'en vertu de l'al. 487(1)(b) «le ministère public peut toujours exiger la production de dossiers de tiers» (par. 34) quand il y a des motifs raisonnables de croire qu'ils fourniront une preuve. Puisque l'interprétation de l'al. 487(1)(b) n'est pas en cause en l'espèce, je limiterai mes observations au strict minimum. Toutefois, je dois exprimer mon désaccord avec l'affirmation de mes collègues que le ministère public peut toujours obtenir un mandat de perquisition en vue d'obtenir la production de dossiers thérapeutiques de tiers innocents en établissant simplement l'existence de «motifs raisonnables». Bien au contraire, dans une décision rédigée par le Juge en chef (alors juge puîné), notre Cour a décidé qu'un juge peut refuser un mandat de perquisition, même si l'exigence légale de «motifs raisonnables» est remplie, afin de protéger les droits fondamentaux de tiers innocents: *Descôteaux c. Mierzwinski*, [1982] 1 R.C.S. 860, aux pp. 889 à 891. On ne peut donc présumer que l'État pourra obtenir un mandat qui viserait des dossiers privés en la possession de tiers innocents,

pel production of such records without a rigorous inquiry into the relevance of the records and the salutary and deleterious effects of compelling their production.

aussi facilement que le Juge en chef et le juge Sopinka le prétendent. À mon avis, l'accusé ne devrait pas non plus avoir le droit de forcer la production de tels dossiers sans examen rigoureux de leur pertinence et des effets bénéfiques ou préjudiciables d'une telle production.

161 I would add that where the defence seeks to justify disclosure on the basis of anticipated relevance to particular issues, some inquiry is warranted into whether or not these issues are collateral to the real issues at trial. Since the defence cannot pursue inconsistencies on collateral issues, the defence is really no better off having production on that issue. It follows that failure to produce information relating only to collateral issues will not impair the accused's right to full answer and defence. See, e.g., *R. v. C. (B.)* (1993), 80 C.C.C. (3d) 467 (Ont. C.A.); *R. v. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424 (Ont. C.A.).

J'ajouterais que, lorsque la défense tente de justifier la divulgation de dossiers en se fondant sur leur pertinence anticipée en relation avec des questions en litige, il y a lieu de se demander si ces questions sont ou non accessoires aux véritables questions en cause au procès. Comme la défense n'est pas autorisée à contredire des réponses sur des questions accessoires, elle ne saurait être dans une meilleure position en obtenant la production de renseignements sur cette question accessoire. Il s'ensuit que l'omission de produire des renseignements se rapportant uniquement à des questions accessoires ne portera pas atteinte aux droits de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Voir, par exemple, *R. c. C. (B.)* (1993), 80 C.C.C. (3d) 467 (C.A. Ont.); *R. c. Davison, DeRosie and MacArthur* (1974), 20 C.C.C. (2d) 424 (C.A. Ont.).

162 At the opposite end of the spectrum, where material is found that is essential to the accused's ability to make full answer and defence, then justice dictates that this material be produced, even if this information was not argued as a basis for production by the defence. However, in some such cases, sensitivity to the complainant's privacy rights and security of the person might dictate that the complainant be given the option of withdrawing from the prosecution rather than facing production of the records in question.

À l'autre extrémité du spectre, lorsque des documents s'avèrent essentiels pour que l'accusé puisse présenter une défense pleine et entière, la justice exige que ces documents soient produits, même si ces renseignements n'avaient pas été considérés par la défense comme base de la requête pour production. Cependant, dans certains de ces cas, l'obligation de tenir compte des droits à la protection de la vie privée et à la sécurité de la personne de la victime impose que la plaignante puisse avoir l'option de se désister de la poursuite au lieu de faire face à la production des dossiers en question.

163 In that vein, where a court concludes that production is warranted, it should only be made in the manner and to the extent necessary to achieve that objective: *Dagenais, supra*. The court should not release classes of records, but rather should inspect each individual record for materiality. Records that are to be produced should be vetted with a view to protecting the witness's privacy, while nonetheless maintaining sufficient detail to make the contents meaningful to the reader. The judge may, in cer-

Dans cette veine, lorsqu'un tribunal conclut que la production est justifiée, il ne devrait l'autoriser que de la manière et dans la mesure nécessaires à la réalisation de cet objectif: *Dagenais*, précité. Le tribunal ne devrait pas communiquer des catégories de dossiers, mais il devrait plutôt examiner chaque dossier pour savoir s'il est substantiel. Les dossiers à produire devraient être édités dans le but de protéger la vie privée du témoin, tout en conservant suffisamment de détails pour que le contenu

tain cases, wish to hear submissions on whether the vetting of the records should be assisted by counsel for the complainant, for the guardian of the records, or for the Crown. It will generally be appropriate, moreover, to review the records *in camera*, and to keep the records sealed and in the custody of the registrar. Depending upon the sensitivity of the records, the court should consider prohibiting the making of any reproductions of those records and imposing a publication ban on such terms as are deemed appropriate. In exceptional cases, the court may consider making an order prohibiting defence counsel from discussing the contents of these records with the accused. Finally, I agree with the Court of Appeal that it is appropriate that all records produced to the court but not ultimately to the defence be sealed and retained in the file in the event that they should need to be reviewed later. These procedures are part and parcel of the process of ensuring that privacy rights are minimally impaired while nonetheless furthering the objective of guaranteeing the accused full answer and defence and a fair trial.

(v) Admissibility

I cannot emphasize enough that the guidelines outlined above are clearly not synonymous with the test for admissibility of evidence at trial, outlined in *Seaboyer* and in s. 276 of the *Code*. Disclosure and production are broader concepts than admissibility and, as such, evidence which is produced to the defence will not necessarily be admissible at trial.

Indeed, in most cases, private records relating to the counselling or treatment of the complainant will be irrelevant and inadmissible hearsay evidence. Notes of statements made by a complainant in a therapeutic context are inherently unreliable because they are frequently not prepared contemporaneously with the statements, are not intended to be an accurate record of the statements, and are not ratified by the complainant. Moreover, they touch on a variety of topics not relevant to the issues at trial or the complainant's competence to

ait une signification pour le lecteur. Le juge peut, dans certains cas, vouloir entendre les parties sur la question de savoir si, pour l'édition des dossiers, il devrait se faire aider par le procureur de la plaignante, par celui du gardien des dossiers ou par le substitut du procureur général. En outre, il conviendra généralement d'examiner les dossiers à huis-clos, de les garder sous scellés et de les confier à la garde du greffier. Selon le caractère délicat des dossiers, le tribunal devrait envisager d'interdire toute reproduction de ces dossiers et imposer une interdiction de publication aux conditions qu'il juge appropriées. Dans les cas exceptionnels, le tribunal peut envisager de rendre une ordonnance interdisant au procureur de la défense de discuter du contenu de ces dossiers avec l'accusé. En dernier lieu, je partage l'avis de la Cour d'appel selon lequel il conviendrait que tous les documents produits au tribunal mais non divulgués soient scellés et conservés au dossier au cas où ils devraient être examinés plus tard. Ces procédures font partie intégrante du processus visant à minimiser le plus possible l'atteinte au droit à la vie privée tout en garantissant à l'accusé une défense pleine et entière et un procès équitable.

(v) L'admissibilité

Je ne saurais assez insister sur le fait que les lignes directrices énoncées ci-dessus ne correspondent pas nécessairement au test énoncé dans l'arrêt *Seaboyer* et à l'art. 276 du *Code* régissant l'admissibilité de la preuve lors du procès. La divulgation et la production sont des notions plus larges que l'admissibilité et, en conséquence, les éléments de preuve divulgués à la défense ne seront pas nécessairement admissibles lors du procès.

En fait, dans la plupart des cas, les dossiers privés qui se rapportent aux conseils socio-psychologiques reçus par la plaignante ou aux traitements qu'elle a suivis ne seront pas pertinents et constitueront une preuve par ouï-dire irrecevable. Les notes portant sur des déclarations faites par une plaignante dans un contexte thérapeutique sont, de façon inhérente, sujettes à caution parce qu'elles n'ont pas été préparées en même temps que les déclarations, ne sont pas censées constituer un enregistrement précis des déclarations et ne

testify. As I have observed earlier in these reasons, there is a real risk that statements having little or no real relevance may be taken out of context as a basis for unwarranted inferences.

166 In any event, the admissibility of the records as evidence must be determined if and when the accused seeks to introduce them. The fact that records have been ordered produced to the defence does not mean that the records are necessarily admissible.

167 I now turn to the last issue argued before this Court, which is the question of the proper forum for an application for production, and the timing of such an application.

(vi) Forum and Timing

(a) *Preliminary Inquiry*

168 In *Doyle v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 597, this Court stated that the powers of a preliminary inquiry judge are only those conferred either expressly by statute or by necessary implication. Since there is no explicit statutory authority for an order requiring third parties to produce private records to the defence at a preliminary inquiry, the power to make such an order, if it exists, must be necessarily incidental to some other statutory power.

169 The primary function of the preliminary inquiry, which is clearly set out in s. 548(1) of the *Code*, is undoubtedly to ascertain that the Crown has sufficient evidence to commit the accused to trial. See also *Caccamo v. The Queen*, [1976] 1 S.C.R. 786. Over time, however, the preliminary inquiry appears to have taken upon itself an ancillary purpose, which is to afford the accused an opportunity to discover and appreciate the case to be made against him at trial: *Skogman v. The Queen*, [1984]

sont pas ratifiées par la plaignante. Qui plus est, elles touchent à un grand nombre de sujets qui ne se rapportent pas aux questions soulevées dans l'instance ou à l'habileté de la plaignante à témoigner. Comme je l'ai fait remarquer précédemment dans ces motifs, il existe un risque réel que des déclarations peu ou non vraiment pertinentes puissent être utilisées hors de leur contexte afin d'en inférer des conclusions injustifiées.

De toute façon, l'admissibilité des dossiers à titre d'éléments de preuve doit être réglée au moment où l'accusé cherche à les mettre en preuve. Le fait que la production de dossiers à la défense ait été ordonnée ne signifie pas que les dossiers soient nécessairement admissibles.

Je passe maintenant à la dernière question plaidée devant notre Cour, qui est de savoir à quel tribunal doit être adressée une demande de production et à quel moment une telle demande doit être présentée.

(vi) La tribune et l'étape appropriée

a) *L'enquête préliminaire*

Dans l'arrêt *Doyle c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 597, notre Cour a statué que les pouvoirs d'un juge président une enquête préliminaire se limitent à ceux qui lui sont conférés expressément ou implicitement par la loi. Étant donné qu'il n'y a pas de disposition législative explicite visant une ordonnance obligeant les tiers à divulguer à la défense des dossiers privés lors de l'enquête préliminaire, le pouvoir de rendre une telle ordonnance, s'il existe, doit être accessoire à un autre pouvoir conféré par la loi.

La principale fonction de l'enquête préliminaire, énoncée clairement au par. 548(1) du *Code*, est à n'en pas douter de vérifier si le ministère public a une preuve suffisante pour renvoyer l'accusé à procès. Voir également *Caccamo c. La Reine*, [1976] 1 R.C.S. 786. Avec le temps, cependant, l'enquête préliminaire semble s'être donné un but accessoire, qui est de fournir à l'accusé l'occasion de découvrir et d'évaluer la preuve que le ministère public entend présenter contre lui lors du procès:

2 S.C.R. 93. This judicially inspired expansion of the nature and ambit of the preliminary inquiry has been attributed by learned commentators to the historical lack of any formal, institutionalized procedures by which an accused could obtain full and effective disclosure of the Crown's case. (See *Re Regina and Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395 (Ont. C.A.), at p. 403, *per* Martin J.A., leave to appeal refused, [1985] 1 S.C.R. v.)

Although preliminary inquiry judges are not permitted to determine the credibility of witnesses, one might hazard to say that the ancillary purpose of "discovery" has lately begun to eclipse the primary purpose of sparing the accused the gross indignity of being placed on trial in circumstances where there is simply insufficient evidence to justify holding the trial at all. One provincial court judge, in the course of a thoughtful discussion on the evolving role of the preliminary inquiry, recently expressed great frustration with this apparent turn of events:

... the preliminary hearing or preliminary inquiry has been turned into a nightmarish experience for any provincial court judge. Rules with respect to relevancy have been widened beyond recognition. Cross-examination at a preliminary inquiry now seems to have no limits. Attempts by provincial court judges to limit cross-examination have been perceived by some superior courts as a breach of the accused's right to fundamental justice, a breach of his or her ability to be able to make full answer and defence.

The present state of the preliminary inquiry is akin to a rudderless ship on choppy waters. The preliminary hearing has been turned into a free-for-all, a living hell for victims of crime and witnesses who are called to take part in this archaic ritual.

(*R. v. Darby*, [1994] B.C.J. No. 814 (Prov. Ct.), at paras. 9 and 10.)

Nevertheless, the "discovery" aspect of the preliminary inquiry remains, at most, an incidental aspect of what is in essence an inquiry into

Skogman c. La Reine, [1984] 2 R.C.S. 93. Cette expansion, inspirée de la jurisprudence, de la nature et de la portée de l'enquête préliminaire a été attribuée par les commentateurs à l'absence historique de toute procédure formelle par laquelle l'accusé pourrait obtenir une divulgation de tous les détails de la preuve du ministère public. (Voir *Re Regina and Arviv* (1985), 19 C.C.C. (3d) 395 (C.A. Ont.), à la p. 403, le juge Martin, autorisation de pourvoi refusée, [1985] 1 R.C.S. v.)

Bien que les juges qui président une enquête préliminaire ne soient pas autorisés à déterminer la crédibilité des témoins, on pourrait se risquer à dire que le but accessoire de la «communication préalable» a commencé dernièrement à éclipser son objectif principal qui était d'épargner à l'accusé le sérieux outrage de subir un procès dans des circonstances où la preuve n'est tout simplement pas suffisante pour justifier même la tenue d'un procès. Un juge d'une cour provinciale, à l'occasion d'un examen minutieux de l'évolution du rôle de l'enquête préliminaire, a récemment exprimé une grande frustration relativement à cette tournure des événements:

[TRADUCTION] ... l'audience ou enquête préliminaire a tourné au cauchemar pour tout juge de cour provinciale. Les règles relatives à la pertinence ont été élargies de façon méconnaissable. Le contre-interrogatoire lors d'une enquête préliminaire semble maintenant n'avoir plus de limites. Les tentatives des juges de cours provinciales en vue de limiter le contre-interrogatoire ont été perçues par certains tribunaux supérieurs comme une atteinte au droit à la justice fondamentale de l'accusé, une atteinte à la possibilité pour lui de présenter une défense pleine et entière.

Dans son état actuel, l'enquête préliminaire est une sorte de navire à la dérive dans des eaux agitées. L'enquête préliminaire a tourné à la mêlée générale, est devenue un véritable enfer pour les victimes d'infractions criminelles et les témoins qui sont appelés à participer à ce rituel archaïque.

(*R. c. Darby*, [1994] B.C.J. No. 814 (C. prov.), aux par. 9 et 10.)

Néanmoins, la «communication préalable» dans le cadre de l'enquête préliminaire demeure tout au plus un aspect accessoire de ce qui est essentielle-

whether the Crown's evidence is sufficient to warrant the committal of the accused to trial. We must also recognize that the law of disclosure in Canada changed significantly as a result of this Court's decision in *Stinchcombe*, *supra*. *Stinchcombe* recognized that a rigorous duty exists on the Crown to disclose to the defence all information in its possession, both inculpatory and exculpatory, which is not clearly irrelevant or privileged. While the Crown retains a discretion as to what is "clearly irrelevant", this discretion is reviewable by the trial judge at the instance of the defence. In short, *Stinchcombe* marked the dawn of a new era in disclosure to the defence, by transforming a professional courtesy into a formal obligation. Failure by the Crown to comply with this obligation may, particularly when motivated by an intention to withhold relevant information, result in the drastic remedy of a stay of proceedings. Consequently, in light of *Stinchcombe* and other decisions of this Court that have elaborated on those disclosure guidelines (*R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *Chaplin*, *supra*), it may be necessary to reassess the extent to which the "discovery" rationale remains appropriate as a consideration in the conduct of the modern-day preliminary inquiry.

ment un examen en vue de déterminer si la preuve à charge est suffisante pour justifier le renvoi à procès. Nous devons également admettre que le droit régissant la divulgation au Canada a changé de façon importante à la suite de l'arrêt de notre Cour dans l'affaire *Stinchcombe*, précité. On y a reconnu que le ministère public a l'obligation stricte de divulguer à la défense tous les renseignements en sa possession, qu'ils soient inculpatatoires ou exculpatatoires, à l'exception de renseignements manifestement non pertinents ou privilégiés. Bien que le ministère public conserve un pouvoir discrétionnaire de décider ce qui «n'est manifestement pas pertinent», ce pouvoir discrétionnaire est susceptible de révision par le juge du procès à la demande de la défense. En résumé, l'arrêt *Stinchcombe* a marqué l'aube d'une ère nouvelle en matière de divulgation à la défense des détails de la preuve, en transformant en obligation formelle ce qui n'était auparavant qu'un geste de courtoisie professionnelle. L'omission par le ministère public de se conformer à cette obligation peut, particulièrement lorsqu'elle est motivée par l'intention de cacher des renseignements pertinents, entraîner la réparation draconienne que constitue l'arrêt des procédures. Par conséquent, compte tenu de l'arrêt *Stinchcombe* et d'autres arrêts de notre Cour qui ont élaboré sur ces lignes directrices en matière de divulgation (*R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *Chaplin*, précité), il peut être nécessaire de réévaluer la mesure dans laquelle le fondement de la «communication des pièces du dossier avant l'audience» reste approprié à la conduite de l'enquête préliminaire moderne.

172 The more limited question for the purposes of this appeal, however, is whether the judge at a preliminary inquiry may consider applications for production of private records held by third parties.

Cependant, aux fins du présent pourvoi, la question plus limitée est de savoir si le juge présidant l'enquête préliminaire peut connaître des demandes de production de dossiers privés détenus par des tiers.

173 It is beyond doubt that the statutory powers of a preliminary inquiry judge include the power to order witnesses to give evidence. Section 545 of the *Code*, for example, contemplates that a preliminary inquiry judge may require a witness to produce documents. However, the jurisdiction of a judge at a preliminary inquiry must be interpreted

Il va sans dire que les pouvoirs que la loi accorde au juge présidant l'enquête préliminaire comprennent celui d'ordonner aux témoins de déposer. Par exemple, l'art. 545 du *Code* prévoit le cas où un juge peut, lors de l'enquête préliminaire, exiger d'un témoin qu'il produise des documents. Cependant, la compétence du juge à l'enquête pré-

in light of the essential purpose of the inquiry, which is to assess whether the Crown has sufficient evidence to warrant committing the accused to trial. The preliminary inquiry judge does not have the power to inquire into other matters, or to order the production of documents which are not related to this assessment.

In *Patterson v. The Queen*, [1970] S.C.R. 409, for instance, this Court held that a preliminary inquiry judge had no power to compel production of a statement made to police by a prosecution witness. It is apparent that the Court was of the view that production of such a statement was not related to the purpose of the preliminary inquiry. On behalf of the majority, Judson J. stated (at p. 412):

The purpose of a preliminary inquiry is clearly defined by the *Criminal Code* — to determine whether there is sufficient evidence to put the accused on trial. It is not a trial and should not be allowed to become a trial. We are not concerned here with the power of a trial judge to compel production during the trial nor with the extent to which the prosecution, in fairness to an accused person, ought to make production after the preliminary hearing and before trial.

(See also *Re Hislop and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 240 (Ont. C.A.), leave to appeal refused, [1983] 2 S.C.R. viii.) Similarly, I do not see how private records in the hands of third parties could ever be relevant to the issues at a preliminary inquiry.

In addition, it is crucial not to lose sight of the fundamental rationale for allowing an accused to obtain production of private records. The records are not part of the Crown's case against the accused; consequently, the purpose of ordering their production is not to give the accused advance notice of the case to meet. Nor would the records be produced for the purpose of providing possible leads for the defence's own "investigation" — third parties have no obligation to assist the defence in this manner. Rather, the sole basis on which third parties may be compelled to produce the records to the defence is that it would be unfair for an accused to be convicted if, as a result of evi-

liminaire doit être interprétée en fonction de l'objet fondamental de l'enquête, qui est de déterminer si le ministère public a une preuve suffisante pour renvoyer le prévenu à procès. Le juge qui préside une enquête préliminaire n'a pas le pouvoir d'examiner d'autres questions ni celui d'ordonner la production de documents qui n'ont aucun rapport avec cet examen.

Dans l'arrêt *Patterson c. La Reine*, [1970] R.C.S. 409, notre Cour a statué que le juge présidant une enquête préliminaire n'a pas le pouvoir de forcer la production d'une déclaration faite à la police par un témoin à charge. De toute évidence, notre Cour était d'avis que la production d'une telle déclaration n'avait aucun rapport avec l'objet de l'enquête préliminaire. Le juge Judson, s'exprimant au nom de la majorité, affirme (à la p. 412):

Le *Code criminel* définit clairement le but de l'enquête préliminaire qui est d'établir s'il y a une preuve suffisante pour renvoyer le prévenu à son procès. L'enquête n'est pas un procès et il ne faut pas permettre qu'elle en devienne un. Il ne s'agit pas ici de la faculté qu'a le juge du procès d'exiger la production de pièces au cours du procès, ni de la mesure où la poursuite, par loyauté envers le prévenu, doit la faire entre l'enquête préliminaire et le procès.

(Voir aussi *Re Hislop and The Queen* (1983), 7 C.C.C. (3d) 240 (C.A. Ont.), autorisation de pourvoi refusée, [1983] 2 R.C.S. viii.) De même, je ne vois pas comment des dossiers privés détenus par des tiers pourraient être de quelque façon pertinents dans le cadre d'une enquête préliminaire.

En outre, il est important de ne pas perdre de vue la raison fondamentale qui justifie qu'un accusé obtienne la divulgation de dossiers privés. Les dossiers ne font pas partie de la preuve que fait valoir le ministère public contre l'accusé; par conséquent, en ordonnant leur divulgation, le but n'est pas de permettre à l'accusé de connaître d'avance la «preuve complète» à laquelle il devra répondre. Les dossiers ne devraient pas non plus être divulgués afin de fournir des pistes possibles permettant à la défense de mener sa propre «enquête» — les tiers ne sont pas tenus d'aider la défense de cette manière. Loin de là, les tiers ne peuvent être tenus de divulguer les dossiers à la défense que pour

dence having significant probative value being unjustifiably withheld from the defence, the accused were unable to put this evidence before the trier of fact.

176 Since a preliminary inquiry is not a final determination of guilt, this fundamental rationale for ordering production is inapplicable. It follows that, while production of the records at the preliminary inquiry would no doubt be useful to the defence, there is no constitutional imperative at that stage that would justify an infringement of the privacy rights of the subject of the records.

177 For these reasons, I am of the view that a preliminary inquiry judge is without jurisdiction to order the production of private records held by third parties.

(b) *Pre-trial Applications*

178 The disclosure order in the present case, however, did not emanate from a preliminary inquiry judge. Rather, it was issued in response to a pre-trial application by the defence before Campbell A.C.J., who was not seized of the trial. There is no question that Campbell A.C.J. had jurisdiction to make the order requested. However, for the following reasons, it is my view that even a superior court judge should not, in advance of the trial, entertain an application for production of private third party records.

179 In the first place, such applications should be heard by the judge seized of the trial, rather than a pre-trial judge. In *R. v. Litchfield*, [1993] 4 S.C.R. 333, this Court had occasion to examine the reviewability of a pre-trial severance order issued by a judge who was not seized of the trial. Although it noted that the collateral attack rule ordinarily precluded a trial judge from reviewing orders made by judges of concurrent jurisdiction, it

l'unique raison qu'il serait injuste qu'un accusé soit déclaré coupable parce que, sans raison valable, un élément de preuve ayant une valeur probante importante n'était pas communiqué à la défense, et que, en conséquence, l'accusé n'était pas en mesure de présenter cette preuve au juge des faits.

Étant donné qu'une enquête préliminaire ne constitue pas une décision définitive en ce qui concerne la culpabilité d'un accusé, la raison fondamentale d'ordonner la divulgation ne s'applique pas. Il en découle que, bien que la production des dossiers à l'enquête préliminaire soit sans doute utile pour la défense, il n'existe aucune obligation constitutionnelle à cette étape qui justifierait une atteinte au droit à la vie privée de la personne visée par les dossiers.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que le juge président une enquête préliminaire n'a pas compétence pour ordonner la production de dossiers privés détenus par des tiers.

b) *Requêtes préalables au procès*

En l'espèce, cependant, l'ordonnance de divulgation n'émanait pas du juge président une enquête préliminaire. Elle a plutôt été rendue à la suite d'une requête préalable au procès que la défense avait présentée devant le juge en chef adjoint Campbell, qui n'était pas lui-même saisi de l'affaire. Il n'y a pas de doute que le juge en chef adjoint Campbell avait le pouvoir de rendre une telle ordonnance. Toutefois, pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que même un juge d'une cour supérieure ne devrait pas, avant le procès, entendre une demande de divulgation de dossiers privés en la possession d'un tiers.

Tout d'abord, de telles demandes devraient être entendues par le juge du procès plutôt que par un juge chargé d'entendre les requêtes préalables au procès. Dans l'arrêt *R. c. Litchfield*, [1993] 4 R.C.S. 333, notre Cour a eu l'occasion de décider si une ordonnance de séparation des chefs d'accusation, rendue avant le procès par un juge autre que le juge du procès, pouvait être révisée. Bien qu'elle ait fait remarquer que la règle interdisant les

concluded that the rationales of the collateral attack rule did not apply in the case of a pre-trial division and severance order. More significantly, for our purposes, it went on to discuss practical and policy reasons why it was most desirable for only the judge seized of the trial to make orders of this nature (at p. 353):

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.

Orders for production of private records held by third parties are, in my view, governed by similar logic.

In addition, it is desirable for the judge hearing an application for production to have had the benefit of hearing, and pronouncing upon, the defence's earlier applications, so as to minimize the possibility of inconsistency in the treatment of two similar applications. Otherwise, the possibility of such inconsistency raises the spectre of situations in which production is ordered by a pre-trial judge under circumstances later discovered to be unfounded at trial. The privacy rights of the complainant will have been infringed for naught.

More generally, for the following reasons, it is my view that applications for production of third party records should not be entertained before the commencement of the trial, even by the judge who is seized of the trial. First, the concept of pre-trial applications for production of documents held by third parties is alien to criminal proceedings. In criminal matters, witnesses can only be compelled to give evidence at trial. A prospective witness is not obliged to cooperate with either the Crown or

attaques collatérales empêchant le juge du procès de réviser les ordonnances rendues par des juges d'une juridiction concurrente, elle a conclu que la philosophie sous-jacente à la règle interdisant les attaques collatérales ne s'appliquait pas dans le cas d'une ordonnance de division et de séparation des chefs d'accusation rendue avant le procès. Ce qui est toutefois plus important en ce qui nous concerne, c'est que la Cour a ensuite examiné les raisons pratiques pour lesquelles il était très souhaitable que seul le juge du procès rende des ordonnances de cette nature (à la p. 353):

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.

Les ordonnances de production des dossiers privés en la possession de tiers sont, à mon avis, régies par une logique semblable.

De plus, il est souhaitable que le juge qui entend une demande de production ait eu l'avantage d'entendre et de trancher les demandes antérieures de la défense, de façon à minimiser la possibilité de contradiction dans le traitement de deux requêtes semblables. Si tel n'est pas le cas, la possibilité d'une telle contradiction risque d'entraîner des situations dans lesquelles la production de dossiers est ordonnée par un juge qui entend la requête avant la tenue du procès dans des circonstances considérées plus tard lors du procès comme n'étant pas fondées. Les droits à la protection de la vie privée du plaignant auront été violés inutilement.

De façon plus générale, pour les motifs suivants, je suis d'avis que les demandes de production de dossiers de tiers ne devraient pas être entendues avant le début du procès, même par le juge du procès. Premièrement, le concept de demande de production préalable au procès de documents en la possession de tiers est étranger aux procédures criminelles. Dans les affaires criminelles, les témoins ne peuvent être obligés de déposer qu'au procès. Un témoin éventuel n'est tenu de collaborer ni

180

181

the defence before the trial, and a court should not compel the witness to provide the defence with a preview of his or her evidence. I am not persuaded that prospective defence witnesses in sexual assault cases should be treated any differently.

182 Second, if pre-trial applications for production from third parties were permitted, it would invite fishing expeditions, create unnecessary delays, and inconvenience witnesses by requiring them to attend court on multiple occasions. Moreover, a judge is not in a position, before the beginning of the trial, to determine whether the records in question are relevant, much less whether they are admissible, and will be unable to balance effectively the constitutional rights affected by a production order (see *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, and *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3).

183 Proponents of a pre-trial procedure argue that without such a procedure, an accused might not obtain access to important records until it is too late. However, the situation would be no different in any other trial in which a witness has refused to cooperate with the defence. I cannot emphasize enough that the records here in question do not form part of the Crown's case against the accused, and that the accused consequently has no right to advance notice of their contents. Nor does the accused have any right to search the records for potential leads. The sole ground on which third parties may be compelled to produce the records to the defence is if they have probative value in respect of the issues in the trial, or the competence to testify of the subject of the records, that is not significantly outweighed by prejudice to the administration of justice or to the subject's privacy and equality rights. I am not persuaded that this purpose requires that the accused have access to the documents in advance of the trial.

avec le ministère public ni avec la défense avant le procès et un tribunal ne devrait pas obliger le témoin à fournir à la défense un aperçu de son témoignage. Je ne suis pas convaincue que des témoins éventuels de la défense dans des affaires d'agressions sexuelles devraient être traités différemment.

Deuxièmement, encourager la demande de production préalable au procès de documents en la possession de tiers favoriserait les parties de pêche, entraînerait des délais inutiles et causerait un préjudice aux témoins en les obligeant à se présenter devant le tribunal à plusieurs reprises. Qui plus est, un juge n'est pas en position, avant le début du procès, de déterminer si les dossiers en question sont pertinents, encore moins s'ils sont admissibles, et sera incapable de soupeser de manière efficace les droits constitutionnels touchés par une ordonnance de production (voir *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, et *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3).

Ceux qui favorisent une procédure préalable au procès soutiennent que, sans une telle procédure, un accusé pourrait ne pas avoir accès, en temps opportun, à des dossiers importants. Toutefois, la situation ne serait pas différente dans tout autre procès où un témoin a refusé de collaborer avec la défense. Je tiens encore à souligner que les dossiers visés en l'espèce ne font pas partie de la preuve que le ministère public fait valoir contre l'accusé et que l'accusé n'a, par conséquent, aucun droit de connaître d'avance le contenu de ces éléments de preuve. L'accusé n'a pas non plus le droit d'examiner les dossiers pour y rechercher des pistes éventuelles. Le seul motif pour lequel des tiers pourraient être tenus de produire des dossiers à la défense est qu'ils ont une valeur probante relativement aux questions en litige, ou à l'habileté des sujets de ces dossiers à témoigner, valeur probante sur laquelle ne l'emportent pas substantiellement le risque d'un préjudice à la bonne administration de la justice ou l'atteinte au droit de la personne visée au respect de sa vie privée et à son droit à l'égalité. Je ne suis pas convaincue que cet objectif exige que l'accusé ait accès aux documents avant le procès.

For these reasons, I am firmly of the view that applications for production of private records held by third parties should only be entertained at the trial.

III. Summary

In summary, on the issue of abuse of process for non-disclosure by the Crown, I conclude that there is no need to maintain any type of distinction between the common law doctrine of abuse of process and *Charter* requirements regarding abusive conduct. On the facts of this case, no such abusive conduct by the Crown has been demonstrated and a stay of proceedings was not appropriate.

On the issue of production of private records held by third parties, courts must balance the right of an accused to a fair trial with the competing rights of a complainant to privacy and to equality without discrimination. Since this exercise has not been done in this case, I agree with the Court of Appeal that a new trial should be ordered.

IV. Conclusion and Disposition

Since I am of the opinion that the Court of Appeal was correct in concluding that the trial judge erred in staying the proceedings against the appellant, I would dismiss the appeal and dispose of this matter in the manner suggested by the Court of Appeal.

The reasons of Cory and Iacobucci JJ. were delivered by

CORY J. — The actions of Crown counsel originally responsible for the prosecution of this case were extremely high-handed and thoroughly reprehensible. Nonetheless, I cannot agree with Justice Major that the misdeeds of the Crown were such that, upon a consideration of all the circumstances of this case, the drastic remedy of a stay was merited. Like Justice L'Heureux-Dubé and the Court

Pour ces motifs, je suis fermement d'avis que les requêtes en production de dossiers privés en la possession de tiers ne devraient être entendues qu'au procès.

III. Sommaire

En résumé, quant à la question de l'abus de procédures relativement à la non-divulgence de renseignements par le ministère public, je conclus qu'il n'y a pas lieu de maintenir quelque genre de distinction que ce soit entre la doctrine de l'abus de procédures en common law et les exigences de la *Charte* en ce qui concerne la conduite abusive. Dans le dossier qui nous occupe, la preuve ne révèle pas que le ministère public ait eu une telle conduite abusive, et l'arrêt des procédures était inapproprié.

En ce qui a trait à la production de dossiers privés en la possession de tiers, les tribunaux doivent soulever le droit d'un accusé à être jugé équitablement en regard des droits d'une plaignante à la protection de sa vie privée et à l'égalité indépendamment de toute discrimination. Comme cette pondération n'a pas été faite en l'espèce, je suis d'accord avec la Cour d'appel qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès.

IV. Conclusion et dispositif

Comme j'estime que la Cour d'appel a eu raison de conclure que le juge du procès a commis une erreur en arrêtant les procédures prises contre le requérant, je rejeterais le pourvoi et je disposerais de l'appel de la manière proposée par la Cour d'appel.

Version française des motifs des juges Cory et Iacobucci rendus par

LE JUGE CORY — Les actes du substitut du procureur général initialement chargé de la poursuite en l'espèce étaient extrêmement arrogants et tout à fait répréhensibles. Néanmoins, je ne puis souscrire à l'opinion du juge Major selon laquelle les méfaits du ministère public étaient tels que, après examen de toutes les circonstances de l'espèce, le tribunal était justifié de recourir à la réparation dra-

184

185

186

187

188

of Appeal for British Columbia, I do not think that this is one of those clearest of cases which merits the imposition of the ultimate remedy of a stay.

conienne qu'est l'arrêt des procédures. À l'instar du juge L'Heureux-Dubé et de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, je ne crois pas que ce soit l'un des cas les plus manifestes qui justifie la réparation ultime que constitue l'arrêt des procédures.

189 I agree with the result reached by L'Heureux-Dubé J. and many of her conclusions pertaining to privacy and privilege. However, I concur with the reasons of the Chief Justice and Justice Sopinka with respect to their holding that the principles set forth in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, affirmed in *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451, pertaining to the Crown's duty to disclose must apply to therapeutic records in the Crown's possession.

Je suis d'accord avec le résultat retenu par le juge L'Heureux-Dubé et avec bon nombre de ses conclusions sur la protection de la vie privée et l'existence d'un privilège. Toutefois, je souscris aux motifs du Juge en chef et du juge Sopinka pour ce qui est de leur conclusion selon laquelle les principes relatifs à l'obligation de divulguer du ministère public, énoncés dans *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, et confirmés dans *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451, doivent s'appliquer aux dossiers thérapeutiques en sa possession.

190 I further agree with the Chief Justice and Sopinka J. as to the procedure they suggest for determining whether records in the possession of third parties are likely to be relevant. As well, I am in agreement with their reasons pertaining to the nature of the onus resting upon the accused and the nature of the balancing process which must be undertaken by the trial judge.

Je suis également d'accord avec le Juge en chef et le juge Sopinka quant à la procédure qu'ils proposent pour déterminer si les dossiers en la possession de tiers sont susceptibles d'être pertinents. De plus, je souscris à leurs motifs relativement à la nature du fardeau incombant à l'accusé et à la nature du processus de pondération auquel le juge du procès doit recourir.

The following are the reasons delivered by

Version française des motifs rendus par

191 MCLACHLIN J. — I have read the reasons of my colleagues. I concur entirely in those of Justice L'Heureux-Dubé and wish only to add this comment in support of the position she adopts.

LE JUGE MCLACHLIN — J'ai pris connaissance des motifs de mes collègues. Je souscris entièrement à ceux du juge L'Heureux-Dubé et je désire seulement ajouter l'observation suivante à l'appui de la position qu'elle adopte.

192 Discovery on criminal cases must always be a compromise. On the one hand stands the accused's right to a fair trial. On the other stands a variety of contrary considerations. One of these contrary considerations is the protection of privacy of third parties who find themselves, through no fault of their own, caught up in the criminal process. Another is the increase in the length and complexity of trials which exhaustive discovery proceedings may introduce. Both impact adversely and heavily on the public.

Dans les affaires criminelles, la communication préalable doit toujours être un compromis. D'un côté, il y a le droit de l'accusé à un procès équitable. De l'autre, il y a diverses considérations contraires. L'une d'elles est la protection de la vie privée des tiers qui, sans avoir commis de faute, se trouvent pris dans le processus pénal. Une autre de ces considérations est la longueur et la complexité accrues des procès auxquels peuvent mener des communications préalables poussées. Ces deux considérations ont des conséquences graves et préjudiciables pour le public.

The task before us on this appeal is to devise a test for the production of records held by third parties which preserves the right of an accused to a fair trial while respecting individual and public interest in privacy and the efficient administration of justice. The key to achieving this lies in recognition that the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* guarantees not the fairest of all possible trials, but rather a trial which is fundamentally fair: *R. v. Harrer*, [1995] 3 S.C.R. 562. What constitutes a fair trial takes into account not only the perspective of the accused, but the practical limits of the system of justice and the lawful interests of others involved in the process, like complainants and the agencies which assist them in dealing with the trauma they may have suffered. Perfection in justice is as chimeric as perfection in any other social agency. What the law demands is not perfect justice, but fundamentally fair justice.

Perfect justice in the eyes of the accused might suggest that an accused person should be shown every scintilla of information which might possibly be useful to his defence. From the accused's perspective, the catalogue would include not only information touching on the events at issue, but anything that might conceivably be used in cross-examination to discredit or shake a Crown witness. When other perspectives are considered, however, the picture changes. The need for a system of justice which is workable, affordable and expeditious; the danger of diverting the jury from the true issues; and the privacy interests of those who find themselves caught up in the justice system — all these point to a more realistic standard of disclosure consistent with fundamental fairness. That, and nothing more, is what the law requires.

I believe the test proposed by L'Heureux-Dubé J. strikes the appropriate balance between the desire of the accused for complete disclosure from everyone of everything that could conceivably be helpful to his defence, on the one hand, and the constraints imposed by the trial process and privacy interests of third parties who find themselves

En l'espèce, nous devons concevoir pour la production de dossiers détenus par des tiers un critère qui préserve le droit de l'accusé à un procès équitable tout en respectant le droit des particuliers et du public à la protection de la vie privée et l'administration efficace de la justice. Pour y parvenir, il faut reconnaître que la *Charte canadienne des droits et libertés* garantit non pas le plus équitable de tous les procès possibles, mais plutôt un procès fondamentalement équitable: *R. c. Harrer*, [1995] 3 R.C.S. 562. Le procès équitable tient compte non seulement du point de vue de l'accusé, mais également des limites pratiques du système de justice et des intérêts légitimes des autres personnes concernées, comme les plaignants et les organismes qui les aident à faire face aux traumatismes qu'ils ont subis. Il est aussi utopique de chercher la perfection dans les institutions judiciaires que de la chercher dans tout autre organisme social. La loi exige non pas une justice parfaite mais une justice fondamentalement équitable.

Du point de vue de l'accusé, pour que la justice soit parfaite, il faudrait qu'il soit mis au courant de chaque éléments d'information susceptible d'être utile pour sa défense. La liste devrait alors comprendre non seulement les renseignements concernant les événements en cause mais tout ce qui, en théorie, pourrait servir en contre-interrogatoire à discréditer ou à ébranler un témoin à charge. Lorsqu'on tient compte d'autres points de vue, cependant, il en va autrement. La nécessité d'avoir un système de justice qui fonctionne et qui soit abordable et rapide, le danger de détourner le jury des vraies questions en litige et le droit à la protection de la vie privée de ceux qui se trouvent pris dans le système de justice sont tous des éléments qui convergent vers une norme de divulgation plus réaliste et compatible avec l'équité fondamentale. Voilà ce qu'exige la loi, et rien de plus.

Je crois que le critère proposé par le juge L'Heureux-Dubé trouve le juste équilibre entre le désir de l'accusé de se voir divulguer par chacun tout ce qui, en théorie, pourrait servir à sa défense, d'une part, et les contraintes imposées par le processus judiciaire et le droit à la protection de la vie privée des tiers qui se trouvent pris dans le système

caught up in the justice system, on the other, all without compromising the constitutional guarantee of a trial which is fundamentally fair.

196 I would dispose of the appeal as proposed by L'Heureux-Dubé J.

The following are the reasons delivered by

197 MAJOR J. (dissenting) — I have read the reasons of Justice L'Heureux-Dubé, and agree that common law abuse of process has been subsumed in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and should not be considered separately unless circumstances arise to which the *Charter* does not apply, which is not the case in this appeal. The party alleging abuse of process must prove on a balance of probabilities that a violation of the *Charter* has occurred. Upon proving this, a variety of remedies are available under s. 24(1).

198 With respect, I am unable to agree that a stay of proceedings was not appropriate. The conduct of the Crown in this case both impaired the ability of the accused to make full answer and defence and contravened fundamental principles underlying the community's sense of fair play and decency. This is so having regard to the failure of the Crown to disclose information within its control to alleged offences that were many years old. The remedy of a stay was within the trial judge's discretion and was appropriate under the circumstances.

I. History of Crown Conduct

199 The circumstances giving rise to the complaints in this case occurred between January 1, 1964 and November 1, 1967. The appellant was charged by indictment dated November 6, 1991, 24 years after the last incident alleged. The long delay in charges being laid made the gathering of evidence difficult for both the Crown and defence. Some witnesses were dead or incompetent and some records were

de justice, d'autre part, le tout sans mettre en péril la garantie constitutionnelle d'un procès qui soit fondamentalement équitable.

Je suis d'avis de trancher le pourvoi de la façon proposée par le juge L'Heureux-Dubé.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE MAJOR (dissident) — J'ai pris connaissance des motifs du juge L'Heureux-Dubé et je suis d'accord pour dire que l'abus de procédure reconnu en common law a été considéré comme compris dans la *Charte canadienne des droits et libertés* et ne devrait pas être examiné séparément à moins qu'il ne survienne des circonstances auxquelles la *Charte* ne s'applique pas, ce qui n'est pas le cas dans le présent pourvoi. La partie qui allègue l'abus de procédure doit prouver selon une prépondérance des probabilités qu'il y a eu violation de la *Charte*. Cette preuve faite, il y a ouverture à diverses mesures de réparations aux termes du par. 24(1).

En toute déférence, je ne saurais convenir qu'un arrêt des procédures n'était pas approprié. La conduite du ministère public en l'espèce a nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière et a aussi violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence. Il en est ainsi si l'on tient compte de l'omission par le ministère public de divulguer des renseignements sous son contrôle se rapportant à des infractions qui auraient été commises il y a de nombreuses années. Le juge du procès avait le pouvoir discrétionnaire de recourir à l'arrêt des procédures et cette réparation convenait dans les circonstances.

I. L'historique de la conduite du ministère public

Les faits à l'origine des plaintes portées en l'espèce sont survenus entre le 1^{er} janvier 1964 et le 1^{er} novembre 1967. L'appelant a été mis en accusation le 6 novembre 1991, soit 24 ans après le dernier incident allégué. Ce long délai a rendu l'obtention d'éléments de preuve difficile tant pour le ministère public que pour la défense. Des témoins étaient décédés ou incapables de déposer

lost. The defence was entitled to assistance and consideration as it sought to uncover evidence from so long ago.

The case was also unusual in that the accused was, at the time of the alleged offences, a teacher and member of the clergy. Almost 30 years later when the charges had been laid he had become a Bishop of the Roman Catholic Church. It was important that because of the high degree of public interest in the case created by the position of the accused and the nature of the allegations that the accused receive the same treatment by the Crown as any accused person has the right to expect.

It is important in this case not to isolate instances of Crown conduct which, by themselves, are mere irritations or embarrassments. It is when the incidents are seen as a pattern of conduct that the "aura" mentioned by the trial judge becomes evident and the suggestion of it all being a comedy of errors disappears. It is relevant to summarize the actions and lack thereof by the Crown.

In the early stages of investigation Constable Grinstead of the RCMP taped interviews with the complainants. At this point the accused had not yet been charged. Three of these tapes were disclosed to defence counsel in 1991. There were more tapes in the possession and control of the Crown which were not disclosed at that time.

On December 16, 1991, the complainant M.B. and a witness, M.O., made statements to Crown prosecutor Wendy Harvey. The interview with M.O. contained information which tended to conflict with the statement of M.B. and corroborate the story of the accused. This information was not disclosed to the accused until November 25, 1992, 11 months after the initial trial date and five days before the trial date at the time of disclosure.

et des dossiers avaient été perdus. La défense avait droit à une certaine aide et à une certaine considération dans sa tentative de découvrir des éléments de preuve remontant aussi loin dans le temps.

Il s'agissait également d'un cas inhabituel du fait que, à l'époque où les infractions auraient été commises, l'accusé était enseignant et membre du clergé. Presque 30 ans plus tard, au moment où les accusations ont été portées, il était devenu évêque de l'Église catholique romaine. Vu le grand intérêt soulevé dans le public en raison du poste occupé par l'accusé et de la nature des allégations, il était important que ce dernier reçoive du ministère public le même traitement que celui auquel tout autre accusé serait en droit de s'attendre.

Il importe en l'espèce de ne pas isoler les circonstances où la conduite du ministère public en soi ne fait qu'engendrer de l'irritation ou de l'embarras. C'est lorsque les incidents dénotent un certain comportement que le «climat» dont parle le juge du procès devient évident et que disparaît l'hypothèse que tout cela constitue une comédie d'erreurs. Il convient d'esquisser les actes et les omissions du ministère public.

Au début de l'enquête, l'agent Grinstead de la GRC a enregistré des entretiens avec les plaignants. À ce moment-là, aucune accusation n'avait encore été portée. Trois de ces enregistrements ont été divulgués à l'avocat de la défense en 1991. D'autres enregistrements qui étaient en la possession et sous le contrôle du ministère public n'ont toutefois pas été divulgués à l'époque.

Le 16 décembre 1991, la plaignante M.B. ainsi qu'un témoin, M.O., ont fait des déclarations au substitut du procureur général Wendy Harvey. L'entretien avec M.O. contenait des renseignements qui tendaient à contredire la déclaration de M.B. et à corroborer le récit de l'accusé. Ces renseignements n'ont été divulgués à l'accusé que le 25 novembre 1992, soit 11 mois après la date fixée initialement pour le procès et cinq jours avant la date fixée pour le procès au moment de la divulgation.

200

201

202

203

- 204 On May 25, 1992, the Crown gave a list of 14 witnesses to the defence with one-line summaries of what the witnesses would say. The accused should have received entire witness statements. The defence raised this matter before Campbell A.C.J. on June 4, 1992.
- 205 On June 4, 1992, Campbell A.C.J. made the order for disclosure reproduced in the reasons of L'Heureux-Dubé J. The Crown opposed the application for the order but did not make the policy arguments mentioned later by Ms. Harvey and by the interveners in this case other than mentioning that the complainants would have to disclose details of a personal nature. The Crown argued relevance and the fact that the records were not in their possession. The order granted by Campbell A.C.J. was not appealed. As a result of the order and the insufficient disclosure of the witness statements the trial was adjourned to November 30, 1992.
- 206 On June 16, 1992, Ms. Harvey wrote to two of the complainants' therapists. She included a copy of the order and described it. Her description narrowed the order to include only information related to alleged sexual assaults by the accused.
- 207 On July 8, 1992, Ms. Harvey wrote to the complainant P.P. stating that the Crown had resisted the application for the disclosure order, that the Crown intended to go before the Justice and ask for direction and that the Crown was not seeking the records of P.P.'s therapist at that time.
- 208 On September 21, 1992, Oppal J. expressed surprise that the order had not yet been complied with and said that the Crown should disclose the records. On October 16, 1992, Thackray J., who had been appointed trial judge, expressed similar surprise and ordered disclosure again. At that time the trial judge was given the notes of P.P.'s therapists, which he gave to the accused. On
- Le 25 mai 1992, le ministère public a remis à la défense une liste de 14 témoins en plus de résumés d'une ligne de leurs dépositions éventuelles. L'accusé aurait dû recevoir toutes les déclarations des témoins. La défense a soulevé ce point devant le juge en chef adjoint Campbell le 4 juin 1992.
- À cette date, le juge en chef adjoint Campbell a rendu l'ordonnance de divulgation reproduite dans les motifs du juge L'Heureux-Dubé. Le ministère public s'est opposé à la demande d'ordonnance, mais n'a pas présenté les arguments de principe invoqués plus tard par M^e Harvey et par les intervenants en l'espèce, si ce n'est pour dire que les plaignantes auraient à divulguer des détails de nature personnelle. Le ministère public a soulevé la question de la pertinence et le fait que les dossiers n'étaient pas en sa possession. Il n'a pas été interjeté appel de l'ordonnance rendue par le juge en chef adjoint Campbell. Par suite de l'ordonnance et de la divulgation insuffisante des déclarations des témoins, le procès a été ajourné au 30 novembre 1992.
- Le 16 juin 1992, M^e Harvey a écrit à deux des thérapeutes des plaignantes. Elle a joint une copie de l'ordonnance et en a donné une description comme si elle ne comprenait que des renseignements liés aux présumées agressions sexuelles commises par l'accusé.
- Le 8 juillet 1992, M^e Harvey a écrit à la plaignante P.P. pour l'informer que le ministère public s'était opposé à la demande d'ordonnance de divulgation, qu'il avait l'intention de se présenter devant le juge pour demander des directives et qu'il ne réclamait pas les dossiers du thérapeute de P.P. à ce moment-là.
- Le 21 septembre 1992, le juge Oppal a été surpris d'apprendre que l'ordonnance n'avait pas encore été respectée et a déclaré que le ministère public devait divulguer les dossiers. Le 16 octobre 1992, le juge Thackray, qui avait été désigné comme juge du procès, s'est dit également surpris et a ordonné de nouveau la divulgation des dossiers. À ce moment-là, le juge du procès a reçu les notes des thérapeutes de P.P., qu'il a transmises à l'accusé. Le 30 octobre 1992, le ministère public a

October 30, 1992, the Crown informed Thackray J. that further disclosure would be forthcoming.

On October 30, 1992, the Crown gave the court the records of M.B.'s therapist, Dr. Cheaney. The Crown asked that these notes not be turned over to the defence until submissions could be made by Ms. Harvey, who was not present on that day. No such submission had been made by November 19, 1992, when the defence raised the matter of the records again. Mr. Jones, for the Crown, made submissions regarding the relevance of the documents in question and mentioned that Ms. Harvey had submissions concerning victimizing the complainants again by disclosing the documents.

Thackray J., observing that the trial was to commence in ten days, ordered production of the documents in question. Thackray J. also ruled that a diary which the complainant R.R. had used to refresh her memory at the preliminary hearing was to be given to the court so that he could rule on its relevance.

On November 25, 1992, the defence received, in response to a renewed request for disclosure, the transcripts of the M.B. and M.O. interviews as well as two tapes of interviews done by the RCMP early in the investigation. It was also discovered that M.B. had therapists whose names and records had not been disclosed. The files of Dr. Cheaney were found to be incomplete. The defence also received an affidavit sworn by Constable Grinstead which alleged that the defence counsel had not attempted to look at the files held by the RCMP and that all interview tapes had been disclosed the previous year. This information was not correct.

On November 26, 1992, the accused applied for a stay of proceedings, based on non-disclosure by the Crown. Ms. Harvey explained the Crown's actions by pointing out that the law had recently changed to overcome myths and biases surround-

informé le juge Thackray que d'autres renseignements seraient bientôt divulgués.

Le 30 octobre 1992, le ministère public a transmis à la cour les dossiers du thérapeute de M.B., le Dr Cheaney. Le ministère public a demandé que ces notes ne soient pas remises à la défense avant que M^e Harvey, qui était absente ce jour-là, puisse présenter des arguments. Aucun n'avait encore été présenté le 19 novembre 1992, lorsque la défense a soulevé de nouveau la question des dossiers. M^e Jones, au nom du ministère public, a présenté des arguments au sujet de la pertinence des documents en question et a mentionné que M^e Harvey présenterait d'autres arguments relativement au fait que la divulgation des documents léserait de nouveau les plaignantes.

Le juge Thackray a alors fait remarquer que le procès devait commencer dans dix jours et a ordonné la production des documents en question. Il a également décidé que le journal que la plaignante R.R. avait utilisé pour se rafraîchir la mémoire lors de l'enquête préliminaire devait être remis à la cour pour qu'il puisse se prononcer sur sa pertinence.

Le 25 novembre 1992, à la suite d'une nouvelle demande de divulgation, la défense a obtenu la transcription des entretiens de M.B. et de M.O. ainsi que deux enregistrements des entretiens effectués par la GRC au début de l'enquête. On a aussi découvert que M.B. avait été suivie par des thérapeutes dont les noms et les dossiers n'avaient pas été divulgués. Les dossiers du Dr Cheaney se sont révélés incomplets. La défense a également obtenu un affidavit dans lequel l'agent Grinstead alléguait que l'avocat de la défense n'avait pas entrepris de démarches en vue de consulter les dossiers en possession de la GRC et que tous les enregistrements des entretiens avaient été divulgués l'année précédente. Ces renseignements n'étaient pas exacts.

Le 26 novembre 1992, l'accusé a demandé l'arrêt des procédures, en se fondant sur la non-divulgation par le ministère public. M^e Harvey a expliqué la conduite du ministère public en signalant que le droit avait changé récemment pour

209

210

211

212

ing victims of sexual assault. She submitted that the order was difficult to enforce given the problems surrounding traditional stereotypes regarding sexual assault. She submitted that the order and the requests of the defence counsel for disclosure exhibited gender bias.

213 Ms. Harvey also submitted that the letters to the therapists included the order and that therefore her faulty summary should not have affected the eventual disclosure of the records. The trial judge pointed out that after the therapists were advised of the true meaning of the order, the full files were disclosed. The trial judge further pointed out that the complainants had authorized production of the records in question. He said that there was not, in reality, a problem.

214 Thackray J. asked why the Crown had not gone back before Campbell A.C.J. to obtain direction, as Ms. Harvey had indicated was her intention in her letter to P.P. The Crown replied that it had instead sought direction from the trial judge. Thackray J. noted that he had ordered production and that the complainants had been forthcoming after that.

215 Ms. Harvey then explained the delays as partially attributable to the difficulties encountered by having two prosecutors in two places handling the case. She submitted that *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, was a recent decision and that the Crown was still struggling with how to cope with the new disclosure rules. Ms. Harvey said that she knew at the time that M.B. and M.O.'s interview transcripts were information that the defence should have had and incredibly suggested that she must have "dreamt" she gave this information to the defence. Other failures to disclose were attributed to inadvertence.

216 The application for a stay was denied on November 27, 1992. Thackray J. felt the delay could be

écarter les mythes et préjugés touchant les victimes d'agression sexuelle. Elle a soutenu que l'ordonnance était difficile à exécuter en raison des problèmes suscités par les stéréotypes traditionnels en matière d'agressions sexuelles. Elle a ajouté que l'ordonnance de divulgation et les requêtes des avocats de la défense à cet effet faisaient preuve de sexisme.

M^e Harvey a également soutenu que l'ordonnance était incluse avec les lettres adressées aux thérapeutes et que, par conséquent, son résumé fautif n'aurait pas dû influencer sur la divulgation éventuelle des dossiers. Le juge du procès a indiqué qu'il y a eu divulgation des dossiers complets après que les thérapeutes eurent été informés de la portée exacte de l'ordonnance. Il a ensuite signalé que les plaignantes avaient autorisé la production des dossiers en question. Il a dit qu'en réalité, cela ne posait pas de problème.

Le juge Thackray a demandé pourquoi le ministère public ne s'était pas adressé de nouveau au juge en chef adjoint Campbell afin d'obtenir des directives, comme M^e Harvey en avait manifesté l'intention dans sa lettre à P.P. Le ministère public a répondu qu'il s'était plutôt adressé au juge du procès. Le juge Thackray a noté qu'il avait ordonné la production et que les plaignantes s'étaient montrées bien disposées par la suite.

M^e Harvey a ensuite expliqué que les délais étaient attribuables en partie aux difficultés engendrées par le fait que deux avocats s'occupaient de l'affaire à deux endroits différents. Elle a allégué que l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, était récent et que le ministère public s'efforçait encore de savoir comment mettre en œuvre les nouvelles règles en matière de divulgation. Elle a dit qu'elle savait à l'époque que les transcriptions des entretiens avec M.B. et M.O. constituaient des renseignements que la défense aurait dû avoir et, chose incroyable, elle a laissé entendre qu'elle avait dû «rêver» avoir fourni ces renseignements à la défense. D'autres omissions de divulgation ont été attribuées à de l'inadvertance.

La demande d'arrêt des procédures a été rejetée le 27 novembre 1992. Le juge Thackray a estimé

remedied before trial and ordered the Crown to complete disclosure. He ordered that only a portion of the diary was to be disclosed. Thackray J. said that the Crown submissions were disturbing and commented on the general incompetence and "dilly-dallying" of the Crown. He adjourned the trial to December 1, 1992.

On November 28, 1992, the Crown agreed to waive privilege regarding its files and undertook to prepare four binders for the accused containing all information in the Crown's possession. At a pre-trial conference on November 30, 1992, Ms. Harvey indicated that the defence now had all of the notes she had prepared in connection with the case. The trial was adjourned an additional day to allow the accused's counsel time to review the newly disclosed material.

On the second day of trial, December 3, 1992, the Crown attempted to have P.P. give evidence through drawings. It was revealed that the Crown possessed several drawings from pre-trial interviews by the complainants. These had not been disclosed to the accused. The Crown turned over eight sets of drawings by the next day but was unable to guarantee that full disclosure had been made.

The accused renewed his stay application and the Crown requested an adjournment so that Ms. Harvey could make submissions. On December 4, 1992, Ms. Harvey was present but made no submissions. Mr. Jones said that the binders given to the defence were incomplete and that the Crown could still not guarantee full disclosure had been made. The trial judge gave counsel the weekend to formulate submissions regarding the stay. When the trial resumed on December 7, 1992, no submissions were made and the stay was entered: (1992), 18 C.R. (4th) 98.

qu'il était possible de remédier au délai avant le procès et a ordonné au ministère public de compléter la divulgation. Il a ordonné la divulgation d'une partie seulement du journal. Il a déclaré que les arguments du ministère public étaient troublants et a fait des commentaires sur l'incompétence générale et les «tergiversations» du ministère public. Il a ajourné le procès au 1^{er} décembre 1992.

Le 28 novembre 1992, le ministère public a convenu de renoncer au privilège relativement à ses dossiers et s'est engagé à préparer à l'intention de l'accusé quatre cahiers qui contiendraient tous les renseignements en sa possession. Lors d'une conférence préparatoire tenue le 30 novembre 1992, M^e Harvey a indiqué que la défense disposait alors de toutes les notes qu'elle-même avait préparées en rapport avec l'affaire. Le procès a été reporté d'un jour afin que les avocats de l'accusé puissent examiner les documents nouvellement divulgués.

Le deuxième jour du procès, soit le 3 décembre 1992, le ministère public a tenté de faire témoigner P.P. au moyen de dessins. On a appris que le ministère public était en possession de plusieurs dessins provenant d'entrevues préalables au procès avec les plaignantes. Ceux-ci n'avaient pas été divulgués à l'accusé. Le ministère public a remis huit séries de dessins le lendemain, mais n'a pu garantir qu'il y avait eu divulgation complète.

L'accusé a renouvelé sa demande d'arrêt des procédures et le ministère public a demandé un ajournement pour que M^e Harvey puisse présenter des arguments. Le 4 décembre 1992, elle était présente mais n'a présenté aucun argument. M^e Jones a dit que les cahiers remis à la défense n'étaient pas complets et que le ministère public ne pouvait toujours pas garantir qu'il y avait eu divulgation complète. Le juge du procès a accordé aux avocats toute la fin de semaine pour formuler leur argumentation au sujet de l'arrêt des procédures. À la reprise du procès le 7 décembre 1992, aucun argument n'a été présenté et l'arrêt des procédures a été prononcé: (1992), 18 C.R. (4th) 98.

217

218

219

II. Effects of the Crown's Conduct

220 The actions by the Crown both impaired the accused's ability to make full answer and defence and contravened fundamental principles of justice underlying the community's sense of fair play and decency. I shall deal with each category.

A. *Full Answer and Defence*

221 The actions of the Crown over time included a failure, until immediately before the trial, to comply with the order of Campbell A.C.J. The respondent submits that this breach is not significant in that the order was improper and was complied with before the trial and the final stay application.

222 The impropriety of the court order if any does not excuse the conduct of the Crown after the order was made. By July 10, 1992, the order had not been complied with, and Low J. was informed that there were problems in getting the complainants to comply. The court continually expressed surprise that the order had not been complied with, and reminded the Crown of its obligation to obey court orders. By October 16, 1992, the records in question were mainly in the possession of the Crown. It was not a complainant objection which barred disclosure but the fact that the Crown disagreed with the order. The order still had not been complied with after six months.

223 The Crown never took proper action regarding the objections it had to the order. If the Crown could not appeal the order it could have, and should have, returned to Campbell A.C.J. to request variation or rescission of the order if as was suggested by them they had reason to do so. The letter from the Crown prosecutor Ms. Harvey to the complainant P.P. suggests that this is what the Crown intended. This failure gives the Crown's submissions about the propriety of the order and

II. Les effets de la conduite du ministère public

Les actes du ministère public ont nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière et ont aussi violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence. J'examinerai chacun des aspects.

A. *Une défense pleine et entière*

Les actes du ministère public au cours de la période concernée comprenaient le défaut, jusqu'à immédiatement avant le procès, de respecter l'ordonnance du juge en chef adjoint Campbell. L'intimée soutient que ce manquement n'est pas important en ce sens que l'ordonnance n'était pas appropriée et qu'elle a été respectée avant le procès et la dernière demande d'arrêt des procédures.

Le caractère inapproprié de l'ordonnance judiciaire, le cas échéant, n'excuse pas la conduite du ministère public après son prononcé. Le 10 juillet 1992, l'ordonnance n'était pas respectée et le juge Low a été informé qu'il y avait des problèmes à la faire respecter par les plaignantes. La cour s'est dite maintes fois surprise que l'ordonnance n'ait pas été respectée et elle a constamment rappelé au ministère public qu'il devait obéir aux ordonnances judiciaires. Le 16 octobre 1992, les dossiers en question étaient en grande partie en possession du ministère public. Ce n'était pas une objection des plaignantes qui empêchait la divulgation mais le fait que le ministère public n'était pas d'accord avec l'ordonnance. Cette dernière n'avait toujours pas été respectée après six mois.

Le ministère public n'a jamais pris les mesures appropriées pour faire valoir les objections qu'il avait au sujet de l'ordonnance. Si le ministère public ne pouvait interjeter appel de l'ordonnance, il aurait pu, et aurait dû, s'adresser de nouveau au juge en chef adjoint Campbell pour en demander la modification ou l'annulation si, comme il le prétendait, il avait raison de le faire. La lettre adressée par le substitut du procureur général M^e Harvey à la plaignante P.P. laisse supposer que telle était l'intention du ministère public. Cette omission laisse peu de poids aux arguments présentés par le ministère public, sur le caractère inapproprié de

policy problems surrounding the order to justify non-compliance little weight.

The letters from Ms. Harvey to the therapists narrowed the scope of the order. It is unclear whether this was deliberate, given Ms. Harvey's opinion regarding the order, or whether it was an error. As soon as the order was clarified for the therapists, complete records were disclosed, suggesting that had the letters contained an accurate description of the order, compliance would have occurred at a much earlier time. The letter to the complainant P.P. dated July 8, 1992 displayed an intention to disregard the order.

The excuses proffered by the Crown were as the trial judge described them, limp. The recent *Stinchcombe* decision had nothing to do with obeying a court order for disclosure. The problems encountered by the two Crown prosecutors operating in different locations are not unusual and cannot explain the delay in either complying with or applying to vary the order.

The fact that by the time of trial the order seems to have been complied with is not much of a mitigating factor. The conduct of the Crown regarding the court order, in combination with their faulty disclosure after the trial began, would make it uncertain that the order had in fact been fully obeyed at the time of trial, notwithstanding what the Crown claimed. On previous occasions the Crown had said that the terms of the order had been fulfilled when this was not true.

The Crown also breached the general duty of disclosure as outlined in *Stinchcombe*. At the time *Stinchcombe* was a relatively new decision and prosecutors were still ascertaining the scope of the duty contained therein. However, the concepts outlined were clear enough: that the Crown had a general duty to disclose all relevant information. Sopinka J. set out the following principles in *Stinchcombe*:

l'ordonnance et les problèmes de principe qu'elle soulevait, pour justifier son non-respect.

Les lettres de M^e Harvey aux thérapeutes limitaient la portée de l'ordonnance. On ne sait pas très bien si cela était délibéré, vu l'opinion de M^e Harvey au sujet de l'ordonnance, ou si c'était par erreur. Aussitôt que la portée de l'ordonnance eut été communiquée aux thérapeutes, les dossiers complets ont été divulgués, ce qui laisse entendre que, si les lettres avaient donné une description exacte de l'ordonnance, elle aurait été respectée beaucoup plus tôt. La lettre adressée à la plaignante P.P. le 8 juillet 1992 manifestait une intention de ne pas tenir compte de l'ordonnance.

Les excuses présentées par le ministère public étaient faibles, selon l'expression du juge du procès. L'arrêt récent *Stinchcombe* n'avait rien à voir avec le respect d'une ordonnance judiciaire de divulgation. Les problèmes rencontrés par les deux substituts du procureur général, qui s'occupaient de l'affaire à partir d'endroits différents, ne sont pas inhabituels et ne peuvent pas expliquer le temps mis à respecter l'ordonnance ou à en demander la modification.

Le fait qu'il semble qu'au moment du procès l'ordonnance ait été respectée n'est pas un facteur atténuant très important. Les agissements du ministère public suite à l'ordonnance judiciaire et la divulgation imparfaite de renseignements après le début du procès portaient à douter qu'il se soit effectivement conformé intégralement à l'ordonnance au moment du procès, quoi qu'il ait prétendu. Le ministère public avait dit précédemment que l'ordonnance avait été respectée, alors que c'était faux.

Le ministère public a également manqué à l'obligation générale de divulgation qui est énoncée dans *Stinchcombe*. À l'époque, cet arrêt était relativement nouveau et les substituts du procureur général étaient encore incertains quant à la portée de l'obligation qui y était mentionnée. Toutefois, le principe était assez clair: le ministère public avait l'obligation générale de divulguer tous les renseignements pertinents. Le juge Sopinka l'a explicité comme suit dans *Stinchcombe*:

224

225

226

227

— the Crown has a legal duty to disclose all relevant information to the defence;

— the obligation is subject to a Crown discretion regarding information which is “clearly irrelevant” or subject to privilege, and to the time and manner of disclosure;

— the Crown’s use of the discretion is reviewable by the trial judge, guided by the general principle that information is not to be withheld if there is a reasonable possibility that this will impair the right to make full answer and defence;

— the absolute withholding of relevant information can only be justified on the basis of a legal privilege.

— le ministère public est tenu en droit de divulguer à la défense tous les renseignements pertinents;

— cette obligation est assujettie à un pouvoir discrétionnaire du ministère public quant aux renseignements qui ne sont «manifestement pas pertinents» ou qui sont privilégiés, et quant au moment et à la forme de la divulgation;

— le pouvoir discrétionnaire du ministère public peut faire l’objet d’un contrôle par le juge du procès, inspiré par le principe général qu’il ne faut refuser de divulguer aucun renseignement si la non-divulgation est raisonnablement susceptible de porter atteinte au droit de présenter une défense pleine et entière;

— le refus absolu de divulguer des renseignements pertinents ne peut se justifier qu’en raison d’un privilège.

228

The Crown’s breach of this obligation includes the minimal disclosure of witness statements given to the accused on May 25, 1992. This was not proper disclosure as directed in *Stinchcombe*. Defence counsel prepare for cross-examination of Crown witnesses in three ways. They use information obtained at preliminary hearings, information supplied by their own witnesses and by the accused, and by the disclosure in the production of the Crown. The defence was, in this case, impaired to prepare for cross-examination and in gathering rebuttal evidence by the incomplete disclosure.

Le manquement à cette obligation par le ministère public comprend la divulgation minimale des déclarations des témoins remises à l’accusé le 25 mai 1992. Cette divulgation n’était pas conforme aux directives de l’arrêt *Stinchcombe*. Les avocats de la défense ont trois moyens de se préparer au contre-interrogatoire des témoins à charge. Ils utilisent les renseignements obtenus lors de l’enquête préliminaire, les renseignements fournis par leurs propres témoins et par l’accusé et les renseignements divulgués dans les documents produits par le ministère public. En l’espèce, la divulgation incomplète a nui à la défense dans la préparation du contre-interrogatoire et dans l’obtention de la contre-preuve.

229

The interviews with M.B. and with M.O. were statements which should have been disclosed. The interview with M.O. was particularly important as she was not called at the preliminary hearing, and her information tended to be exculpatory. The fact that the accused had, through his own sources, discovered the existence of this information has nothing to do with the breach of the duty of disclosure. This information was disclosed only when the defence raised the issue before the trial judge, suggesting that perhaps other information was not disclosed. This is part of the “aura” which the trial

Les entretiens avec M.B. et avec M.O. constituaient des déclarations qui auraient dû être divulguées. L’entretien avec M.O. était particulièrement important parce qu’elle n’a pas été assignée à l’enquête préliminaire et que les renseignements qu’elle a fournis tendaient à être disculpatoires. Le fait que l’accusé ait découvert l’existence de ces renseignements par ses propres moyens n’a rien à voir avec le manquement à l’obligation de divulguer. Ces renseignements n’ont été divulgués que lorsque la défense a soulevé la question devant le juge du procès, ce qui laissait croire que d’autres

judge suggested had been created by December 7, 1992.

Each time disclosure was made in this case it was the result of the defence having to raise the matter in court. The defence had to find out about the missing information through alternate means. The defence was left to wonder if information existed about which it knew nothing. In order for the public to have faith in the justice system it must be able to trust Crown counsel to be forthcoming with such information. The conduct of the Crown in this case was such that trust was lost, first by the defence, and finally by the trial judge on December 7, 1992.

The drawings at the centre of the final application for a stay of proceedings were not the working papers of Ms. Harvey. Since the intention of the Crown was to have these complainants give evidence in the form of drawings these drawings were witness statements. Even if the drawings were not significantly different from the ones which would have been produced at trial, the defence was entitled to disclosure. The test is not whether the information reveals contradictions, but merely is the information relevant. This was relevant material.

It is of little consequence on the facts of this case that a considerable amount of the non-disclosed material was ultimately released piecemeal to the defence prior to the trial. The effect of continual discovery of more non-disclosed evidence, coupled with the Crown admission that disclosure was possibly incomplete, created an atmosphere in which the defence's ability to prepare was impaired. The defence had to repeatedly renew requests for disclosure on the chance that more information was extant.

The breach of the undertaking to the defence by the Crown impaired the ability to prepare a full answer and defence. It does not matter whether this undertaking was unprecedented or whether it went beyond what is expected of the Crown. The defence was entitled to rely on the undertaking,

renseignements n'avaient peut-être pas été divulgués. Cela fait partie du «climat» qui, selon le juge du procès, régnait le 7 décembre 1992.

Chaque divulgation en l'espèce est le fruit d'une question de la défense devant le tribunal. La défense a dû découvrir les renseignements manquants par d'autres moyens. Elle en était réduite à se demander s'il existait des renseignements dont elle n'était pas au courant. Pour que le public croie au système judiciaire, il doit pouvoir faire confiance aux substituts du procureur général pour présenter ces renseignements. Le comportement du ministère public en l'espèce était tel que la défense d'abord et le juge du procès ensuite ont perdu cette confiance le 7 décembre 1992.

Les dessins qui étaient au centre de la dernière demande d'arrêt des procédures n'étaient pas les documents de travail de M^e Harvey. Comme le ministère public avait l'intention de faire témoigner les plaignantes au moyen de dessins, ceux-ci constituaient des déclarations de témoins. Même si les dessins ne différaient pas énormément de ceux qui auraient été produits au procès, la défense avait droit à leur divulgation. Le critère n'exige pas que les renseignements révèlent des contradictions, mais simplement qu'il s'agisse de renseignements pertinents. Il s'agissait bien de documents pertinents.

Il importe peu en l'espèce qu'un grand nombre des documents non divulgués aient en fin de compte été remis petit à petit à la défense avant le procès. La découverte répétée d'éléments de preuve qui n'avaient pas été divulgués et l'admission par le ministère public que la divulgation n'avait peut-être pas été complète ont eu pour effet de créer un climat qui nuisait à la capacité de la défense de se préparer. Celle-ci devait sans cesse présenter de nouvelles requêtes en divulgation au cas où il existerait d'autres renseignements.

En manquant à l'engagement qu'il avait pris envers la défense, le ministère public a nui à la capacité de préparer une défense pleine et entière. Il importe peu que cet engagement ait été sans précédent ou qu'il ait dépassé ce dont on s'attend du ministère public. La défense était en droit de

230

231

232

233

and did rely on it, as the trial commenced without comment. Since the previous breaches of the court order and the general duty had created concern on the part of the accused regarding disclosure, the undertaking by the Crown was an attempt to remedy the situation. The breach of the undertaking had the opposite effect and created a suspicious atmosphere in which the defence could not know what evidence the Crown was going to present.

234 The Crown offered many reasons for delay in disclosure, including a philosophical dispute regarding the court order, differences of opinion regarding relevance, miscommunication between the two Crown prosecutors involved, and simple forgetfulness. The Crown behaved in a manner consistent with the view that it was not aware of or interested in its obligations to the court or the accused.

235 Many of the explanations offered at different times during the proceedings before Thackray J. appear to be rationalizations for unacceptable conduct after the fact. Each time deficiencies in disclosure were revealed the Crown assured the court that best efforts would be made to complete disclosure. On some occasions the court was told that disclosure was complete when in fact it was not. As the trial judge mentioned, it became embarrassing to observe the Crown counsel attempt to duck its responsibility with excuses such as dreaming that interview transcripts had been disclosed.

236 The respondent submitted that where an accused alleges that non-disclosure has impaired his ability to make full answer and defence, an inquiry into the materiality of the information in question is necessary. This is arguable in a situation involving a single piece of information. Here we have a history of non-disclosure over a year, and, where the disclosure problems are continual, the effects of the non-disclosure must be looked at over the whole period of time in question. This is what the

compter sur cet engagement, et elle l'a effectivement fait, puisque le procès a débuté sans donner lieu à aucun commentaire. Comme les manquements à l'ordonnance judiciaire et à l'obligation générale survenus antérieurement avaient engendré de l'inquiétude chez l'accusé relativement à la divulgation, l'engagement du ministère public constituait une tentative de corriger la situation. Le manquement à l'engagement a eu l'effet contraire et a créé un climat de doute dans lequel la défense ne pouvait pas savoir quels éléments de preuve le ministère public allait présenter.

Le ministère public a avancé plusieurs motifs pour justifier le retard à divulguer les renseignements, y compris un débat philosophique concernant l'ordonnance judiciaire, les divergences d'opinions au sujet de la pertinence, la mauvaise communication entre les deux substituts du procureur général concernés et le simple oubli. Le comportement du ministère public donnait à penser qu'il n'était pas au courant ou ne se préoccupait pas de ses obligations envers la cour ou l'accusé.

Bon nombre des explications fournies à divers moments au cours du procès tenu devant le juge Thackray semblent être des tentatives de justifier après coup une conduite inacceptable. Chaque fois que des lacunes sont apparues dans la divulgation, le ministère public a affirmé à la cour qu'il verrait à y remédier au mieux. À quelques reprises, il a déclaré à la cour que tous les renseignements avaient été divulgués, alors que tel n'était pas le cas. Comme le dit le juge du procès, il devenait embarrassant de voir les substituts du procureur général tenter de se soustraire à leur responsabilité par des excuses comme celle d'avoir rêvé que les transcriptions des entretiens avaient été divulguées.

L'intimée a soutenu que, lorsqu'un accusé allègue que la non-divulgation a nui à sa capacité de présenter une défense pleine et entière, il faut enquêter sur l'importance des renseignements en question. On peut faire valoir ce point quand il s'agit d'un seul renseignement. En l'espèce, nous nous trouvons en présence d'une situation de non-divulgation s'étalant sur toute une année et, lorsque les problèmes de divulgation sont continuels, il faut examiner les effets de la non-divulgation

trial judge did. It was not simply the final non-disclosure of drawings or the incomplete binders supplied to the defence which the trial judge considered. He considered the history of Crown conduct outlined above.

It has frequently been stated that trial judges usually are in the best position to observe the conduct of both witnesses and counsel for the Crown and the defence. It is particularly true in this case as Thackray J. was seized of the matter by October 16, 1992, had heard several motions, and had observed the repeated attempts by the defence to obtain disclosure and the repeated attempts by Crown counsel to explain its delay in failing to comply with its obligations. The court had become, in the words of Thackray J., "an integral part of the trial preparation process" (p. 110). The familiarity of the trial judge with the conduct of the Crown and the material in question make further inquiry into materiality of the final non-disclosed material less necessary.

The respondent submitted that, at its highest, the prejudice suffered by the defence was merely an effect on the cross-examination of one of the witnesses. This understates the matter; it is not only cross-examination, but rebuttal evidence which is affected by the non-disclosure of information from or about a witness. The Crown's submission fails to consider the cumulative effect of the previous non-disclosures which affected the conduct of the entire defence.

The accused faced proceedings in which it had grown unlikely that he would be dealt with fairly by the Crown. The Crown had breached the common law duty of disclosure, the terms of a court order, and undertakings to the defence. The Crown's behaviour had created an atmosphere of mistrust. Defence counsel had repeatedly been taken by surprise, given assurances which were unreliable, and generally left in the dark. This dramatically impaired the accused to present a full

pendant l'ensemble de la période en question. C'est ce qu'a fait le juge du procès. Il ne s'est pas penché simplement sur la dernière non-divulgarion de dessins ou des cahiers incomplets remis à la défense. Il a tenu compte également de l'ensemble de la conduite du ministère public décrite plus haut.

On a souvent dit que les juges du procès sont habituellement les mieux placés pour observer la conduite des témoins, des substituts du procureur général et des avocats de la défense. C'est tout particulièrement vrai en l'espèce, car le juge Thackray avait été saisi de l'affaire dès le 16 octobre 1992, avait entendu plusieurs requêtes et avait observé les tentatives répétées de la défense d'obtenir la divulgation et celles des substituts du procureur général d'expliquer le temps mis à respecter leurs obligations. La cour était devenue, selon les termes du juge Thackray, [TRADUCTION] «partie intégrante du processus de préparation du procès» (p. 110). Compte tenu de la connaissance qu'avait le juge du procès de la conduite du ministère public et des renseignements en question il était moins nécessaire d'examiner plus à fond l'importance des derniers documents non divulgués.

L'intimée a fait valoir que le préjudice subi par la défense était tout au plus un effet sur le contre-interrogatoire de l'un des témoins. C'est minimiser la question. En effet, c'est non seulement le contre-interrogatoire, mais la contre-preuve qui sont touchés par la non-divulgarion de renseignements émanant d'un témoin ou le concernant. L'argumentation du ministère public ne tient pas compte de l'effet cumulatif des non-divulgations antérieures qui ont influé sur le déroulement de toute la défense.

L'accusé faisait face à une poursuite dans laquelle il devenait peu probable qu'il soit traité équitablement par le ministère public. Celui-ci a manqué à son obligation de divulgation reconnue en common law, aux exigences d'une ordonnance judiciaire et à des engagements pris envers la défense. Le comportement du ministère public a créé un climat de méfiance. Les avocats de la défense ont été pris très souvent au dépourvu, on leur a donné des garanties auxquelles ils ne pou-

237

238

239

answer and defence. The delay of the Crown in making disclosure and its inability to assure the trial judge that full disclosure had been made even after commencement of the trial were fatal to the proceedings.

240 It is the continual breaches by the Crown that made a stay the appropriate remedy. This is not a case where a further order for disclosure and an adjournment was appropriate. All this had been ordered earlier in the proceedings without success. Proceedings had become unworkable and unfair. Remedies under s. 24(1) of the *Charter* are properly in the discretion of the trial judge. This discretion should not be interfered with unless the decision was clearly unreasonable. The repeated failure of the Crown to comply with its duty to disclose and, laterally, its failure to comply with its own undertakings suggest that if a stay was not granted in this case, it is difficult to imagine a case where a stay would be granted.

B. *Fair Play and Decency*

241 The same breaches of the disclosure order, the duty under *Stinchcombe*, and the undertaking to disclose files to the defence which impaired the accused's right to make full answer and defence also violated fundamental principles of justice underlying the community's sense of fair play and decency. The community would see proceedings as being unfair where the Crown continually failed in its obligations and finally was unable to assure the court that it could ever meet them.

242 The number and nature of adjournments due to the Crown's conduct is a factor to consider because of the consequences to the accused. Not only were adjournments necessary because of non-disclosure, but also because Ms. Harvey, who had requested the opportunity to make submissions

vaient se fier et, de façon générale, on les a laissés dans l'ignorance. Cela a grandement nui à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Le temps mis par le ministère public à divulguer les renseignements et son incapacité de garantir au juge du procès que tous les renseignements avaient été divulgués même après le début du procès ont porté un coup fatal à l'instance.

Ce sont les manquements répétés du ministère public qui ont fait que l'arrêt des procédures était la réparation convenable. Ce n'est pas un cas où une autre ordonnance de divulgation et un ajournement convenaient. Tout cela avait déjà été fait au cours de l'instance, mais sans succès. Il était devenu impossible et injuste de poursuivre l'instance. Les réparations visées au par. 24(1) de la *Charte* relèvent à bon droit du pouvoir discrétionnaire du juge du procès. On ne devrait pas toucher à ce pouvoir discrétionnaire à moins que la décision ne soit nettement déraisonnable. L'omission répétée par le ministère public de s'acquitter de son obligation de divulgation et, incidemment, son omission de tenir ses propres engagements laissent penser que, si l'arrêt des procédures n'avait pas été accordé en l'espèce, il est difficile d'imaginer un cas où il pourrait l'être.

B. *Le franc-jeu et la décence*

Les mêmes manquements à l'ordonnance de divulgation, à l'obligation énoncée dans *Stinchcombe* et à l'engagement de divulguer les dossiers à la défense qui ont porté atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière ont également violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence. Celle-ci jugerait inéquitable une instance où le ministère public fait constamment défaut de s'acquitter de ses obligations et est incapable en fin de compte de garantir à la cour qu'il pourra les respecter.

Le nombre et la nature des ajournements attribuables à la conduite du ministère public sont des éléments qu'il faut prendre en considération en raison des conséquences qu'ils peuvent avoir pour l'accusé. Les ajournements étaient nécessaires non seulement à cause de la non-divulgation, mais éga-

regarding disclosure, was either unavailable or unprepared at the appointed time. In two instances Ms. Harvey failed to make the promised submission, thus wasting the adjournment granted for that purpose and the timing of the adjournments was obviously a factor to the trial judge, as several came immediately before and during the trial.

I accept the trial judge's view that there was no "grand design" on the part of the Crown; however, the motives of the Crown are still questionable. Ms. Harvey obviously disagreed with the court order. Her actions based on her disagreement were improper. The Crown at times took responsibility for the delays only grudgingly, offering a litany of "limp" excuses.

Non-disclosure is not the only conduct of the Crown which violated fundamental principles of fair play and decency. The Crown also displayed an intention to disregard complying with a court order. The Crown breached an undertaking to defence counsel. The Crown gave the court assurances which turned out to be false. While these actions were tied to the issue of disclosure they also stand on their own violating fundamental principles underlying the community's sense of fair play and decency and failed the reasonable expectation of citizens of the expected conduct of the Crown.

The affidavit of Constable Grinstead should be considered as well. The affidavit was not explained by the Crown. The affidavit contained information which was false, namely that the defence counsel had not bothered to visit the RCMP in Williams Lake to look at file contents. This conduct by another agent of the Crown added to the "aura" of unfairness expressed by the trial judge.

lement parce que M^e Harvey, qui avait demandé qu'on lui permette de présenter des arguments concernant la divulgation, n'était pas disponible ou disposée à le faire au moment prévu. Or, à deux reprises, M^e Harvey n'a pas donné suite à sa demande, si bien que l'ajournement a été inutile. L'incidence des ajournements était évidemment d'importance pour le juge du procès, plusieurs survenant immédiatement avant le procès et pendant ce dernier.

Je suis d'accord avec le juge du procès pour reconnaître que le ministère public n'avait aucun «grand projet», mais les motifs du ministère public restent cependant discutables. M^e Harvey n'était manifestement pas d'accord avec l'ordonnance judiciaire. Les gestes posés suite à ce désaccord étaient répréhensibles. Le ministère public n'a parfois pris la responsabilité des délais qu'à contrecœur, tout en offrant une litanie d'excuses «faibles».

La non-divulgation n'est pas le seul acte du ministère public qui ait violé les principes fondamentaux du franc-jeu et de la décence. Il a également manifesté l'intention de ne pas se conformer à une ordonnance judiciaire. Il a manqué à un engagement pris envers les avocats de la défense et il a donné à la cour des garanties qui se sont révélées fausses. Bien que ces actes aient été liés à la question de la divulgation, ils ont également, comme tels, violé les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence et ont déçu l'attente raisonnable des citoyens en ce qui a trait à la conduite du ministère public.

L'affidavit de l'agent Grinstead devrait aussi être pris en considération. Le ministère public n'a pas fourni d'explications à son sujet. Il contenait des renseignements faux, à savoir que les avocats de la défense ne s'étaient pas donnés la peine de rendre visite à la GRC à Williams Lake afin de consulter les dossiers. Ce comportement d'un autre représentant du ministère public a ajouté au «climat» d'iniquité mentionné par le juge du procès.

243

244

245

246 The complete record of non-disclosure, delay, excuses and breaches of obligation by the Crown violated the fundamental principles which underlie the community's sense of fair play and decency. The trial judge showed admirable tolerance for the behaviour of the Crown but in the end had no choice but to order a stay. The case was "now 'one of the clearest of cases'. To allow the case to proceed would tarnish the integrity of the court" (p. 110).

III. Conclusion

247 When a criminal trial gains notoriety because of the nature of the offence, the parties charged or any other reason, there is an added burden in the paramount interest of ensuring fairness in the process. Fairness is a concern in every trial, but in high profile proceedings special attention must be paid because of the danger of extraneous factors interfering with the trial. The judicial system is on display and counsel for the Crown and the accused must take care to ensure the expected standards of conduct in all cases are maintained in the exceptional ones.

248 In this case, the facts of the offences alleged were many years in the past. As well, the accused had a high profile in the community. These ingredients called for a careful prosecution to ensure fairness and the maintenance of integrity in the process.

249 The Crown should have been scrupulous to its obligations to the court and to the accused. Ms. Harvey admitted that this was "a case that require[d] a great deal of diligence and professionalism". On December 7, 1992, it was clear to the trial judge, who had personally witnessed the conduct of the Crown over a three-month period and was aware of earlier failures to disclose, that the trial was no longer fair and could not be redeemed.

L'ensemble de ces actes, soit la non-divulgarion, les retards, les excuses et les manquements à son obligation par le ministère public, a porté atteinte aux principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence. Le juge du procès a fait preuve d'une tolérance remarquable à l'égard du comportement du ministère public, mais, à la fin, il n'avait pas d'autre choix que de prononcer l'arrêt des procédures. C'était [TRADUCTION] «maintenant «un des cas les plus manifestes». Permettre la poursuite de l'instance ternirait l'intégrité de la cour» (p. 110).

III. Conclusion

Lorsqu'un procès criminel devient célèbre en raison de la nature de l'infraction, des accusés en cause ou pour toute autre raison, cela ajoute à l'importance de garantir l'équité du processus. L'équité est une préoccupation dans chaque procès, mais il faut y apporter une attention tout particulière dans les instances qui font la manchette à cause du danger que présentent les effets de facteurs extérieurs sur le procès. Le système judiciaire est sur la sellette et les substituts du procureur général ainsi que les avocats des accusés doivent s'assurer que les normes de conduite à respecter dans tous les cas le sont tout autant dans les cas exceptionnels.

En l'espèce, les faits constitutifs des infractions reprochées remontent à bien des années. De plus, l'accusé était une personne en vue dans la société. Ces éléments exigeaient que la poursuite soit très sensible aux exigences de l'équité et du maintien de l'intégrité du processus.

Le ministère public aurait dû agir de façon irréprochable en ce qui concerne ses obligations envers la cour et envers l'accusé. M^e Harvey a reconnu qu'il s'agissait d'une [TRADUCTION] «affaire qui exige[ait] beaucoup de diligence et de professionnalisme». Le 7 décembre 1992, il apparaissait clairement au juge du procès, qui avait été personnellement témoin de la conduite du ministère public pendant trois mois et était au courant des omissions de divulguer survenues antérieurement, que le procès n'était plus équitable et ne pouvait pas être réchappé.

In summary and in chronological order the Crown impaired the ability of the appellant to prepare a defence in the following way:

1. In 1991 the Crown failed to disclose to the RCMP interviews with the complainants.
2. On December 16, 1991, the Crown failed to disclose statements made by M.B. and M.O. to Wendy Harvey.
3. On May 25, 1992, the Crown failed to disclose the complete witness statements in their possession but substituted one-line summaries.
4. On June 16, 1992, the Crown failed to disclose the letter from Wendy Harvey to therapists narrowing Campbell A.C.J.'s disclosure order of June 4, 1992.
5. On July 8, 1992, the Crown failed to disclose the letter from Crown Counsel Harvey to P.P. stating an intention to disregard the June 4, 1992 order.
6. On September 21, 1992, the Crown failed to comply with the order of Oppal J. who expressed concern and urged compliance.
7. On October 16, 1992, the Crown turned the records of P.P. over to the court. Thackray J. was concerned about the rest of the records and ordered disclosure.
8. On October 30, 1992, the Crown failed to disclose that Dr. Cheaney's records concerning M.B. had been turned over to the court, but not to the defence.
9. On November 19, 1992, the Crown failed to disclose its remaining records.
10. On November 30, 1992, the Crown waived privileges and produced four binders of material based on an undertaking to the defence to

Voici en bref et selon un ordre chronologique comment le ministère public a nui à la capacité de l'appelant de préparer sa défense:

1. En 1991, le ministère public a omis de divulguer les entretiens que la GRC avait eus avec les plaignantes.
2. Le 16 décembre 1991, le ministère public a omis de divulguer des déclarations faites par M.B. et M.O. à Wendy Harvey.
3. Le 25 mai 1992, le ministère public a omis de divulguer les déclarations complètes des témoins qui étaient en sa possession, mais il y a substitué des résumés d'une ligne.
4. Le 16 juin 1992, le ministère public a omis de divulguer la lettre de Wendy Harvey aux thérapeutes, dans laquelle elle limitait la portée de l'ordonnance de divulgation rendue le 4 juin 1992 par le juge en chef adjoint Campbell.
5. Le 8 juillet 1992, le ministère public a omis de divulguer la lettre adressée à P.P., dans laquelle le substitut du procureur général Harvey faisait part de son intention de ne pas donner suite à l'ordonnance du 4 juin 1992.
6. Le 21 septembre 1992, le ministère public a omis de se conformer à l'ordonnance du juge Oppal, qui s'était dit inquiet et avait recommandé que l'on s'y conforme.
7. Le 16 octobre 1992, le ministère public a remis les dossiers de P.P. à la cour. Le juge Thackray s'est inquiété du reste des dossiers et en a ordonné la divulgation.
8. Le 30 octobre 1992, le ministère public a omis de divulguer que les dossiers du Dr Cheaney concernant M.B. avaient été remis à la cour, mais non à la défense.
9. Le 19 novembre 1992, le ministère public a omis de divulguer les autres dossiers en sa possession.
10. Le 30 novembre 1992, le ministère public a renoncé à tout privilège et a produit quatre cahiers de documentation en raison d'un engagement qu'il avait pris envers la défense de lui divulguer toutes les pièces de son dossier. Le

disclose its whole file. The Crown indicated disclosure was now complete.

11. On December 3, 1992, the Crown discovered that it possessed drawings by the complainants which had not been disclosed. The Crown agreed it was now unable to say that full disclosure had been made.

12. On December 4, 1992, the Crown admitted that the binders it turned over to the defence were incomplete.

ministère public a alors indiqué que tout avait été divulgué.

11. Le 3 décembre 1992, le ministère public s'est rendu compte qu'il avait en sa possession des dessins des plaignantes qui n'avaient pas été divulgués. Le ministère public a reconnu ne pas pouvoir dire alors s'il y avait eu divulgation complète.

12. Le 4 décembre 1992, le ministère public a admis que les cahiers qu'il avait remis à la défense étaient incomplets.

251 The conduct of the Crown during the time Thackray J. was involved, as well as in the months before his appointment, was negligent, incompetent and unfair. While I am content to accept Thackray J.'s interpretation of the Crown's behaviour as being without deliberate intent some concerns remain, particularly in regard to the continual avoidance of compliance with the court order of June 4, 1992.

La conduite du ministère public pendant que le juge Thackray était saisi de l'affaire, ainsi que durant les mois précédant son affectation au dossier, a été négligente, inéquitable et entachée d'incompétence. Bien que je sois disposé à accepter l'interprétation du juge Thackray selon laquelle le comportement du ministère public n'était pas délictueux, il reste certaines inquiétudes, notamment en ce qui concerne ses défauts répétés de se conformer à l'ordonnance judiciaire du 4 juin 1992.

252 The trial judge was as stated in the best position to observe the conduct of the Crown and its effect on the proceedings. He found that the trial had become so tainted that it violated fundamental principles underlying the community's sense of fair play and decency and that the accused was impaired in his ability to make full answer and defence.

Comme je l'ai déjà mentionné, le juge du procès était le mieux placé pour observer la conduite du ministère public et son effet sur le déroulement de l'instance. Il a estimé que le procès était devenu entaché de vice au point de violer les principes fondamentaux qui sous-tendent le sens collectif du franc-jeu et de la décence et de nuire à la possibilité pour l'accusé de présenter une défense pleine et entière.

253 The trial judge carefully balanced the competing public interest in prosecuting offences with the need for a fair trial. He recognized that an order for a stay could be seen as a technicality, but concluded that in these unusual circumstances it was the appropriate, and only, remedy. He held that "[e]very citizen is entitled to the protection of the law, and to have the law meticulously observed" (pp. 110-11). I agree and would allow the appeal and restore the stay of proceedings.

Le juge du procès a soigneusement mesuré les droits en présence, soit celui du public à ce que les infractions soient poursuivies et la nécessité de tenir un procès équitable. Il a reconnu qu'une ordonnance d'arrêt des procédures pouvait être perçue comme faisant preuve de formalisme, mais il a conclu que, dans les circonstances inhabituelles de l'espèce, c'était la réparation convenable, et la seule. Il a jugé que [TRADUCTION] «[t]out citoyen a droit à la protection de la loi et à ce que celle-ci soit observée scrupuleusement» (pp. 110 et 111). Je suis d'accord et je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'arrêt des procédures.

I concur with the Chief Justice and Justice Sopinka that the Crown's disclosure obligations established in *Stinchcombe* are unaffected by the confidential nature of therapeutic records in its possession. I agree with the substantive law and the procedure recommended in obtaining such records from third persons.

Appeal dismissed, LAMER C.J., SOPINKA and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Considine & Lawler, Victoria.

Solicitors for the respondent: Cardinal Edgar Emberton & Macaulay, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Robert J. Frater, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Attorney General for Ontario: Miriam Bloomenfeld, Janet Gallin and Susan Chapman, Toronto.

Solicitors for the interveners the Aboriginal Women's Council, the Canadian Association of Sexual Assault Centres, the DisAbled Women's Network of Canada and the Women's Legal Education and Action Fund: Sharon D. McIvor, Ottawa, and Elizabeth J. Shilton, Toronto.

Solicitor for the intervener the Canadian Mental Health Association: Frances Kelly, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law: Brian Weagant, Toronto.

Solicitor appointed by the Court as amicus curiae: Elizabeth Bennett, Q.C., Peck Tammen Bennett, Vancouver.

Tout comme le Juge en chef et le juge Sopinka, je suis d'avis que les obligations de divulgation du ministère public établies dans l'arrêt *Stinchcombe* ne sont pas touchées par la nature confidentielle des dossiers thérapeutiques en sa possession. Je suis d'accord avec le droit substantiel et avec la procédure recommandée pour obtenir ces dossiers de tiers.

Pourvoi rejeté, le juge en chef LAMER, les juges SOPINKA et MAJOR sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Considine & Lawler, Victoria.

Procureurs de l'intimée: Cardinal Edgar Emberton & Macaulay, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Robert J. Frater, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Miriam Bloomenfeld, Janet Gallin et Susan Chapman, Toronto.

Procureurs des intervenants l'Aboriginal Women's Council, l'Association canadienne des centres contre le viol, le Réseau d'action des femmes handicapées du Canada et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Sharon D. McIvor, Ottawa, et Elizabeth J. Shilton, Toronto.

Procureur de l'intervenante l'Association canadienne de la santé mentale: Frances Kelly, Vancouver.

Procureur de l'intervenante la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law: Brian Weagant, Toronto.

Procureur nommé par la Cour à titre d'amicus curiae: Elizabeth Bennett, c.r., Peck Tammen Bennett, Vancouver.

L.L.A., The Sexual Assault Care Centre of the Plummer Memorial Public Hospital and Women in Crisis (Algoma) Inc. Appellants

v.

A.B. Respondent

and

Her Majesty The Queen, the Attorney General of Canada, the Attorney General of Manitoba, the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, the Aboriginal Women's Council, the Canadian Association of Sexual Assault Centres, DAWN Ontario: DisAbled Women's Network Ontario, the Women's Legal Education and Action Fund ("LEAF") and the Criminal Lawyers Association Intervenors

INDEXED AS: A. (L.L.) v. B. (A.)

File No.: 24568.

1995: June 16; 1995: December 14.

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

ON APPEAL FROM THE ONTARIO COURT (GENERAL DIVISION)

Jurisdiction — Supreme Court of Canada — Interlocutory judgment at trial — Third party seeking to appeal that judgment — Whether or not Supreme Court of Canada had jurisdiction to hear appeal — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 2(1), 40(1).

Criminal law — Evidence — Privilege — Medical files and records — Allegation of sexual assault — Complainant counselled by institutions with specialties in sexual assault — Accused demanding production of all records — Whether or not documents subject to class privilege or meeting requirements for ad hoc production — Whether or not production should be ordered, and if so ordered, its nature and extent — Whether or not production infringing Charter right to privacy — Whether or not production infringing Charter right to equality of the sexual assault complainant — Whether or not pro-

L.L.A., le Sexual Assault Care Centre du Plummer Memorial Public Hospital et Women in Crisis (Algoma) Inc. Appellants

c.

A.B. Intimé

et

Sa Majesté la Reine, le procureur général du Canada, le procureur général du Manitoba, la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, l'Aboriginal Women's Council, l'Association canadienne des centres contre le viol, DAWN Ontario: DisAbled Women's Network Ontario, le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes («FAEJ») et la Criminal Lawyers Association Intervenants

RÉPERTORIÉ: A. (L.L.) c. B. (A.)

N° du greffe: 24568.

1995: 16 juin; 1995: 14 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR DE L'ONTARIO (DIVISION GÉNÉRALE)

Compétence — Cour suprême du Canada — Jugement interlocutoire au procès — Tiers cherchant à faire appel du jugement — La Cour suprême du Canada a-t-elle compétence pour entendre l'appel? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 2(1), 40(1).

Droit criminel — Preuve — Privilège — Dossiers médicaux — Allégation d'agression sexuelle — Plaignante ayant consulté des établissements spécialisés dans les agressions sexuelles — Accusé demandant la production de tous les dossiers — Les documents font-ils l'objet d'un privilège générique ou satisfont-ils aux exigences d'une production ad hoc? — Y a-t-il lieu d'ordonner la production et, dans l'affirmative, quelles en sont la nature et l'étendue? — La production viole-t-elle le droit à la protection de la vie privée garanti par la Charte? — La production viole-t-elle le droit de la vic-

duction infringing accused's Charter rights to a fair trial and to full answer and defence — Proper balancing of Charter rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 15.

The respondent was charged with indecently assaulting L.L.A. who, at the time of the alleged incidents, was a child. Before the trial was scheduled to begin, the respondent served subpoenas *duces tecum* on the institutional appellants commanding them to bring to court all records relating to the proceedings and to the appellant L.L.A. At the same time, the respondent served the institutional appellants and the Crown with a notice of motion for an order that the institutional appellants produce to the defence, before the scheduled trial date, all records relating to L.L.A. The motion was adjourned to be dealt with by the trial judge on the scheduled date for the trial to begin. Before that date, the Crown served and filed a notice of application for an order quashing the subpoenas.

The trial judge dismissed the Crown's application to quash the subpoenas. He concluded, with respect to the application for production, that the records were not privileged and ordered that all records sought be produced to the respondent, with the condition that no copies be made. He then granted an adjournment to allow the parties to assess their respective positions. Given the appellants' intention to appeal the order for production, a stay of the order was granted until such time as the appeals were disposed of. The appellants filed notices of appeal and the respondent brought applications to quash them. The Court of Appeal quashed the appeal for want of jurisdiction in a unanimous decision. It held that the appellants had no right to appeal to the Court of Appeal until there had been a final verdict at trial. As a result, the Court of Appeal ordered the production of the documents and directed that the trial proceed. Pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, the appellants applied for leave to appeal to this Court from the trial judge's order for the production of the documents. They also applied for a stay of the trial pending this Court's decision on their appeal. This Court remitted the question of the stay to the trial judge and granted the application for leave to appeal.

This appeal raises two issues. The first issue is whether third parties, here the appellants, can appeal a trial judge's interlocutory ruling in a sexual assault criminal proceeding. As such, it is necessary to determine whether this Court has jurisdiction to entertain this

time d'agression sexuelle à l'égalité garantie par la Charte? — La production viole-t-elle les droits de l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière? — Pondération des droits garantis par la Charte — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 15.

L'intimé a été accusé d'attentat à la pudeur contre L.L.A., qui était une enfant à l'époque des faits allégués. Avant la date fixée pour le procès, l'intimé a assigné les établissements appelants par *subpoenae duces tecum* leur enjoignant de produire en cour tous les dossiers se rapportant à l'instance et à l'appelante L.L.A. En même temps, l'intimé a donné avis aux établissements appelants et au ministère public d'une requête en vue d'obtenir une ordonnance les obligeant à communiquer à la défense, avant la date fixée pour le procès, tous les dossiers relatifs à L.L.A. La requête a été ajournée pour être entendue par le juge du procès à la date fixée pour le début du procès. Avant cette date, le ministère public a signifié et déposé un avis de requête en cassation des *subpoenae*.

Le juge du procès a rejeté la requête du ministère public en cassation des *subpoenae*. Sur la requête en production des dossiers, il a conclu que les dossiers ne bénéficiaient d'aucun privilège et en a ordonné la communication à l'intimé, sous réserve qu'aucune copie n'en soit faite. Il a ensuite ajourné l'audience pour permettre aux parties d'évaluer leur position respective. Vu l'intention des appelants d'interjeter appel de l'ordonnance de production, il a été sursis à l'ordonnance jusqu'à ce qu'il soit statué sur les appels. Les appelants ont déposé des avis d'appel et l'intimé a présenté des requêtes en cassation des appels. La Cour d'appel a, dans une décision unanime, annulé l'appel pour absence de compétence, estimant que les appelants n'avaient pas de droit d'appel à la Cour d'appel avant que soit rendu le verdict définitif au procès. En conséquence, la Cour d'appel a ordonné la production des documents ainsi que la reprise du procès. En vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, les appelants ont demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour contre la décision du juge du procès ordonnant la production des documents. Ils ont également demandé qu'il soit sursis au procès en attendant la décision de la Cour. Notre Cour a renvoyé la question du sursis au juge du procès et a accordé la demande d'autorisation d'appel.

Le pourvoi soulève deux questions. La première est de savoir si des tiers, les appelants en l'espèce, peuvent faire appel d'un jugement interlocutoire rendu par le juge du procès dans le cadre d'une poursuite criminelle pour agression sexuelle. Il faut déterminer si, dans un tel

appeal. The second issue deals with the nature and extent of production to the defence of medical and therapeutic records relating to complainants held by third parties in sexual assault trials.

Held: The appeal should be allowed.

Jurisdiction

Per Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory and Major JJ.: Different procedural avenues exist for third parties seeking to appeal an interlocutory order depending on the level of court issuing the order. A provincial court order is to be challenged through an enlarged remedy of *certiorari* which falls within the ambit of superior courts. This decision can then be appealed through the regular channels of the judicial system. Where a court order is issued by a superior court judge, third parties can challenge it by seeking leave to appeal directly to this Court, pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

The appellants, who are third parties in the criminal proceeding, have standing to appeal before this Court. The full scope of s. 40(1) of the *Supreme Court Act* provides for an appeal not only of a "final judgment" but also of "other judgment[s]" and therefore encompasses interlocutory appeals of court orders in criminal matters sought by third parties. Furthermore, an interlocutory order affecting third parties is a final order and, accordingly, s. 40(1) is available to appeal an order of a superior court judge. Finally, s. 2(1) of the *Supreme Court Act*, in its definition of "final judgment", uses the term "any of the parties in controversy" rather than any of the parties in the proceedings. Third parties' substantive rights might be affected by the outcome of the trial judge's order; they are "parties in controversy" before the Court.

While the dismissal by the trial judge of a motion to quash the subpoenas may not open the door to an interlocutory appeal of that order by parties to the proceedings during the trial, the records here subpoenaed were not in the possession of the Crown but in that of third parties. The parties who seek to appeal the order are third parties, not the Crown. No appeal lay to the Court of Appeal but an appeal by third parties did lie to this Court, with leave. Given that this procedure was followed, this Court had jurisdiction to hear the appeal. The complainant, a third party to the proceedings (whether or not an appellant), and the Crown, a party to the proceedings, both have standing in third party

cas, notre Cour a compétence pour entendre le pourvoi. La seconde question porte sur la nature et l'étendue de la communication à la défense, dans les procès pour agression sexuelle, de dossiers médicaux et thérapeutiques qui concernent des plaignants et qui sont en la possession de tiers.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Compétence

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory et Major: Les tiers qui cherchent à appeler d'une ordonnance interlocutoire doivent suivre des procédures différentes selon le tribunal qui a rendu l'ordonnance. Pour contester une ordonnance d'une cour provinciale, il faut procéder par voie de *certiorari* élargi, lequel relève de la compétence des cours supérieures. Il y a appel de cette décision selon les règles ordinaires du système judiciaire. Si l'ordonnance est rendue par un juge d'une cour supérieure, les tiers peuvent la contester en demandant une autorisation de pourvoi directement à notre Cour, conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

Les appelants, qui sont des tiers à la procédure criminelle, ont qualité pour se pourvoir devant notre Cour. Dans son sens global, le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* porte qu'il peut être interjeté appel de «tout jugement, définitif ou autre», et englobe donc les appels interlocutoires par des tiers contre des ordonnances judiciaires rendues en matière criminelle. De plus, une ordonnance interlocutoire touchant des tiers est une ordonnance définitive et, en conséquence, le par. 40(1) permet d'interjeter appel d'une ordonnance d'un juge d'une cour supérieure. Enfin, le texte anglais du par. 2(1) de la *Loi sur la Cour suprême* renvoie à «*any of the parties in controversy*», plutôt qu'à «*any of the parties in the proceedings*». L'ordonnance du juge du procès peut affecter les droits substantiels de tiers; ceux-ci sont donc des «*parties in controversy*» devant la Cour.

Alors que le rejet par le juge du procès d'une requête en cassation des subpoenae n'est pas susceptible de donner lieu à un appel interlocutoire par les parties à l'instance, les dossiers requis par subpoena en l'espèce n'étaient pas en la possession du ministère public mais en celle de tiers. Ce sont des tiers qui cherchent à faire appel de l'ordonnance, non le ministère public. Il ne pouvait y avoir appel devant la Cour d'appel mais les tiers pouvaient se pourvoir devant notre Cour, sur autorisation. Étant donné que cette procédure a été suivie, notre Cour avait compétence pour entendre le pourvoi. Le plaignant, tiers à l'instance (appellant ou non), et le ministère public, partie à l'instance, ont tous deux qua-

appeals. The *audi alteram partem* principle requires that courts provide an opportunity to be heard to those who will be affected by the decisions.

Production of Medical Records held by Third Parties

Per Lamer C.J. and Sopinka, Cory and Major J.J.: The procedure and substantive law to be followed where the accused seeks the production of therapeutic records in the hands of third parties is set out in *R. v. O'Connor*. The appeal must be allowed as respondent failed to follow the requisite procedure and substantive law but without prejudice to his right to renew his request for production via the procedures developed by this Court in *O'Connor*.

Per La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier J.J.: Private records, or records in which a reasonable expectation of privacy lies, may include medical or therapeutic records, school records, private diaries, social worker activity logs, and so on.

A class privilege should not be recognized for private records. Privilege exempts, completely or partially, particular communications arising out of certain defined relationships from disclosure in judicial proceedings. Although the justification for privilege has traditionally been utilitarian, a view based on fundamental individual values, such as privacy, has recently begun to emerge. Nevertheless, privilege is a question of public policy, as it impedes the search for truth, a central objective of our legal system, in order to advance other goals. Notwithstanding several strong arguments of public policy militating in favour of protecting the confidentiality of counsellor-sexual assault complainant communications in criminal trials, a class privilege should not be recognized for private records. The following concerns weigh against the recognition of such a privilege: (1) the truth-finding process of our adversarial trial procedure; (2) the possible relevance of some private records; (3) the accused's right to make full answer and defence; (4) the categories of actors included in a class privilege; and (5) the experience of other countries.

The granting of a case-by-case privilege may be appropriate in some circumstances. Given the nature of the relationship between counsellors and sexual assault complainants, the first three Wigmore criteria will usually be easily met. These relationships are founded on

lité pour agir dans le cadre d'appels formés par des tiers. Le principe *audi alteram partem* exige que les tribunaux accordent aux personnes visées par leurs décisions l'occasion d'être entendues.

Production de dossiers médicaux détenus par des tiers

Le juge en chef Lamer et les juges Sopinka, Cory et Major: La procédure et le droit substantiel à suivre lorsque l'accusé cherche à obtenir la production de dossiers thérapeutiques en la possession de tiers sont exposés dans l'arrêt *O'Connor*. Le pourvoi doit être accueilli puisque l'intimé n'a pas suivi la procédure ni le droit substantiel applicables, mais sous réserve de son droit de présenter une nouvelle demande de production en suivant la procédure que notre Cour a élaborée dans l'arrêt *O'Connor*.

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier: Les dossiers privés, ou dossiers donnant ouverture à une attente raisonnable en matière de respect de leur caractère privé, peuvent comprendre des dossiers médicaux ou thérapeutiques, des dossiers scolaires, des journaux intimes, des notations de travailleurs sociaux, etc.

La reconnaissance d'un privilège générique pour les dossiers privés n'est pas justifiée. Un privilège empêche la divulgation, en tout ou en partie, de communications particulières découlant de certains rapports définis, lors de procédures judiciaires. Quoique la justification du privilège ait traditionnellement été d'ordre utilitaire, un point de vue fondé sur des valeurs individuelles fondamentales, telle la protection de la vie privée, est récemment apparu. Néanmoins, il s'agit d'une question de principe en ce que le privilège entrave la recherche de la vérité, un objectif central de notre système juridique, afin de promouvoir d'autres buts. Malgré les puissants arguments de principe qui militent en faveur de la protection, dans les procès criminels, du caractère confidentiel des communications entre conseillers et plaignants victimes d'agression sexuelle, il n'y a pas lieu de reconnaître un privilège générique pour les dossiers privés. La reconnaissance en droit criminel d'un tel privilège soulève les préoccupations suivantes: (1) le processus de recherche de la vérité de notre procédure judiciaire contradictoire; (2) la pertinence possible de certains dossiers privés; (3) le droit de l'accusé à une défense pleine et entière; (4) les catégories d'acteurs inclus dans un privilège générique; et (5) l'expérience d'autres pays.

L'octroi d'un privilège, au cas par cas, peut être indiqué dans certaines circonstances. Les trois premiers critères de Wigmore seront en général facilement satisfaits étant donné la nature de la relation entre conseillers et plaignants dans les affaires d'agression sexuelle.

trust and confidence, confidentiality is essential to their maintenance, and the public fosters and supports the relationships. The fourth criterion involves the balancing of the relative values favouring privilege with those favouring production of the records. The determination of whether privilege should be granted in a particular case is based on public policy considerations, as distinct from a balancing of *Charter* rights. While a case-by-case privilege for private records of sexual assault complainants may be recognized in some instances, exceptions to the general evidentiary rule of admissibility and disclosure should not be encouraged. Moreover, this *ad hoc* approach to privilege will not cure the most important ills associated with production of private records, notably the deterrent effect that such production has on reporting and counselling.

A better approach is that advocated in *R. v. O'Connor*, involving a balancing of the sexual assault complainant's *Charter* rights to privacy and equality with the accused's *Charter* rights to a fair trial and to full answer and defence.

When deciding whether to order production of private records held by third parties, the court must exercise its discretion in a manner that is respectful of *Charter* values. The constitutional values involved here are the right to full answer and defence, the right to privacy, and the right to equality without discrimination.

The use of state power to compel production of private records will be justified in a free and democratic society when the following criteria are met: (1) it is shown that the accused cannot obtain the information by any other reasonable means; (2) production that infringes privacy must be limited as reasonably as possible to fulfil the right to make full answer and defence; (3) the arguments urging production rest on permissible chains of reasoning, rather than discriminatory assumptions and stereotypes; and (4) there is proportionality between the salutary and deleterious effects of production. The common law should not accord pre-eminence to the right to a fair trial, over other constitutionally protected rights. A balance must be struck that places the *Charter* rights of complainants on an equal footing with those of accused persons.

Cette relation se fonde sur la confiance, la confidentialité est essentielle à son maintien et elle a l'appui et le soutien du public. Le quatrième critère renvoie à la pondération des valeurs qui favorisent la reconnaissance d'un privilège et des valeurs qui militent en faveur de la production des dossiers. La décision d'accorder un privilège dans un cas donné se fonde uniquement sur des considérations de principe et n'engage pas une pondération des droits garantis par la *Charte*. Bien qu'il y ait lieu de reconnaître un privilège fondé sur des circonstances particulières de cas précis pour des dossiers privés de plaignants d'agression sexuelle, il ne convient pas d'encourager ces exceptions à la règle générale d'admissibilité et de divulgation de la preuve. De plus, cette approche *ad hoc* ne permettra pas de remédier aux principaux problèmes associés à la production des dossiers privés notamment son effet dissuasif sur le dépôt de plaintes et les demandes de consultation.

Une approche plus appropriée, préconisée dans l'arrêt *O'Connor*, consiste à soupeser les droits du plaignant à la protection de sa vie privée et à l'égalité, garantis par la *Charte*, et les droits de l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière, également garantis par la *Charte*.

Lorsqu'il décide s'il doit ordonner la production de dossiers privés détenus par des tiers, le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire dans le respect des valeurs de la *Charte*. Les valeurs constitutionnelles en jeu dans le présent pourvoi sont le droit de présenter une défense pleine et entière, le droit à la protection de la vie privée et le droit à l'égalité sans discrimination.

L'utilisation du pouvoir de l'État d'imposer la production de dossiers privés sera justifiée dans une société libre et démocratique lorsque les critères suivants seront remplis: (1) il est prouvé que l'accusé ne peut pas obtenir les renseignements demandés par d'autres moyens raisonnables; (2) la production qui viole le droit à la protection de la vie privée doit être aussi limitée qu'il est raisonnablement possible pour respecter le droit de présenter une défense pleine et entière; (3) les arguments en faveur de la production doivent se fonder sur un raisonnement permis et non sur des suppositions et des stéréotypes discriminatoires; et (4) il doit y avoir proportionnalité entre les effets bénéfiques et les effets préjudiciables de la production. La common law ne devrait pas faire prévaloir le droit à un procès équitable sur d'autres droits consacrés par la Constitution. Il faut trouver un équilibre qui place les droits des plaignants en vertu de la *Charte* sur le même pied que ceux des accusés.

The first step for an accused who seeks production of private records held by a third party is to obtain and serve on the third party a *subpoena duces tecum*. The Crown, the subject of the records, and any other person with an interest in the confidentiality of the records should be notified at this time that the accused will be seeking an order for production of the records.

At the trial, when the accused requests an order for production of the records, the judge should follow a two-stage approach. First, the accused must demonstrate that the information contained in the records is likely relevant either to an issue in the proceedings or to the competence to testify of the subject of the records. Although the subject's privacy interest does not enter into consideration at this stage, the information must be sought because of its relevance, rather than for illegitimate purposes. Moreover, the accused's demonstration of likely relevance must be based on evidence, not on speculative assertions or on discriminatory or stereotypical reasoning. It may be useful at this stage for the third party to prepare a list of the records in its possession.

If the court is satisfied that the information is likely to be relevant, then the analysis proceeds to the second stage, which has two parts. First, if the accused can show that the salutary effects of producing the documents to the court for inspection outweigh the deleterious effects of such production, the judge should so order. Then, after examining the records, the judge should balance the conflicting constitutional rights to determine whether and to what extent production to the defence should be ordered. Only those parts of records that have a significant probative value to the issues at trial or the competence of the witness which is not substantially outweighed by prejudice to the administration of justice or to the witness' privacy and equality rights should be produced.

Even if production is ordered, it must still be determined whether the produced records are admissible.

The court's inquiry into the relevance of the information and its balancing of the competing interests should be made at the time of the trial. Prospective defence witnesses in sexual assault cases, like other potential witnesses in criminal cases, are not obliged to cooperate with either party before the trial, and may not be compelled to provide the defence with a preview of their evidence. Private records of this kind will in most cases be irrelevant and inadmissible. Moreover, the creation

La première étape, pour l'accusé qui cherche à obtenir la production de dossiers privés détenus par des tiers, consiste à obtenir un *subpoena duces tecum*. Le ministère public, le sujet des dossiers et toute autre personne ayant un intérêt dans le caractère confidentiel des dossiers, doivent recevoir avis, à ce moment, que l'accusé demandera leur production.

Au procès, lorsque l'accusé demande une ordonnance de production des dossiers, le juge devrait suivre une démarche en deux étapes. Premièrement, l'accusé doit démontrer que les renseignements contenus dans les dossiers sont probablement pertinents soit quant à une question en litige dans l'instance soit quant à l'habilité à témoigner de la personne visée par les dossiers. Quoique à cette étape, le droit à la vie privée de cette personne n'entre pas en considération, les renseignements doivent être recherchés pour leur pertinence plutôt que pour des fins illégitimes. De plus, la démonstration par l'accusé que les renseignements sont probablement pertinents doit se fonder sur la preuve et non sur des affirmations spéculatives ou sur un raisonnement discriminatoire ou stéréotypé. À ce stade, il peut être utile pour le tiers de préparer une liste des dossiers en sa possession.

Si le tribunal est convaincu que les renseignements sont probablement pertinents, l'analyse passe alors à l'étape suivante qui comporte deux volets. D'abord, si l'accusé peut établir que les effets bénéfiques de la production des documents en cour pour inspection sont plus importants que les effets préjudiciables de la production, le juge devrait l'ordonner. Ensuite, après avoir examiné les dossiers, le juge doit pondérer les droits constitutionnels en conflit pour déterminer si, et dans quelle mesure, la communication à la défense devrait être ordonnée. Seules devraient être produites les parties des dossiers ayant une valeur probante qui est importante quant aux points en litige ou quant à l'habilité à témoigner et qui n'est pas substantiellement surpassée par le préjudice à l'administration de la justice ou l'atteinte aux droits du témoin à la protection de sa vie privée et à l'égalité.

Même si la production est ordonnée, il faut encore déterminer si les dossiers produits sont admissibles.

L'examen par le tribunal de la pertinence des renseignements et la pondération des intérêts en jeu devraient être faits au moment du procès. Un témoin de la défense, dans une affaire d'agression sexuelle, comme d'autres témoins éventuels dans des affaires criminelles, n'est pas obligé de collaborer avec l'une ou l'autre partie avant le procès, et ne peut être contraint à donner à la défense un aperçu de sa preuve. Dans la plupart des cas, de tels dossiers privés ne seront pas pertinents et ne

of a pre-trial procedure would inconvenience witnesses, invite fishing expeditions and entail unnecessary delays. Finally, the trial judge would not be in a position, before the beginning of the trial, to determine the relevance, much less the admissibility, of the records sought, or to balance effectively the constitutional rights affected by an order for production.

In this case, the respondent's application for production should not have been entertained before the beginning of the trial. Moreover, no notice was given to L.L.A. who had an interest in the confidentiality of the records. As well, the trial judge erred by ordering the records produced without first determining their likely relevance and balancing the competing *Charter* rights. Ultimately, the respondent's application could not meet the threshold of likely relevance either to the issues at trial or to the competence of the subject of the records, and constituted nothing more than a fishing expedition.

Cases Cited

By Lamer C.J. and Sopinka J.

Applied: *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411.

By L'Heureux-Dubé J.

Applied: *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Primeau*, [1995] 2 S.C.R. 60; *R. v. Jobin*, [1995] 2 S.C.R. 78; **considered:** *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263; **referred to:** *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326; *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268; *Attorney General of Quebec v. Cohen*, [1979] 2 S.C.R. 305; *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577; *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654; *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494; *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254; *R. v. Ryan* (1991), 69 C.C.C. (3d) 226; *R. v. R.S.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 115; *R. v. Kliman*, [1994] B.C.W.L.D. No. 587; *R. v. Coon* (1991), 74 C.C.C. (3d) 146; *M.(A.) v. Ryan*, [1993] 7 W.W.R. 480; *M.(E.) v. Martinson* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 184; *Pennsylvania v. Ritchie*, 480 U.S. 39 (1987); *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974); *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14 (1967); *In re Robert H.*, 509 A.2d 475 (1986); *Commonwealth v. Two Juveniles*, 491 N.E.2d 234 (1986); *Commonwealth v. Samuels*, 511 A.2d 221 (1986); *Advisory Opinion to the House of Rep-*

seront pas admissibles. De plus, la création d'une procédure préalable aurait pour effet d'incommoder les témoins, encouragerait les recherches à l'aveuglette et occasionnerait des délais inutiles. Enfin le juge du procès ne serait pas en mesure, avant le début de l'instance, de décider de la pertinence, encore moins de l'admissibilité, des dossiers demandés, ou de pondérer efficacement les droits constitutionnels touchés par une ordonnance de production des dossiers.

En l'espèce, la demande de production présentée par l'appelant n'aurait pas dû être traitée au début du procès. De plus, L.L.A. qui avait un intérêt dans le caractère confidentiel des dossiers n'a pas été avisée. En outre, le juge du procès a commis une erreur en ordonnant la production des dossiers sans déterminer d'abord leur pertinence probable et sans pondérer les droits garantis par la *Charte*. Enfin, la demande de l'intimé ne pouvait satisfaire au critère préliminaire de la pertinence probable à l'égard des questions en litige dans l'instance ou à l'égard de l'habilité à témoigner de la personne visée par les dossiers, et ne constituait rien de plus qu'une recherche à l'aveuglette.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer et le juge Sopinka

Arrêt appliqué: *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé

Arrêts appliqués: *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60; *R. c. Jobin*, [1995] 2 R.C.S. 78; **arrêt examiné:** *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263; **arrêts mentionnés:** *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326; *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268; *Procureur général du Québec c. Cohen*, [1979] 2 R.C.S. 305; *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577; *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654; *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494; *R. c. Ryan* (1991), 69 C.C.C. (3d) 226; *R. c. R.S.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 115; *R. c. Kliman*, [1994] B.C.W.L.D. No. 587; *R. c. Coon* (1991), 74 C.C.C. (3d) 146; *M.(A.) c. Ryan*, [1993] 7 W.W.R. 480; *M.(E.) c. Martinson* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 184; *Pennsylvania c. Ritchie*, 480 U.S. 39 (1987); *United States c. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Davis c. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974); *Washington c. Texas*, 388 U.S. 14 (1967); *In re Robert H.*, 509 A.2d 475 (1986); *Commonwealth c. Two Juveniles*, 491 N.E.2d 234 (1986); *Commonwealth c. Samuels*, 511 A.2d 221 (1986); *Advisory Opinion to the*

representatives, 469 A.2d 1161 (1983); *Commonwealth v. Wilson*, 602 A.2d 1290 (1992); *People v. Foggy*, 521 N.E.2d 86 (1988); *D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1978] A.C. 171; *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. v. Customs and Excise Commissioners (No. 2)*, [1974] A.C. 405; *Rogers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388; *Campbell v. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1982] 1 Q.B. 1065; *Gaskin v. Liverpool City Council*, [1980] 1 W.L.R. 1549; *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624; *R. v. Governor of Brixton Prison, Ex parte Osman*, [1991] 1 W.L.R. 281; *R. v. Agar*, [1990] 2 All E.R. 442; *Re M (A Minor) (Disclosure of Material)*, [1990] 2 F.L.R. 36; *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910; *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419; *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573; *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836; *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *Bisailon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60; *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353; *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821; *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451; *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309; *R. v. Dymment*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *R. v. Barbosa* (1994), 92 C.C.C. (3d) 131; *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451; *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C., 1985, c. C-5, ss. 4(3), 10(1) [repl. 1994, c. 44, s. 86].
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 15.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q. 1977, c. C-12, ss. 5, 9.
Civil Code of Québec, S.Q. 1991, c. 64, arts. 35, 36.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 140 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 151 [rep. & sub. c. 19 (3rd Suppl.), s. 1]).
Evidence Act, R.S.N. 1970, c. 115, s. 6.
Medical Act, R.S.Q. 1977, c. M-9, s. 42.
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 2(1), 40(1) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 37].

House of Representatives, 469 A.2d 1161 (1983); *Commonwealth c. Wilson*, 602 A.2d 1290 (1992); *People c. Foggy*, 521 N.E.2d 86 (1988); *D. c. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1978] A.C. 171; *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. c. Customs and Excise Commissioners (No. 2)*, [1974] A.C. 405; *Rogers c. Home Secretary*, [1973] A.C. 388; *Campbell c. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1982] 1 Q.B. 1065; *Gaskin c. Liverpool City Council*, [1980] 1 W.L.R. 1549; *Duncan c. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624; *R. c. Governor of Brixton Prison, Ex parte Osman*, [1991] 1 W.L.R. 281; *R. c. Agar*, [1990] 2 All E.R. 442; *Re M (A Minor) (Disclosure of Material)*, [1990] 2 F.L.R. 36; *Conway c. Rimmer*, [1968] A.C. 910; *R. c. Osolin*, [1993] 4 R.C.S. 595; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419; *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449; *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836; *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 441; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *Bisailon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60; *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353; *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821; *R. c. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13; *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451; *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309; *R. c. Dymment*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *Griswold c. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *R. c. Barbosa* (1994), 92 C.C.C. (3d) 131; *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451; *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 15.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. 1977, ch. C-12, art. 5, 9.
Code civil du Québec, L.Q. 1991, ch. 64, art. 35, 36.
Code criminel, S.R.C. 1970, ch. C-34, art. 140 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 151 [abr. & rempl. ch. 19 (3^e suppl.), art. 1]).
Evidence Act, R.S.N. 1970, ch. 115, art. 6.
Loi médicale, L.R.Q. 1977, ch. M-9, art. 42.
Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 2(1), 40(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 37].
Loi sur la preuve au Canada, L.R.C. (1985), ch. C-5, art. 4(3), 10(1) [repl. 1994, ch. 44, art. 86].

Authors Cited

- Blackstone's Criminal Practice*, 3rd ed. By Peter Murphy, editor in chief. London: Blackstone Press, 1993.
- Canada. Canadian Panel on Violence Against Women. *Changing the Landscape: Ending Violence — Achieving Equality*, 1993.
- Canada. Law Reform Commission. *Report on Evidence*. Ottawa: The Commission, 1975.
- Colton, Loretta N. "R. v. *Stinchcombe*: Defining Disclosure" (1995), 40 *McGill L.J.* 525.
- Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
- Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 3rd ed. By D. L. Mathieson. Wellington, N.Z.: Butterworths, 1979.
- "Developments in the Law — Privileged Communications" (1985), 98 *Harv. L. Rev.* 1450.
- Dubbelday, Catharina J. H. "The Psychotherapist-Client Testimonial Privilege: Defining the Professional Involved" (1985), 34 *Emory L.J.* 777.
- Fennell, Caroline. *The Law of Evidence in Ireland*. Dublin: Butterworths, 1992.
- Field, David. *The Law of Evidence in Scotland*. Edinburgh: W. Green & Son Ltd., 1988.
- Hogan, Maureen B. "The Constitutionality of an Absolute Privilege for Rape Crisis Counseling: A Criminal Defendant's Sixth Amendment Rights Versus a Rape Victim's Right to Confidential Therapeutic Counseling" (1989), 30 *Boston College L. Rev.* 411.
- Joo, Anna Y. "Broadening the Scope of Counselor-Patient Privilege to Protect the Privacy of the Sexual Assault Survivor" (1995), 32 *Harv. J. on Legis.* 255.
- Langdale, Rachel, and Simeon Maskrey, "Public Interest Immunity: Disclosure of Social Work Records" (1994), 24 *Fam. L.* 513.
- Laurence, Michael. "Rape Victim-Crisis Counselor Communications: An Argument for an Absolute Privilege" (1984), 17 *U.C. Davis L. Rev.* 1213.
- Ligertwood, Andrew. *Australian Evidence*, 2nd ed. Sydney: Butterworths, 1993.
- MacCrimmon, Marilyn T. "Developments in the Law of Evidence: The 1991-92 Term: Truth, Fairness and Equality" (1993), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 225.
- MacCrimmon, Marilyn T., and Christine Boyle. "Equality, Fairness and Relevance: Disclosure of Therapists' Records in Sexual Assault Trials". In Canadian Institute for the Administration of Justice, *Filtering and Analyzing Evidence in an Age of Diversity*. Montréal: Éditions Thémis, 1995, 81.

Doctrine citée

- Blackstone's Criminal Practice*, 3rd ed. By Peter Murphy, editor in chief. London: Blackstone Press, 1993.
- Canada. Comité canadien sur la violence faite aux femmes. *Un nouvel horizon: éliminer la violence — atteindre l'égalité*, 1993.
- Canada. Commission de réforme du droit. *Rapport sur la preuve*. Ottawa: La Commission, 1975.
- Colton, Loretta N. «R. v. *Stinchcombe*: Defining Disclosure» (1995), 40 *R.D. McGill* 525.
- Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
- Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 3rd ed. By D. L. Mathieson. Wellington, N.Z.: Butterworths, 1979.
- «Developments in the Law — Privileged Communications» (1985), 98 *Harv. L. Rev.* 1450.
- Dubbelday, Catharina J. H. «The Psychotherapist-Client Testimonial Privilege: Defining the Professional Involved» (1985), 34 *Emory L.J.* 777.
- Fennell, Caroline. *The Law of Evidence in Ireland*. Dublin: Butterworths, 1992.
- Field, David. *The Law of Evidence in Scotland*. Edinburgh: W. Green & Son Ltd., 1988.
- Hogan, Maureen B. «The Constitutionality of an Absolute Privilege for Rape Crisis Counseling: A Criminal Defendant's Sixth Amendment Rights Versus a Rape Victim's Right to Confidential Therapeutic Counseling» (1989), 30 *Boston College L. Rev.* 411.
- Joo, Anna Y. «Broadening the Scope of Counselor-Patient Privilege to Protect the Privacy of the Sexual Assault Survivor» (1995), 32 *Harv. J. on Legis.* 255.
- Langdale, Rachel, and Simeon Maskrey, «Public Interest Immunity: Disclosure of Social Work Records» (1994), 24 *Fam. L.* 513.
- Laurence, Michael. «Rape Victim-Crisis Counselor Communications: An Argument for an Absolute Privilege» (1984), 17 *U.C. Davis L. Rev.* 1213.
- Ligertwood, Andrew. *Australian Evidence*, 2nd ed. Sydney: Butterworths, 1993.
- MacCrimmon, Marilyn T. «Developments in the Law of Evidence: The 1991-92 Term: Truth, Fairness and Equality» (1993), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 225.
- MacCrimmon, Marilyn T., and Christine Boyle. «Equality, Fairness and Relevance: Disclosure of Therapists' Records in Sexual Assault Trials». Dans Institut canadien d'administration de la justice, *La recevabilité et l'appréciation de la preuve dans un monde complexe*. Montréal: Éditions Thémis, 1995, 81.

- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 1, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
- McLachlin, Beverley. "Confidential Communications and the Law of Privilege" (1977), 11 *U.B.C. L. Rev.* 266.
- Mewett, Alan W. *Witnesses*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
- Morse, Kerry L. "A Uniform Testimonial Privilege for Mental Health Professionals" (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 741.
- Neuhauser, Maxine Hoffman. "The Privilege of Confidentiality and Rape Crisis Counselors" (1985), 8 *Women's Rts. L. Rep.* 185.
- Roberts, Julian V. "Criminal Justice Processing of Sexual Assault Cases" (1994), 14:7 *Juristat* 1.
- Saltzburg, Stephen A. "Privileges and Professionals: Lawyers and Psychiatrists" (1980), 66 *Va. L. Rev.* 597.
- Scarmeas, Carrie J. "Rape Victim-Rape Crisis Counselor Communications: A New Testimonial Privilege" (1982), 86 *Dick. L. Rev.* 539.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Stone, Scott N., and Robert K. Taylor. *Testimonial Privileges*, 2nd ed. Colorado Springs, Colo.: Shepard's/McGraw-Hill, 1993.
- Stuesser, Lee. "Reconciling Disclosure and Privilege" (1994), 30 *C.R. (4th)* 67.
- Tacon, S. A. "A Question of Privilege: Valid Protection or Obstruction of Justice?" (1979), 17 *Osgoode Hall L.J.* 332.
- Tessier, Pierre. "La vérité et la justice" (1988), 19 *R.G.D.* 29.
- United Kingdom. House of Lords. *Parliamentary Debates* (Hansard), Fifth Series, Vol. 197, Col. 745. Statement by the Lord Chancellor, Viscount Kilmuir, Crown Privilege for Documents and Oral Evidence. London: H.M. Stationery Office, 1956.
- Weisberg, Robert. "Defendant v. Witness: Measuring Confrontation and Compulsory Process Rights Against Statutory Communications Privileges" (1978), 30 *Stan. L. Rev.* 935.
- White, Welsh S. "Evidentiary Privileges and the Defendant's Constitutional Right to Introduce Evidence" (1989), 80 *J. Crim. L. & Criminology* 377.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.
- McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, vol. 1, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.
- McLachlin, Beverley. «Confidential Communications and the Law of Privilege» (1977), 11 *U.B.C. L. Rev.* 266.
- Mewett, Alan W. *Witnesses*. Scarborough, Ont.: Carswell, 1991.
- Morse, Kerry L. «A Uniform Testimonial Privilege for Mental Health Professionals» (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 741.
- Neuhauser, Maxine Hoffman. «The Privilege of Confidentiality and Rape Crisis Counselors» (1985), 8 *Women's Rts. L. Rep.* 185.
- Roberts, Julian V. «L'administration de la justice pénale dans les cas d'agression sexuelle» (1994), 14:7 *Juristat* 1.
- Royaume-Uni. House of Lords. *Parliamentary Debates* (Hansard), Fifth Series, Vol. 197., Col. 745. Statement by the Lord Chancellor, Viscount Kilmuir. Crown Privilege for Documents and Oral evidence. London: H.M. Stationery Office, 1956.
- Saltzburg, Stephen A. «Privileges and Professionals: Lawyers and Psychiatrists» (1980), 66 *Va. L. Rev.* 597.
- Scarmeas, Carrie J. «Rape Victim-Rape Crisis Counselor Communications: A New Testimonial Privilege» (1982), 86 *Dick. L. Rev.* 539.
- Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. *The Law of Evidence in Canada*. Toronto: Butterworths, 1992.
- Stone, Scott N., and Robert K. Taylor. *Testimonial Privileges*, 2nd ed. Colorado Springs, Colo.: Shepard's/McGraw-Hill, 1993.
- Stuesser, Lee. «Reconciling Disclosure and Privilege» (1994), 30 *C.R. (4th)* 67.
- Tacon, S. A. «A Question of Privilege: Valid Protection or Obstruction of Justice?» (1979), 17 *Osgoode Hall L.J.* 332.
- Tessier, Pierre. «La vérité et la justice» (1988), 19 *R.G.D.* 29.
- Weisberg, Robert. «Defendant v. Witness: Measuring Confrontation and Compulsory Process Rights Against Statutory Communications Privileges» (1978), 30 *Stan. L. Rev.* 935.
- White, Welsh S. «Evidentiary Privileges and the Defendant's Constitutional Right to Introduce Evidence» (1989), 80 *J. Crim. L. & Criminology* 377.
- Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

Williamson, Kim E. "Confidentiality of Sexual Assault Victim-Counselor Communication: A Proposed Model Statute" (1984), 26 *Ariz. L. Rev.* 461.

APPEAL to the Supreme Court of Canada pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, with leave, [1995] 1 S.C.R. viii, from an interlocutory judgment of Loukidelis J. ordering production of documents. Appeal allowed.

Diane Oleskiw and Freya Kristjanson, for the appellants.

Clayton C. Ruby, John Norris, David Paciocco and Chris Thompson, for the respondent.

Susan Chapman and Kenneth L. Campbell, for the intervener Her Majesty the Queen.

Donna R. Valgardson and Nancy L. Irving, for the intervener the Attorney General of Canada.

Marva J. Smith, for the intervener the Attorney General of Manitoba.

Sheena Scott and David Mikelberg, for the intervener the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law.

Anne S. Derrick and Sharon McIvor, for the interveners the Aboriginal Women's Council, the Canadian Association of Sexual Assault Centres, DAWN Ontario: DisAbled Women's Network Ontario and the Women's Legal Education and Action Fund ("LEAF").

Alan D. Gold, for the intervener the Criminal Lawyers Association.

The judgment of Lamer C.J. and Sopinka, Cory and Major JJ. was delivered by

¹ LAMER C.J. AND SOPINKA J. — This appeal, along with the companion case of *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, released concurrently, concerns the procedure and substantive law governing the production of sexual assault counselling records in the possession of third parties. In addi-

Williamson, Kim E. «Confidentiality of Sexual Assault Victim-Counselor Communication: A Proposed Model Statute» (1984), 26 *Ariz. L. Rev.* 461.

POURVOI à la Cour suprême du Canada, sur autorisation, [1995] 1 R.C.S. viii, en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, visant un jugement interlocutoire du juge Loukidelis ordonnant la production de documents. Pourvoi accueilli.

Diane Oleskiw et Freya Kristjanson, pour les appelants.

Clayton C. Ruby, John Norris, David Paciocco et Chris Thompson, pour l'intimé.

Susan Chapman et Kenneth L. Campbell, pour l'intervenante Sa Majesté la Reine.

Donna R. Valgardson et Nancy L. Irving, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Marva J. Smith, pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Sheena Scott et David Mikelberg, pour l'intervenante la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law.

Anne S. Derrick et Sharon McIvor, pour les intervenants l'Aboriginal Women's Council, l'Association canadienne des centres contre le viol, DAWN Ontario: DisAbled Women's Network Ontario et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes («FAEJ»).

Alan D. Gold, pour l'intervenante la Criminal Lawyers Association.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges Sopinka, Cory et Major rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER ET LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi, comme le pourvoi connexe *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, rendu simultanément, porte sur la procédure et le droit substantiel qui régissent la production de dossiers de soins socio-psychologiques à la suite d'une agression

tion, the present appeal raises the issue of this Court's jurisdiction to entertain a third party's appeal from a trial judge's interlocutory ruling in a sexual assault trial. On this latter issue, we agree with the decision of our colleague Justice L'Heureux-Dubé.

Our views concerning the procedure and substantive law to be followed where the accused seeks the production of therapeutic records in the hands of third parties are set out in our reasons in *O'Connor*. As the respondent in the instant case has failed to follow the requisite procedure and substantive law, we agree with L'Heureux-Dubé J. that the appeal must be allowed. However, we wish to make it clear that in allowing this appeal, we do not prejudice the right of the respondent to renew his request for production via the procedure and substantive law developed by this Court in *O'Connor*.

The reasons of La Forest, L'Heureux-Dubé and Gonthier JJ. were delivered by

L'HEUREUX-DUBÉ J. — This appeal raises two issues. The first issue is a jurisdictional question as to whether third parties, here the appellants, can appeal a trial judge's interlocutory ruling in a sexual assault criminal proceeding. As such, it is necessary to determine whether this Court has jurisdiction to entertain this appeal. The second issue is substantive in character and deals with the nature and extent of production to the defence of medical and therapeutic records relating to complainants held by third parties in sexual assault trials.

Several fundamental values are at stake in this appeal: the right to full answer and defence, the right to privacy and the right to equality without discrimination.

At the outset, a reference to the relevant statutory provisions and a review of the facts and judgments are in order.

sexuelle, qui sont en la possession d'un tiers. Il soulève en outre la question de la compétence de notre Cour d'entendre l'appel d'un tiers contre une décision interlocutoire rendue dans un procès pour agression sexuelle. Sur cette dernière question, nous sommes d'accord avec la décision de notre collègue le juge L'Heureux-Dubé.

Notre point de vue quant à la procédure et au droit substantiel à appliquer lorsque l'accusé cherche à obtenir la production de dossiers thérapeutiques en la possession de tiers est exposé dans nos motifs de l'arrêt *O'Connor*. Puisque l'intimé en l'espèce n'a pas suivi la procédure et le droit substantiel applicables, nous partageons l'avis du juge L'Heureux-Dubé que le pourvoi doit être accueilli. Nous voulons toutefois qu'il soit bien compris que, en accueillant le pourvoi, nous ne portons pas atteinte au droit de l'intimé de présenter une nouvelle demande de production selon la procédure et le droit substantiel que notre Cour a élaborés dans l'arrêt *O'Connor*.

Les motifs des juges La Forest, L'Heureux-Dubé et Gonthier ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ — Le présent pourvoi soulève deux questions. La première, d'ordre juridictionnel, est de savoir si des tiers, en l'occurrence les appelants, peuvent en appeler d'un jugement interlocutoire de première instance rendu dans le cadre d'une poursuite criminelle pour agression sexuelle. Il faut, en outre, déterminer si, dans un tel cas, notre Cour a juridiction pour entendre le pourvoi. La seconde question est substantielle et porte sur la nature et l'étendue de la production à la défense, dans les procès pour agression sexuelle, de dossiers médicaux et thérapeutiques qui concernent des plaignantes et qui sont en la possession de tiers.

Plusieurs valeurs fondamentales sont en jeu dans ce pourvoi: le droit à une défense pleine et entière, le droit à la protection de la vie privée et le droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination.

Dès le départ, il y a lieu de reproduire les dispositions législatives applicables et de faire une revue des faits ainsi que des jugements rendus.

I. Relevant Statutory Provisions

6 The jurisdictional issue concerns the application of s. 40(1) and the definition of "final judgment" in s. 2(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. These provisions read as follows:

2. (1) . . .

"final judgment" means any judgment, rule, order or decision that determines in whole or in part any substantive right of any of the parties in controversy in any judicial proceeding;

40. (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the Federal Court of Appeal or of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opinion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in that question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from that judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

II. Facts and Judgments

7 On March 2, 1993, the respondent A.B. was arrested and charged that, between February 15, 1980, and December 31, 1980, in Sault Ste. Marie, he indecently assaulted the appellant L.L.A., then six years of age, contrary to s. 140 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34 (now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 151).

8 L.L.A. sought counselling at both appellant counselling institutions. The appellant Sexual Assault Care Centre of the Plummer Memorial Public Hospital is a division of the public hospital at which L.L.A. attended for counselling in January, 1992. The appellant Women in Crisis (Algoma) Inc., operating as "Women's Outreach", is a partially publicly funded organization where L.L.A. sought counselling in November, 1992. It provides counselling to adult women who are

I. Les dispositions législatives applicables

La question juridictionnelle met en cause l'application du par. 40(1) ainsi que la définition du terme «jugement définitif» au par. 2(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Ces dispositions sont ainsi libellées:

2. (1) . . .

«jugement définitif» Jugement ou toute autre décision qui statue au fond, en tout ou en partie, sur un droit d'une ou plusieurs des parties à une instance.

40. (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel devant la Cour de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la Cour d'appel fédérale ou par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l'affaire en question, ou par l'un des juges de ces juridictions inférieures, que l'autorisation d'en appeler à la Cour ait ou non été refusée par une autre juridiction, lorsque la Cour estime, compte tenu de l'importance de l'affaire pour le public, ou de l'importance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou importance à tout égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde en conséquence l'autorisation d'en appeler.

II. Les faits et les jugements

Le 2 mars 1993, l'intimé A.B. a été arrêté et accusé d'avoir, entre le 15 février 1980 et le 31 décembre 1980, à Sault Ste-Marie, commis un attentat à la pudeur contre l'appelante L.L.A., alors âgée de six ans, contrairement à l'art. 140 du *Code criminel*, S.R.C. 1970, ch. C-34 (maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 151).

L.L.A. a eu recours aux deux établissements de services de consultation appelants. Le Sexual Assault Care Centre du Plummer Memorial Public Hospital est une division de l'hôpital public où L.L.A. s'est présentée en janvier 1992. L'appellant Women in Crisis (Algoma) Inc., exploité sous le nom de Women's Outreach, est un organisme financé en partie par des fonds publics, auquel L.L.A. s'est adressée en novembre 1992. Il fournit des services de consultation psychologique aux

victims/survivors of sexual abuse, sexual assault, family violence and other types of violence against women.

At the preliminary inquiry on June 2, 1993, the respondent was committed to stand trial. The trial was scheduled to start on February 14, 1994. On February 3, 1994, the respondent served subpoenas *duces tecum* on the appellants Sexual Assault Care Centre and Women's Outreach, commanding them to bring to court, on February 14, 1994, all records relating to the proceedings and to the appellant L.L.A. At the same time, the respondent served the appellants Sexual Assault Care Centre and Women's Outreach as well as the Crown with a notice of motion for an order that the appellants Sexual Assault Care Centre and Women's Outreach produce to the defence, before the scheduled trial date, all records relating to the appellant L.L.A. The motion came before Whalen J. on February 9, 1994, and was adjourned to be dealt with by the trial judge on February 14. On February 10, 1994, the Crown served and filed a notice of application for an order quashing the subpoenas.

On February 14, 1994, Loukidelis J. of the Ontario Court of Justice, General Division, heard both applications separately. He dealt first with the application from the Crown to quash the subpoenas, which he dismissed, concluding that "there may be information at hand that is relevant to the issue". Loukidelis J. then heard the motion from the respondent for production of the records. He held:

In view of the way that these matters were brought before me, the issue is not whether this is a fishing expedition because that is an issue of a bona fide need for the evidence which was subsumed under the question of relevance. This argument advances the issue of privilege.

Loukidelis J. observed that there was no statutory basis for the claim of privilege and that the traditional classes of privilege created by the common law, such as the solicitor-client privilege, were not applicable. He concluded that the records were not privileged and ordered that all records sought be

femmes adultes victimes ou survivantes d'abus sexuel, d'agression sexuelle, de violence familiale et d'autres types de violence contre les femmes.

À l'enquête préliminaire le 2 juin 1993, l'intimé a été renvoyé à procès. Celui-ci a été fixé au 14 février 1994. Le 3 février 1994, l'intimé a assigné par *subpoena duces tecum* les appelants Sexual Assault Care Centre et Women's Outreach, leur enjoignant d'apporter en cour, le 14 février 1994, tous les dossiers se rapportant à l'instance et à l'appelante L.L.A. En même temps, l'intimé a donné avis aux appelants Sexual Assault Care Centre et Women's Outreach, ainsi qu'au ministère public, qu'il présenterait une requête en vue d'obtenir une ordonnance obligeant les appelants Sexual Assault Care Centre et Women's Outreach à communiquer à la défense, avant la date fixée pour le procès, tous les dossiers relatifs à l'appelante L.L.A. La requête a été présentée devant le juge Whalen le 9 février 1994, et fut ajournée pour être entendue par le juge du procès le 14 février. Le 10 février 1994, le ministère public a signifié et déposé un avis de présentation d'une requête en cassation des subpoenas.

Le 14 février 1994, le juge Loukidelis de la Cour de justice de l'Ontario, Division générale, a entendu les deux requêtes séparément. Examinant d'abord la requête en cassation des subpoenas présentée par le ministère public, il l'a rejetée en concluant que [TRADUCTION] «il peut y avoir des renseignements pertinents quant à la question en litige». Le juge Loukidelis a ensuite entendu la requête de l'intimé visant la production des dossiers. Il est arrivé à la conclusion suivante:

[TRADUCTION] Étant donné la façon dont ces problèmes m'ont été présentés, la question n'est pas de savoir si on est en présence d'une partie de pêche puisqu'il s'agit d'une question de preuve véritablement nécessaire abordée sous l'angle de la pertinence. Cet argument soulève la question du privilège.

Le juge Loukidelis a fait observer que le privilège revendiqué ne reposait sur aucun fondement législatif et que les catégories traditionnelles de privilèges issues de la common law, tel le secret professionnel de l'avocat, étaient inapplicables. Ayant donc conclu que les dossiers ne bénéficiaient d'au-

produced to the respondent, subject to the condition that no copies be made. He then granted an adjournment to allow the parties to assess their respective positions. Given the appellants' intention to appeal the order for production, Loukidelis J. ordered a stay of his order until the appeals were disposed of. The appellants filed notices of appeal on March 17, 1994, at which time the respondent brought applications to quash the appeals.

cun privilège, il a ordonné la communication de tous les dossiers à l'intimé, sous réserve qu'aucune copie n'en soit faite. Il a ensuite ajourné l'audience pour permettre aux parties d'évaluer leur position respective. Vu l'intention des appelants d'interjeter appel de l'ordonnance de production, le juge Loukidelis a ordonné le sursis de son ordonnance jusqu'à ce qu'il soit disposé des appels. Les appelants ont déposé les avis d'appel le 17 mars 1994, date à laquelle l'intimé a présenté des requêtes en cassation des appels.

11 On January 6, 1995, the Ontario Court of Appeal quashed the appeal for want of jurisdiction in a unanimous decision (*A. (L.L.) v. B. (A.)* (1995), 37 C.R. (4th) 170). Relying upon the decision of this Court in *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, the Court of Appeal concluded that there was no provision under the *Code* allowing for interlocutory appeals either for parties or third parties from rulings at trial relating to the admissibility of evidence or documents. As such, it held that the appellants had no right to appeal to the Court of Appeal until there had been a final verdict at trial. As a result, the Court of Appeal ordered the production of the documents and directed that the trial before Loukidelis J. proceed.

Le 6 janvier 1995, la Cour d'appel de l'Ontario, dans une décision unanime, a cassé l'appel pour absence de juridiction (*A. (L.L.) c. B. (A.)* (1995), 37 C.R. (4th) 170). Se fondant sur l'arrêt de notre Cour *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, la Cour d'appel a conclu qu'aucune disposition du *Code* n'autorisait les parties elles-mêmes ou les tierces parties à former des appels à l'encontre de décisions interlocutoires rendues en première instance relativement à l'admissibilité d'éléments de preuve ou de documents. À ce titre, elle a estimé que les appelants n'avaient pas de droit d'appel à la Cour d'appel avant que ne soit rendu le verdict définitif au procès. En conséquence, la Cour d'appel a ordonné la production des documents ainsi que la reprise du procès devant le juge Loukidelis.

12 Pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, the appellants applied for leave to appeal to this Court from Loukidelis J.'s order for the production of the documents. They also applied for a stay of the trial pending this Court's decision on their appeal. The trial date was set for June 5, 1995. On March 17, 1995, this Court remitted the question of the stay to the trial judge and, on March 27, the application for leave to appeal was granted: [1995] 1 S.C.R. viii.

En vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, les appelants ont demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour contre la décision du juge Loukidelis ordonnant la production des documents. Ils ont également demandé qu'il soit sursis au procès en attendant la décision de la Cour. La date du procès a été fixé au 5 juin 1995. Le 17 mars 1995, notre Cour a renvoyé la question du sursis au juge du procès et, le 27 mars, la demande d'autorisation d'appel a été accordée: [1995] 1 R.C.S. viii.

III. Arguments of the Parties and the Interveners

III. Arguments des parties et des intervenants

13 A number of issues were raised by the parties and the interveners, which I will attempt to summarize without entering into all the detailed approaches which were suggested.

Les parties et les intervenants ont soulevé un bon nombre d'arguments que je m'efforcerai de résumer sans pour autant entrer dans le détail de toutes les avenues suggérées.

The appellants submit, first, that the threshold evidentiary basis, which must be established by the accused's seeking the production of private records held by third parties, must take into consideration the right to privacy of the complainant as guaranteed in ss. 7 and 8 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accordingly, the initial burden would rest upon the accused to establish that the records are necessary for full answer and defence. The relevance of the records would have to be clearly established and a substantial foundation would have to be laid by material extraneous to the records themselves, the subject of records and the record holder. Secondly, the appellants submit that a common law privilege exists in favour of private records held by third parties and that, in balancing both the right of the accused to a full defence and the privacy right of the complainant, such records should be held privileged.

The respondent's first contention is to the effect that this Court does not have jurisdiction to hear third party interlocutory appeals arising out of sexual assault criminal proceedings. As to the question of production and disclosure, the respondent starts from the proposition that the principles elaborated in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326, with respect to documents in the possession of the Crown should apply to documents in the possession of third parties. Consequently, whenever the records at issue may be useful to the defence, disclosure should be the rule. According to the respondent, the privacy interest of sexual assault complainants in records held by third parties is not protected by the *Charter*. Therefore, there are no conflicting constitutional rights and the accused's right to full answer and defence must prevail. After the issuance of a *subpoena duces tecum* for the production of such private records, the respondent asserts that the onus is on the Crown to show that the documents are clearly irrelevant. In his supplementary factum, the respondent argues that there is no infringement of s. 15 of the *Charter* in the case at hand. With regard to privilege, the respondent argues that the onus of establishing the existence of a privilege rests upon the party opposing production and disclosure. Further, no privilege would

14
Les appelants soutiennent, en premier lieu, que la preuve initiale que doit apporter l'accusé demandant la production de dossiers privés en la possession de tiers, doit tenir compte du droit de la plaignante à sa vie privée, droit garanti aux art. 7 et 8 de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Par conséquent, c'est à l'accusé qu'incomberait la charge initiale d'établir que les dossiers sont nécessaires à sa pleine et entière défense. La pertinence des dossiers devrait être clairement démontrée et une base solide devrait être établie à l'aide d'éléments extrinsèques aux dossiers eux-mêmes, à la personne visée et au détenteur de ces dossiers. En second lieu, les appelants soutiennent qu'il existe, en common law, un privilège en faveur des dossiers privés en la possession de tiers, et que si l'on soupèse le droit de l'accusé à une défense pleine et entière et le droit à la protection de la vie privée de la plaignante, ces dossiers devraient être tenus pour privilégiés.

15
Comme premier argument, l'intimé fait valoir que notre Cour n'a pas juridiction pour entendre les appels interlocutoires formés par des tiers dans le cadre de procédures criminelles pour agression sexuelle. Sur la question de la production et de la divulgation, l'intimé part de la prémisse voulant que les principes énoncés dans l'arrêt *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326, relativement aux documents en la possession du ministère public, devraient s'appliquer aux documents en la possession de tiers. Conséquemment, chaque fois que les dossiers en cause pourraient être utiles à la défense, la divulgation devrait être la règle. Selon l'intimé, l'intérêt des plaignantes victimes d'agression sexuelle dans la protection du caractère confidentiel des dossiers en la possession de tiers n'est pas protégé par la *Charte*. Il n'y a donc pas conflit de droits constitutionnels et le droit de l'accusé à une défense pleine et entière doit prévaloir. L'intimé soutient qu'après l'émission d'un *subpoena duces tecum* requérant la production de tels dossiers privés, il incombe au ministère public d'établir que ceux-ci sont manifestement non pertinents. Dans son mémoire supplémentaire, l'intimé prétend qu'il n'y a aucune atteinte à l'art. 15 de la *Charte* en l'espèce. En ce qui concerne la question de privilège, il fait valoir que c'est à la partie s'op-

exist because the traditional rules of confidentiality are trumped by the right of the accused to make full answer and defence.

16 The intervener Criminal Lawyers Association ("CLA") agrees with the respondent that the *Stinchcombe* disclosure principles apply for the production and disclosure of private records held by third parties. CLA submits that the accused must have all available tools in order to exercise his right to make full answer and defence, including all potentially relevant information. According to CLA, the *Charter* is not engaged by the disclosure of private records held by third parties. Concerning privilege, CLA argues that, in weighing the complainant's privacy interest with the accused's right to make full answer and defence, the balance must be struck in favour of the latter.

17 On behalf of the intervener Crown, the Attorney General of Ontario asserts that the proper procedure in the present case consists in the issuance of a *subpoena duces tecum* coupled with a formal application for production of the records, including stated grounds and supporting materials. As to the onus, it would be up to the defence to demonstrate, through evidence, that disclosure is necessary in order to make full answer and defence, as well as to establish a substantial likelihood that, without the court compelled infringement of the complainant's ss. 7, 8 and 15 *Charter* rights, the accused's right to make full answer and defence at trial would be violated. The evaluation of the relevance and probative value of the private records should be based on a factual foundation, within the context of the trial as a whole and in light of *Charter* values. With regard to privilege, the Attorney General of Ontario endorses the appellants' position that the private records in this case are protected by a class privilege. Alternatively, the proper application of the four Wigmore criteria leads to

posant à la production et à la divulgation qu'il appartient d'en prouver l'existence. Par ailleurs, il n'existerait aucun privilège parce que le droit à une défense pleine et entière prime sur les règles traditionnelles en matière de confidentialité.

L'intervenante Criminal Lawyers Association («CLA») est d'accord avec l'intimé que les principes de divulgation énoncés dans l'arrêt *Stinchcombe* s'appliquent à la production et à la divulgation de dossiers privés en la possession de tiers. La CLA soutient que l'accusé doit pouvoir se prévaloir de tous les moyens disponibles afin d'exercer son droit de présenter une défense pleine et entière, y compris tous les renseignements potentiellement pertinents. Selon la CLA, la divulgation de dossiers privés en la possession de tiers ne met pas en cause la *Charte*. En ce qui concerne le privilège, la CLA prétend que si l'on soupèse l'intérêt de la plaignante à la protection de sa vie privée et le droit de l'accusé à une défense pleine et entière, la balance doit pencher en faveur de ce dernier.

Au nom du ministère public, intervenant, le procureur général de l'Ontario affirme que la procédure à suivre en l'espèce consiste en l'émission d'un *subpoena duces tecum* jumelé à une requête formelle pour production des documents, appuyée des motifs et documents pertinents. Quant au fardeau de preuve, c'est à la défense qu'il appartiendrait d'établir, preuve à l'appui, que la divulgation est nécessaire à la présentation d'une défense pleine et entière, en plus de démontrer qu'il existe une probabilité substantielle que, en l'absence d'une ordonnance judiciaire de production en violation des droits de la plaignante en vertu des art. 7, 8 et 15 de la *Charte*, il y aura atteinte au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière au procès. L'appréciation de la pertinence et de la force probante des dossiers privés devrait s'appuyer sur un fondement factuel, dans le contexte du procès dans son ensemble et au regard des valeurs de la *Charte*. Sur la question du privilège, le procureur général de l'Ontario endosse la position des appelants selon laquelle les dossiers privés en l'espèce sont protégés par un privilège générique. Subsidiairement, une application adéquate

the conclusion that this is an appropriate case for finding a case-by-case privilege.

The intervener Attorney General of Canada takes the position that the proper approach to the production of private records held by third parties should balance the rights of the accused to make full answer and defence with the rights of the complainant to security of the person, privacy and equality. The procedure would be initiated by *subpoena duces tecum* and the threshold test would be the likely materiality of the records, i.e., that they are capable of affecting the outcome of the trial. Likely materiality must be determined with regard to the purpose to which the evidence is put and must be based on a proper factual foundation. Hypothetical allegations based on erroneous assumptions informed by stereotypes and myths would be inappropriate and unfair to sexual assault complainants. The Attorney General of Canada further submits that the communications between sexual assault complainants and their counsellors enjoy a class privilege similar to solicitor-client communications. In the alternative, private records of sexual assault complainants are protected by a case-by-case privilege.

The intervener Attorney General of Manitoba submits that trial judges do not have jurisdiction to make pre-trial orders for the production of private records held by third parties. The subpoena procedure could only be used in order to have witnesses attend court to give evidence and not as a means of pre-trial discovery. As to the onus, the applicant seeking disclosure would have to establish that such records are likely to be necessary and useful for full answer and defence. In undertaking this exercise, the court would have to weigh the potential value of such records for ensuring the accused's full answer and defence against the prejudicial effect of disclosure. According to the Attorney General of Manitoba, no class privilege exists in favour of private records held by third

des quatre critères de Wigmore mène à la conclusion qu'il convient dans la présente affaire de reconnaître un privilège fondé sur les circonstances particulières du dossier.

Le procureur général du Canada, intervenant, fait valoir que, pour trancher la question de la production de dossiers privés en la possession de tiers, il convient de soulever les droits de l'accusé à une défense pleine et entière avec les droits de la plaignante à la sécurité de sa personne, à la protection de sa vie privée et à l'égalité. La procédure serait mise en marche par un *subpoena duces tecum* et le critère préliminaire serait l'importance vraisemblable des dossiers, c.-à-d. leur capacité d'influencer l'issue du procès. Cette importance doit être appréciée eu égard à la fin à laquelle la preuve doit servir et doit reposer sur un fondement factuel suffisant. Des allégations hypothétiques fondées sur des présomptions erronées découlant de mythes et de stéréotypes seraient inappropriées et injustes pour les plaignantes victimes d'agression sexuelle. Le procureur général du Canada soutient, de plus, que les communications entre les plaignantes victimes d'agression sexuelle et leurs conseillers bénéficient d'un privilège générique analogue à celui qui protège les communications avocat-client. Subsidièrement, les dossiers privés des plaignantes victimes d'agression sexuelle sont protégés par un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas.

Le procureur général du Manitoba, intervenant, soutient que les juges du procès n'ont pas juridiction pour prononcer des ordonnances préliminaires de production de dossiers privés en la possession de tiers. Le subpoena ne peut servir qu'à enjoindre aux témoins de se présenter en cour pour y témoigner et non comme moyen de communication préalable de la preuve au procès. Quant au fardeau de preuve, il incomberait à la partie demandant la divulgation d'établir que ces dossiers sont vraisemblablement nécessaires et utiles à une défense pleine et entière. En procédant à cet exercice, le tribunal devrait soulever la valeur potentielle de ces dossiers pour assurer la défense pleine et entière de l'accusé par opposition à l'effet préjudiciable de la divulgation. Selon le procureur général

parties but a case-by-case privilege may exist if Wigmore's four criteria are met.

20

The intervener Canadian Foundation for Children, Youth and the Law ("CFCYL") favours a consideration of the complainant's *Charter* right to privacy in the determination of the relevance of private records held by third parties. In the CFCYL's opinion, the right to privacy is broader than the privilege under the fourfold Wigmore test. This privacy interest must be weighed against the right of the accused to make full answer and defence. The threshold should be the rational or likely connection between the private records requested and the defence being raised by the accused. If the defence satisfies this threshold, the onus falls on the complainant to demonstrate an expectation of privacy or a common law privilege, to be weighed and reconciled with the accused's right to make full answer and defence.

21

The interveners Aboriginal Women's Council *et al.* (the "Coalition"), for their part, are of the view that, in the context of a sex-unequal legal and social culture, disclosure of sexual assault complainants' private records involves a balancing not only of the right to privacy and the right to make full answer and defence, but also of the right to equality without discrimination. The Coalition submits that disclosure of private records relating to sexual assault complainants would aggravate women's inequality by perpetuating the discriminatory stereotyping and discrediting of women. Further, disclosure of private records would undermine the integrity of the justice system by deterring reporting of sexual assaults and distorting the fact-finding process. As a consequence, the vindication of complainants' constitutional rights and the interests of justice can only be achieved by an absolute prohibition against the production of

du Manitoba, aucun privilège générique n'existe en faveur de dossiers privés en la possession de tiers, mais il pourrait y avoir un privilège fondé sur les circonstances de chaque cas s'il est satisfait aux quatre critères de Wigmore.

La Canadian Foundation for Children, Youth and the Law («CFCYL»), intervenante, est en faveur de tenir compte du droit de la plaignante à la protection de sa vie privée garanti par la *Charte* dans l'appréciation de la pertinence des dossiers privés en la possession de tiers. Selon la CFCYL, le droit à la vie privée est plus large que le privilège fondé sur le test en quatre volets de Wigmore. Cet intérêt à la vie privée doit être soupesé en regard du droit de l'accusé à une défense pleine et entière. Le seuil préliminaire devrait être l'existence d'un lien rationnel ou vraisemblable entre les dossiers privés demandés et le moyen de défense soulevé par l'accusé. Si le moyen de défense satisfait à ce seuil préliminaire, il incombe alors à la plaignante d'établir l'existence d'une attente en matière de protection de sa vie privée ou d'un privilège de common law, qu'il faut alors équilibrer et concilier avec le droit de l'accusé à une défense pleine et entière.

La Coalition, c.-à-d. les intervenants Aboriginal Women's Council et autres, quant à elle, est d'avis que, dans le contexte d'une culture juridique et sociale marquée par l'inégalité des sexes, la divulgation de dossiers privés concernant des plaignantes victimes d'agression sexuelle supposent que l'on soupèse non seulement le droit à la protection de la vie privée et le droit à une défense pleine et entière, mais aussi le droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination. La Coalition soutient que la divulgation de dossiers privés relatifs aux plaignantes victimes d'agression sexuelle aggraverait l'inégalité des femmes en perpétuant les stéréotypes discriminatoires et le discredit dont elles font l'objet. De plus, la divulgation de dossiers privés minerait l'intégrité du système de justice en dissuadant la dénonciation d'agressions sexuelles et en créant des distorsions dans le processus de recherche des faits. Par conséquent, la défense des droits constitutionnels des plaignantes et l'intérêt de la justice ne peuvent être

complainants' private records in sexual offence proceedings.

IV. Jurisdiction

The first issue raised in this appeal concerns the jurisdiction of this Court to hear the present appeal, which the respondent puts into question. The narrow issue is whether and how sexual assault complainants and other third parties can appeal an interlocutory order for the production of private records. A larger question is whether and how third parties can challenge interlocutory court orders arising out of criminal proceedings. This Court addressed this larger question in *Dagenais*, *supra*, and recently applied the approach developed in that case in *R. v. Primeau*, [1995] 2 S.C.R. 60; and *R. v. Jobin*, [1995] 2 S.C.R. 78.

In *Dagenais*, this Court had to decide whether the Canadian Broadcasting Corporation, a third party to a criminal proceeding, could challenge the interlocutory broadcast ban of the mini-series "The Boys of St. Vincent". The majority, by which I am bound, set out two distinct appeal routes from orders made in criminal proceedings depending on whether the appeal is sought by a party to the proceedings or by third parties. In the former situation, the accused and the Crown must await the end of the trial to appeal such orders. In the case of third parties, they can appeal court orders affecting them before the end of the trial through two procedural avenues. In *Primeau*, Sopinka and Iacobucci J.J., writing for the majority, outlined the rationale for appeals of interlocutory orders by third parties (at para. 12):

The procedure for third parties differs for two reasons. First, a third party, being outside the actual proceedings, cannot apply to the trial judge for relief. Second, an order deciding an issue with respect to a third party is a final order. Such a characterization is impor-

assurés que par une prohibition absolue, dans les procédures pour infraction sexuelle, à l'encontre de la production des dossiers privés des plaignantes.

IV. La compétence

La première question soulevée ici a trait à la juridiction de notre Cour d'entendre le présent pourvoi, juridiction que l'intimé conteste. Plus particulièrement, il s'agit de savoir si et comment les plaignantes victimes d'agression sexuelle de même que d'autres tiers peuvent porter en appel une ordonnance interlocutoire de production de dossiers privés. De façon plus générale, la question est de savoir si et comment des tiers peuvent contester des ordonnances judiciaires interlocutoires dans le cadre de procédures criminelles. Notre Cour a traité de cette question générale dans l'arrêt *Dagenais*, précité, et a récemment appliqué l'analyse qui y a été élaborée dans les arrêts *R. c. Primeau*, [1995] 2 R.C.S. 60, et *R. c. Jobin*, [1995] 2 R.C.S. 78.

Dans *Dagenais*, notre Cour devait décider si la Société Radio-Canada, un tiers à l'instance criminelle, pouvait contester l'interdiction de diffusion de la mini-série «Les garçons de Saint-Vincent». L'arrêt de la majorité, par lequel je suis liée, a reconnu deux procédures distinctes pour en appeler d'ordonnances rendues dans le cadre d'une instance criminelle, selon que l'appel est formé par une partie à l'instance ou par un tiers. Dans le premier cas, l'accusé et le ministère public doivent attendre la fin du procès pour en appeler de cette ordonnance. Dans le cas de tiers, ils peuvent, avant la fin du procès, interjeter appel des décisions judiciaires qui les touchent par le biais de deux voies procédurales. Dans l'arrêt *Primeau*, les juges Sopinka et Iacobucci ont expliqué ainsi, au nom de la majorité, les raisons pour lesquelles il est permis aux tiers d'interjeter appel d'ordonnances interlocutoires (au par. 12):

La procédure applicable aux tierces parties diffère pour deux raisons. Premièrement, du fait qu'elle n'est pas partie aux procédures, une tierce partie ne peut demander réparation au juge du procès. Deuxièmement, une ordonnance qui tranche une question relativement à

tant in order to comply with the general rule barring interlocutory appeals in criminal matters.

24

Third parties must follow a different procedural avenue depending on the level of court that issued the order being appealed. A provincial court order is to be challenged through an enlarged remedy of *certiorari*, which falls within the ambit of superior courts. This decision can then be appealed through the regular channels of our judicial system. On the other hand, where a court order is issued by a superior court judge in the first place, as in the present case, third parties can challenge it by seeking leave to appeal directly to this Court, pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. These procedures were outlined in *Dagenais* with regard to publication bans but, as was pointed out in *Primeau* and *Jobin*, they generally apply to other court orders related to criminal proceedings. As a result, the proper procedure to appeal the interlocutory order for production of records issued by Loukidelis J., a superior court judge, was through leave to appeal to this Court pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

25

The respondent attempts to argue that because the term "final judgment" is defined in s. 2(1) of the *Supreme Court Act* as being "any judgment, rule, order or decision that determines in whole or in part any substantive right of any of the parties in controversy in any judicial proceeding", the appellants, who are third parties in the criminal proceeding, do not have standing to appeal before this Court. With respect, this argument does not take into account the full scope of s. 40(1) of the *Supreme Court Act* as interpreted by this Court in *Dagenais*. The section provides for an appeal not only of a "final" judgment but also of "other judgment[s]". This, in the opinion of the Court, encompasses interlocutory appeals of court orders in criminal matters sought by third parties (see *Dagenais*, at p. 861). Furthermore, the majority of this Court in *Primeau* and *Jobin* expressed the view that an interlocutory order affecting third par-

une tierce partie est définitive. Cette qualification est importante si l'on veut se conformer à la règle générale qui interdit les appels interlocutoires en matière criminelle.

Les tiers doivent suivre une procédure différente selon le tribunal qui a rendu l'ordonnance frappée d'appel. Pour contester une ordonnance d'une cour provinciale, il faut procéder par voie de *certiorari* élargi, lequel relève de la juridiction des cours supérieures. Il y a appel de cette décision selon les règles ordinaires de notre système judiciaire. D'autre part, si l'ordonnance est d'abord rendue par un juge d'une cour supérieure, comme c'est le cas ici, les tiers peuvent la contester par requête en autorisation de pourvoi directement à notre Cour, conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Ces procédures ont été exposées dans l'arrêt *Dagenais* concernant des interdictions de publication mais, comme on le souligne dans les arrêts *Primeau* et *Jobin*, elles s'appliquent de manière générale aux autres ordonnances judiciaires rendues en matière criminelle. En conséquence, pour en appeler de l'ordonnance interlocutoire de production de dossiers rendue par le juge Loukidelis, de la cour supérieure, il fallait procéder par voie d'autorisation d'appel devant notre Cour, conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

L'intimé tente de faire valoir que, vu les termes du par. 2(1) de la *Loi sur la Cour suprême* où l'expression «jugement définitif» désigne un «[j]ugement ou toute autre décision qui statue au fond, en tout ou en partie, sur un droit d'une ou plusieurs des parties à une instance», les appelants, qui sont des tiers à la procédure criminelle, n'ont pas qualité pour se pourvoir devant notre Cour. Avec égards, c'est se méprendre sur le sens global du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, tel que notre Cour l'a interprété dans l'arrêt *Dagenais*. Cette disposition porte qu'il peut être interjeté appel de «tout jugement, définitif ou autre». Cette expression englobe, de l'avis de la Cour, les appels interlocutoires d'ordonnances judiciaires rendues en matière criminelle formés par des tierces parties (voir *Dagenais*, à la p. 861). De plus, dans les arrêts *Primeau* et *Jobin*, la Cour, à la majorité, a exprimé l'avis qu'une ordonnance interlocutoire

ties is a final order and, accordingly, s. 40(1) is available to appeal an order of a superior court judge, such as the one at issue. Finally, it is worth noting that s. 2(1) of the *Supreme Court Act* uses the terms “any of the parties in controversy” rather than any of the parties in the proceedings. There is no doubt that third parties’ substantive rights might be affected by the outcome of the trial judge’s order. They are “parties in controversy” before the Court.

The respondent further argues that the *Dagenais* line of cases is distinguishable on the ground that, in the case at bar, it was the Crown, a party to the proceedings, not third parties, who brought the original application to quash the subpoenas before the trial judge. In the respondent’s view, this is significant because in *Dagenais*, *Primeau* and *Jobin* the majority of this Court did not allow for interlocutory appeals in criminal matters by parties to the proceedings. While the dismissal by the trial judge of a motion to quash the subpoenas may not open the door to an interlocutory appeal of that order by parties to the proceedings during the trial, the records here subpoenaed were not in the possession of the Crown but in that of third parties. The parties who seek to appeal the order are third parties, not the Crown. According to *Dagenais*, no appeal lies to the Court of Appeal, which rightly declined jurisdiction, but an appeal by third parties lies to this Court, with leave from the Court. Since this is the procedure followed by the third party appellants in this case, I must, therefore, conclude that this Court has jurisdiction to hear the appeal.

The one question that remains is whether both a complainant, a third party to the proceedings (whether or not an appellant, but here one of the appellants), and the Crown, a party to the proceedings, have standing in third party appeals. There is no doubt in my mind that they do. The *audi alteram partem* principle, which is a rule of natural

touchant des tiers est une ordonnance définitive et qu’en conséquence, le par. 40(1) permet d’interjeter appel d’une ordonnance d’un juge d’une cour supérieure, comme celle rendue en l’espèce. Enfin, il importe de souligner que, selon le texte anglais, le par. 2(1) de la *Loi sur la Cour suprême* renvoie à «*any of the parties in controversy*» («une ou plusieurs des parties à une instance»), plutôt qu’à *any of the parties in the proceedings*. Or, il ne fait aucun doute que l’ordonnance du juge du procès peut affecter les droits matériels de tiers. Ceux-ci sont donc des «*parties in controversy*» devant la Cour.

L’intimé soutient, en outre, qu’il faut distinguer l’arrêt *Dagenais* et sa lignée d’arrêts au motif que, en l’espèce, c’est le ministère public, partie à la procédure, et non des tiers, qui a présenté au juge du procès la requête initiale en cassation des subpoenae. À son avis, cet élément est important puisque dans les arrêts *Dagenais*, *Primeau* et *Jobin*, notre Cour à la majorité n’a pas autorisé les parties à l’instance à interjeter appel d’une décision interlocutoire dans le cadre d’une instance criminelle. Alors que le rejet par le juge du procès d’une requête en cassation des subpoenae n’est pas susceptible de donner lieu à un appel interlocutoire de cette ordonnance par les parties à l’instance, les dossiers requis ici par subpoena n’étaient pas en la possession du ministère public mais bien en celle de tiers. Ce sont les tiers qui cherchent à en appeler de l’ordonnance, non pas le ministère public. Suivant l’arrêt *Dagenais*, il ne peut y avoir appel devant la Cour d’appel qui, à bon droit, a décliné juridiction, mais les tiers peuvent en appeler devant notre Cour, sous réserve de l’autorisation de la Cour. Étant donné que c’est la procédure qu’ont suivie les tiers appelants dans le cas qui nous occupe, force m’est donc de conclure que notre Cour a juridiction pour entendre le pourvoi.

Une seule question demeure, soit celle de savoir si un plaignant, tiers à l’instance (appellant ou non, mais en l’occurrence l’un des appelants), et le ministère public, partie à l’instance, ont tous deux qualité pour agir dans le cadre d’appels formés par des tiers. À mon avis, cela ne fait aucun doute. Le principe *audi alteram partem*, règle de justice

justice and one of the tenets of our legal system, requires that courts provide an opportunity to be heard to those who will be affected by the decisions. The rules of natural justice or of procedural fairness are most often discussed in the context of judicial review of the decisions of administrative bodies, but they were originally developed in the criminal law context. In *Blackstone's Criminal Practice* (Murphy rev. 1993), the authors remark at p. 1529:

Traditionnellement, les règles de justice naturelle ont été définies avec un peu plus de précision, et on dit qu'elles impliquent deux principes — nul ne peut être à la fois juge et partie, et le tribunal doit entendre les deux parties au litige. [Emphasis added.]

See *Forsythe v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 268; and *Attorney General of Quebec v. Cohen*, [1979] 2 S.C.R. 305.

28 Here, both the complainant and the Crown possess a direct and necessary interest in making representations. Both would be directly affected by a decision regarding the production of the complainant's private records. The decision is susceptible of affecting the course of the criminal trial. Both, therefore, must be afforded an opportunity to be heard.

29 The respondent's argument on this first issue must accordingly be dismissed.

30 I now turn to the second issue of the extent of production of private records in the possession of third parties. In that regard, the claim by the appellants and the interveners that those records are privileged must first be addressed.

V. Privilege

31 At the outset, it is useful to determine what is to be understood by private records. The context in which the question of production of private records not in the possession of the Crown generally arises is not limited to medical and therapeutic records of complainants in sexual assault cases. It extends generally to any record, in the hands of a third

naturelle et précepte fondamental de notre système juridique, exige que les tribunaux accordent aux personnes visées par leurs décisions l'occasion d'être entendues. Les règles de justice naturelle ou d'équité procédurale sont le plus souvent abordées dans le contexte du contrôle judiciaire des décisions d'organismes administratifs, mais c'est en droit criminel qu'on en retrace l'origine. Dans *Blackstone's Criminal Practice* (Murphy rev. 1993), les auteurs font remarquer ceci, à la p. 1529:

[TRADUCTION] Traditionnellement, les règles de justice naturelle furent définies de façon un peu plus précise par deux principes majeurs — nul ne peut être à la fois juge et partie, et le tribunal doit entendre les deux parties au litige. [Je souligne.]

Voir *Forsythe c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 268; et *Procureur général du Québec c. Cohen*, [1979] 2 R.C.S. 305.

En l'espèce, tant la plaignante que le ministère public possèdent un intérêt direct et suffisant pour faire des représentations. Tous deux seront directement affectés par la décision concernant la production des dossiers privés de la plaignante. La décision est susceptible d'influer sur le cours du procès criminel. Tous deux doivent donc avoir l'occasion d'être entendus.

L'argument de l'intimé quant à cette première question doit, en conséquence, être rejeté.

J'en viens maintenant à la seconde question, celle de l'étendue de la production des dossiers privés en la possession de tiers. À cet égard, il faut d'abord discuter de la prétention des appelants et des intervenants selon laquelle ces dossiers sont privilégiés.

V. Le privilège

À titre préliminaire, il est utile de définir ce que l'on entend par dossiers privés. Le contexte dans lequel se pose généralement la question de la production de dossiers privés qui ne sont pas en la possession du ministère public ne se limite pas aux dossiers médicaux et thérapeutiques de plaignantes victimes d'agression sexuelle. Elle s'étend en

party, in which a reasonable expectation of privacy lies. These records may include medical or therapeutic records, school records, private diaries, social worker activity logs and so on. For the sake of convenience, I refer to such documents as "private records held by third parties".

The appellants and the interveners who favour recognizing a class privilege at common law for communications between counsellors and sexual assault complainants invoke several arguments in support of their view. Before addressing each of them, however, a brief reference to the principles and rationales for privilege as well as a review of the law of privilege in Canada and in other common law countries are in order.

A. Principles and Rationales

The doctrine of privilege acts as an exception to the truth-finding process of our adversarial trial procedure. Although all relevant information is presumptively admissible at trial, some probative and trustworthy evidence will be excluded to serve other overriding social interests. The same principles apply to exempt, completely or partially, particular communications arising out of certain defined relationships from disclosure in judicial proceedings. Since the existence of privilege impedes the realization of the central objective of our legal system in order to advance other goals, the question of privilege is essentially one of public policy.

Traditionally, the justification for the law of privilege has been based on utilitarian (or "instrumental") considerations. Essentially, this rationale asserts that communications made within a given relationship should be privileged only if the benefit derived from protecting the relationship outweighs

général à tout dossier en la possession d'un tiers dont le caractère confidentiel est raisonnablement susceptible de protection. Il peut s'agir de dossiers médicaux ou thérapeutiques, de dossiers scolaires, de journaux intimes, de notations de travailleurs sociaux, etc. Par souci de commodité, je réfère à ce type de documents sous la rubrique «dossiers privés en la possession de tiers». De même, l'expression «plaignantes» emporte le masculin.

Les appelants et les intervenants qui préconisent la reconnaissance d'un privilège générique de common law protégeant les communications entre conseillers et plaignantes victimes d'agression sexuelle invoquent plusieurs arguments à l'appui de leur position. Avant de les examiner un à un, il convient toutefois d'exposer brièvement les principes et les fondements des privilèges et de faire une revue de la loi en matière de privilège telle qu'elle existe au Canada et dans d'autres pays de common law.

A. Principes et fondements

Le privilège constitue une exception au processus de recherche de la vérité qui caractérise notre système de procédure contradictoire. Ainsi, bien que toute preuve pertinente soit présumée recevable au procès, certains éléments de preuve probants et fiables seront exclus pour répondre à d'autres préoccupations sociales prépondérantes. Les mêmes principes font obstacle à la divulgation à la défense avant le procès de certains renseignements pertinents. En fait, l'existence d'un privilège a pour but d'empêcher la divulgation, en tout ou en partie, de communications particulières découlant de certains rapports définis, lors de procédures judiciaires. Étant donné que l'existence de privilèges entrave la réalisation de l'objectif central de notre système judiciaire afin de promouvoir d'autres buts, il s'agit essentiellement d'une question de politique judiciaire.

Traditionnellement, la loi en matière de privilège a cherché sa justification dans des considérations d'ordre utilitaire (ou «instrumental»). Essentially, selon cette philosophie, les communications effectuées dans le cadre de rapports donnés ne doivent être privilégiées que si

32

33

34

the detrimental effects of privilege on the search for the truth. The utilitarian theory of privilege focuses on the societal importance of certain relationships. Maxine H. Neuhauser, in "The Privilege of Confidentiality and Rape Crisis Counselors" (1985), 8 *Women's Rts. L. Rep.* 185, remarks at p. 188:

It [the utilitarian rationale] is based on the notion that if people fear that their confidences may be revealed in court they will choose not to form particular, valued relationships or will fail to communicate information necessary to the fostering of these relationships, and that, consequently, society will suffer.

See also, Robert Weisberg, "*Defendant v. Witness: Measuring Confrontation and Compulsory Process Rights Against Statutory Communications Privileges*" (1978), 30 *Stan. L. Rev.* 935, at pp. 940-42.

35

More recently, an additional rationale based on privacy has emerged to justify the recognition of privileged communications (see Charles T. McCormick, *McCormick on Evidence* (4th ed. 1992), vol. 1, at §§ 72 and 77; also *R. v. Gruenke*, [1991] 3 S.C.R. 263, at pp. 302-3, *per* L'Heureux-Dubé J., concurring). This non-utilitarian view is founded on more abstract premises, for example, that privilege is vital to the protection of fundamental individual values. In "Developments in the Law — Privileged Communications" (1985), 98 *Harv. L. Rev.* 1450, the authors observe at pp. 1480-81:

Rather than focusing on the systemic impact that compelled disclosures might have on behavior, the privacy rationale focuses on the protection that privileges afford to individual privacy. The confidentiality of communications is regarded as a privacy interest that itself justifies whatever impairment of truth-seeking that privileges may cause.

In the context of counsellor and sexual assault complainant communications, Anna Y. Joo, in "Broadening the Scope of Counselor-Patient Privi-

l'avantage qui découle de la protection de ces relations l'emporte sur les effets préjudiciables du privilège sur la recherche de la vérité. La théorie utilitaire du privilège met l'accent sur l'importance de certaines relations pour la société. Maxine H. Neuhauser, fait la remarque suivante dans «The Privilege of Confidentiality and Rape Crisis Counselors» (1985), 8 *Women's Rts. L. Rep.* 185, à la p. 188:

[TRADUCTION] Il [le raisonnement utilitaire] est fondé sur la notion que, si les gens craignent que leurs confidences soient révélées en cour, ils préféreront ne pas créer de relations spéciales, précieuses ou s'abstiendront de transmettre des renseignements nécessaires au soutien de ces relations et que, en conséquence, la société en souffrira.

Voir également Robert Weisberg, «*Defendant v. Witness: Measuring Confrontation and Compulsory Process Rights Against Statutory Communications Privileges*» (1978), 30 *Stan. L. Rev.* 935, aux pp. 940 à 942.

Plus récemment, la reconnaissance du principe des communications privilégiées a trouvé une justification additionnelle, fondée sur la protection de la vie privée (voir Charles T. McCormick, *McCormick on Evidence* (4^e éd. 1992), vol. 1, aux §§ 72 et 77; également *R. c. Gruenke*, [1991] 3 R.C.S. 263, aux pp. 302 et 303, le juge L'Heureux-Dubé, souscrivant aux motifs). Cette vision non utilitaire se fonde sur des prémisses plus abstraites, tel le caractère vital du privilège pour la protection de valeurs individuelles fondamentales. Dans «Developments in the Law — Privileged Communications» (1985), 98 *Harv. L. Rev.* 1450, les auteurs notent ceci aux pp. 1480 et 1481:

[TRADUCTION] Plutôt que de s'attacher à l'effet systémique que la divulgation forcée peut avoir sur le comportement, le raisonnement fondé sur la vie privée met l'accent sur la protection que le privilège offre pour la vie privée individuelle. La confidentialité des communications est considérée comme répondant à une préoccupation en matière de vie privée qui, en soi, justifie toute entrave à la recherche de la vérité pouvant résulter du privilège.

Dans le contexte des communications entre la plaignante victime d'agression sexuelle et son conseiller, Anna Y. Loo, fait l'observation suivante dans

lege to Protect the Privacy of the Sexual Assault Survivor" (1995), 32 *Harv. J. on Legis.* 255, makes these observations, at p. 260:

Whereas the utilitarian rationale views the goal of the counselor-patient privilege as promoting beneficial future relations, the privacy justification perceives the main purpose of the privilege as shielding the patient from the harm that disclosure may cause. According to the privacy justification, some human relationships are fundamental to human dignity and should be free from state interference. [Emphasis added.]

See also, Stephen A. Saltzburg, "Privileges and Professionals: Lawyers and Psychiatrists" (1980), 66 *Va. L. Rev.* 597, at pp. 621-22.

It is useful at this stage to review briefly how the law of privilege has developed so far in Canada, as well as in other common law countries, particularly as regards the issue now before the Court.

B. A Comparative View

In Canada, very few communications are recognized as privileged either at common law or under statutory law. At common law, the solicitor-client privilege as well as the informer privilege are fully recognized. These privileges are not absolute however; they must yield, in some circumstances, to the accused's right to make full answer and defence. For example, in *R. v. Seaboyer*, [1991] 2 S.C.R. 577, at p. 607, McLachlin J., speaking for the majority of the Court, held that informer privilege and solicitor-client privilege may yield in the context of a criminal trial if the accused's innocence is at stake. Similarly, in *Stinchcombe*, *supra*, at p. 340, Sopinka J. noted that existing privileges may, in certain circumstances, constitute unreasonable limits on the constitutional right to make full answer and defence. See also Loretta N. Colton,

«Broadening the Scope of Counselor-Patient Privilege to Protect the Privacy of the Sexual Assault Survivor» (1995), 32 *Harv. J. on Legis.* 255, à la p. 260:

[TRADUCTION] Alors que dans la vision utilitaire, on considère que le privilège des communications conseiller-patient vise à favoriser des relations futures bénéfiques, le principal objet du privilège est, selon la justification fondée sur la vie privée, de protéger le patient du préjudice que pourrait lui causer la divulgation. Suivant cette thèse, certaines relations humaines sont essentielles à la dignité de la personne et devraient être à l'abri de l'ingérence de l'État. [Je souligne.]

Voir également Stephen A. Saltzburg, «Privileges and Professionals: Lawyers and Psychiatrists» (1980), 66 *Va. L. Rev.* 597, aux pp. 621 et 622.

Il convient, à ce stade, de voir brièvement comment la loi en matière de privilège s'est développée jusqu'à maintenant au Canada ainsi que dans d'autres pays de common law, particulièrement en ce qui a trait à la question dont la Cour est présentement saisie.

B. Une approche comparative

Au Canada, très peu de communications sont reconnues comme privilégiées, que ce soit en common law ou dans la législation. En common law, le secret professionnel de l'avocat de même que le privilège relatif aux indicateurs de police sont pleinement reconnus. Ces privilèges ne sont toutefois pas absolus; ils doivent céder le pas, dans certaines circonstances, au droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Ainsi, dans l'arrêt *R. c. Seaboyer*, [1991] 2 R.C.S. 577, à la p. 607, la Cour, sous la plume du juge McLachlin, a conclu à la majorité que le privilège relatif aux indicateurs de police et le secret professionnel de l'avocat pouvaient devoir s'effacer dans le contexte d'un procès criminel lorsque se joue l'innocence de l'accusé. De même, dans l'arrêt *Stinchcombe*, précité, à la p. 340, le juge Sopinka a souligné que l'existence d'un privilège peut, dans certains cas, constituer une limite déraisonnable au droit constitutionnel de présenter une défense pleine et entière. Voir également Loretta N. Colton, «*R. v. Stinchcombe*:

36

37

“*R. v. Stinchcombe: Defining Disclosure*” (1995), 40 *McGill L.J.* 525, at p. 556.

Defining Disclosure» (1995), 40 *R.D. McGill* 525, à la p. 556.

38

By statute, as regards criminal law, communications between spouses are the only ones regarded as privileged (s. 4(3) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C., 1985, c. C-5; see *R. v. Salituro*, [1991] 3 S.C.R. 654, regarding separated spouses without any reasonable possibility of reconciliation). Similarly, provincial legislation generally provides for spousal communications privilege in civil proceedings. Two Canadian provinces, Quebec and Newfoundland, have enacted statutes recognizing religious communications privilege: see Quebec's *Charter of Human Rights and Freedoms*, R.S.Q. 1977, c. C-12, s. 9; and Newfoundland's *Evidence Act*, R.S.N. 1970, c. 115, s. 6. With regard to doctor-patient relationships, Quebec is the only province which has recognized a statutory privilege in civil matters: see s. 42 of the *Medical Act*, R.S.Q. 1977, c. M-9. Neither at common law nor by statute have communications between counsellors and sexual assault complainants been recognized as privileged in Canada.

Si on regarde du côté de la législation, les communications entre conjoints sont, en matière criminelle, les seules qui soient considérées comme privilégiées (par. 4(3) de la *Loi sur la preuve au Canada*, L.R.C. (1985), ch. C-5; voir *R. c. Salituro*, [1991] 3 R.C.S. 654, concernant des conjoints séparés sans possibilité raisonnable de réconciliation). De même, les communications entre conjoints jouissent généralement d'un privilège en matières civiles en vertu des lois provinciales. Deux provinces canadiennes, Québec et Terre-Neuve, ont adopté des lois reconnaissant le secret des communications religieuses: voir la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec, L.R.Q. 1977, ch. C-12, art. 9; et l'*Evidence Act* de Terre-Neuve, R.S.N. 1970, ch. 115, art. 6. En ce qui concerne les relations médecin-patient, le Québec est la seule province à avoir reconnu un privilège législatif en matières civiles: voir l'art. 42 de la *Loi médicale*, L.R.Q. 1977, ch. M-9. Ni la common law ni la législation, au Canada, ne reconnaissent de statut privilégié aux communications entre conseillers et plaignantes victimes d'agression sexuelle.

39

The question of privilege has recently been visited by our Court in *Gruenke, supra*. In that case, the Court had to decide whether communications from an accused to her pastor and to a lay counsellor were privileged in criminal proceedings at common law and under the freedom of religion guarantee in s. 2 of the *Charter*. The majority discussed the two categories of privilege at common law: first, a “class” privilege, and second, a “case-by-case” privilege. A class privilege entails a *prima facie* presumption that such communications are inadmissible or not subject to disclosure in criminal or civil proceedings and the onus lies on the party seeking disclosure of the information to show that an overriding interest commands disclosure. In order for the privilege to attach, compelling policy reasons must exist, similar to those underlying the privilege for solicitor-client

La question du privilège a été examinée récemment par notre Cour dans l'arrêt *Gruenke*, précité. Dans cette affaire, la Cour devait décider si les communications d'une accusée avec son pasteur et avec une conseillère laïque étaient privilégiées, dans une procédure criminelle, en vertu de la common law et de la liberté de religion garantie à l'art. 2 de la *Charte*. La Cour, à la majorité, a analysé les deux catégories de privilège reconnues en common law: les privilèges «génériques» et les privilèges «fondés sur les circonstances de chaque cas». Un privilège générique comporte une présomption *prima facie* que ces communications sont inadmissibles ou non sujettes à divulgation dans le cadre de procédures criminelles ou civiles et la partie demandant la divulgation assume le fardeau d'établir qu'un intérêt prépondérant l'exige. Pour qu'il y ait privilège, il faut qu'existent des raisons de principe contraignantes, semblables à celles qui sous-tendent le privilège en matière de

communications, and the relationship must be inextricably linked with the justice system.

In a case-by-case privilege, the communications are not privileged unless the party opposing disclosure can show they should be privileged according to the fourfold utilitarian test elaborated by Wigmore (*Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, at § 2285). These criteria are:

(1) The communications must originate in a *confidence* that they will not be disclosed.

(2) This element of *confidentiality must be essential* to the full and satisfactory maintenance of the relation between the parties.

(3) The *relation* must be one which in the opinion of the community ought to be sedulously *fostered*.

(4) The *injury* that would inure to the relation by the disclosure of the communications must be *greater than the benefit* thereby gained for the correct disposal of litigation. [Emphasis in original.]

See *Gruenke*, at p. 286, *per* Lamer C.J. for the majority; also *Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario)*, [1981] 2 S.C.R. 494, at p. 512, *per* Laskin C.J., dissenting; and *Slavutych v. Baker*, [1976] 1 S.C.R. 254, at p. 260.

The issue of whether private records held by third parties are privileged at common law has never been decided by this Court. The Nova Scotia Court of Appeal did, however, consider it in *R. v. Ryan* (1991), 69 C.C.C. (3d) 226. The question was whether social agency records of two sexual assault complainants were privileged in a criminal trial for sexual assault and narcotic trafficking. The trial judge had recognized that the records were privileged and had ordered a stay of proceedings for denial of the accused's right to make full answer and defence. The Court of Appeal held that the competing interests at stake weighed in favour of disclosure and overruled the stay. Similarly, in *R. v. R.S.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 115, the Ontario

communications avocat-client, et les relations doivent être inextricablement liées au système de justice.

Dans le cas du privilège fondé sur les circonstances particulières de chaque cas, les communications ne sont privilégiées que dans la mesure où la partie s'opposant à leur divulgation établit qu'elles devraient l'être suivant le test utilitaire à quatre volets élaboré par Wigmore (*Evidence in Trials at Common Law* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, au § 2285):

[TRADUCTION] (1) Les communications doivent avoir été transmises *confidentiellement* avec l'assurance qu'elles ne seraient pas divulguées.

(2) Le *caractère confidentiel* doit être un élément *essentiel* au maintien complet et satisfaisant des rapports entre les parties.

(3) Les *rapports* doivent être de la nature de ceux qui, selon l'opinion de la collectivité, doivent être *entretenus* assidûment.

(4) Le *préjudice* permanent que subiraient les rapports par la divulgation des communications doit être *plus considérable que l'avantage* à retirer d'une juste décision. [En italique dans l'original.]

Voir *Gruenke*, à la p. 286, le juge en chef Lamer au nom de la majorité; également *Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario)*, [1981] 2 R.C.S. 494, à la p. 512, le juge en chef Laskin, dissident; et *Slavutych c. Baker*, [1976] 1 R.C.S. 254, à la p. 260.

La question de savoir si des dossiers privés en la possession de tiers sont privilégiés en common law n'a jamais été tranchée par notre Cour. La Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a toutefois examiné cette question dans l'arrêt *R. c. Ryan* (1991), 69 C.C.C. (3d) 226. Il s'agissait de décider si les dossiers de deux plaignantes victimes d'agression sexuelle, que détenait un organisme de services sociaux, étaient privilégiés dans le cadre d'un procès criminel pour agression sexuelle et trafic de stupéfiants. Le juge du procès avait reconnu que les dossiers bénéficiaient d'un privilège et avait ordonné l'arrêt des procédures pour atteinte au droit de l'accusé à une défense pleine et entière. La Cour d'appel a conclu que les intérêts opposés en

Court of Appeal had to decide whether records relating to family group therapy sessions were privileged in the criminal trial of a man accused of having sexually assaulted his two step-daughters. The Court of Appeal opined that, in the context of child abuse, the search for the truth overcomes the interests in family therapy and, therefore, the records could be produced at trial. See also the decisions of the British Columbia Supreme Court in *R. v. Kliman*, [1994] B.C.W.L.D. No. 587, and of the Ontario Court, General Division, in *R. v. Coon* (1991), 74 C.C.C. (3d) 146.

présence penchaient en faveur de la divulgation et a annulé le jugement. De même, dans l'arrêt *R. c. R.S.* (1985), 19 C.C.C. (3d) 115, la Cour d'appel de l'Ontario devait décider si les dossiers relatifs à des séances de thérapie familiale de groupe étaient privilégiés dans le procès criminel d'un homme accusé d'avoir agressé sexuellement ses deux belles-filles. La Cour d'appel a estimé que, dans le contexte d'abus envers les enfants, la recherche de la vérité avait préséance sur les intérêts de la thérapie familiale et donc que les dossiers pouvaient être produits au procès. Voir également la décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique dans *R. c. Kliman*, [1994] B.C.W.L.D. No. 587, et celle de la Cour de l'Ontario, Division générale dans *R. c. Coon*, (1991), 74 C.C.C. (3d) 146.

42

In the context of civil litigation, some courts and masters have examined claims of privilege. In *M.(A.) v. Ryan*, [1993] 7 W.W.R. 480, the British Columbia Supreme Court considered whether psychiatric records had to be produced in a civil suit for sexual abuse. The court held that, while confidentiality was essential to the psychiatrist-patient relationship, the interest in the proper administration of justice prevailed over the need to maintain confidentiality. In *M.(E.) v. Martinson* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 184 (Master), the defendant sought production of the plaintiff's counselling records of treatment for sexual abuse, alcoholism and drug addiction, in an attempt to show that the alleged pain and suffering did not result from the automobile accident which was the object of the suit. It was held that, in the circumstances, the interest in maintaining the confidentiality of the records outweighed the benefit there may have been to the administration of justice by their disclosure.

Dans le cadre de procès civils, des demandes de privilège ont été examinées par quelques tribunaux et protonotaires. Dans la décision *M.(A.) c. Ryan*, [1993] 7 W.W.R. 480, la Cour suprême de la Colombie-Britannique s'est penchée sur la question de savoir si des dossiers psychiatriques devaient être produits dans une poursuite civile pour abus sexuels. La cour a estimé que, bien que la confidentialité soit essentielle à la relation psychiatre-patient, l'intérêt d'assurer la bonne administration de la justice l'emportait sur la nécessité de préserver la confidentialité. Dans l'affaire *M.(E.) c. Martinson* (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 184 (Protonotaire), le défendeur a demandé la production des dossiers du demandeur relatifs aux traitements pour abus sexuels, alcoolisme et toxicomanie, afin de tenter d'établir que les douleurs et souffrances alléguées ne résultaient pas de l'accident d'automobile faisant l'objet de la poursuite. Il a été décidé que, dans les circonstances, la préservation de la confidentialité des dossiers avait préséance sur l'avantage que pouvait présenter leur divulgation pour l'administration de la justice.

43

The Law Reform Commission of Canada has recommended the recognition of a general privilege for professionals in criminal proceedings in its *Report on Evidence* (1975), although not without a *caveat*. Section 41 of the proposed Evidence Code provides:

Dans son *Rapport sur la preuve* (1975), la Commission de réforme du droit du Canada a recommandé que soit reconnu aux professionnels un privilège général dans les procédures criminelles, non toutefois sans un *caveat*. L'article 41 du Code de la preuve proposé prévoit:

41. A person who has consulted a person exercising a profession for the purpose of obtaining professional services, or who has been rendered such services by a professional person, has a privilege against disclosure of any confidential communication reasonably made in the course of the relationship if, in the circumstances, the public interest in the privacy of the relationship outweighs the public interest in the administration of justice. [Emphasis added.]

The American position with regard to privilege at common law is somewhat similar to the Canadian approach. The rationales underlying the recognition of privileged communications are also analogous (see *McCormick on Evidence, supra*, at § 72). However, in the United States, a number of communications, including those between counselors and sexual assault complainants, are considered privileged as a result of the enactment of statutory privilege, both by the Federal Government and by the states, for communications that are not privileged at common law. See Scott N. Stone and Robert K. Taylor, in *Testimonial Privileges* (2nd ed. 1993), for a more detailed compilation of the statutes granting such privilege in the United States as well as the degree and the extent of confidentiality it affords to such communications.

Without going into a detailed analysis, it is fair to say that many states in the United States have enacted some statute limiting disclosure and testimony by doctors, psychiatrists, psychologists, social workers, and other psychotherapists. An increasing number of states are according privileged status to communications between counselors and sexual assault complainants; they include Alaska, California, Connecticut, Florida, Illinois, Kentucky, Maine, Massachusetts, Minnesota, Pennsylvania, Utah, and Wyoming. Most of these privileges provide an absolute protection of private records relating to sexual assault complainants in criminal trials.

There is, however, a constitutional element to the law of privilege in the United States. The right to a fair trial (or "due process"), as guaranteed by

41. Celui qui s'adresse à un professionnel dans le but d'obtenir ses services ou qui les obtient, peut s'opposer à la divulgation d'une communication confidentielle issue de cette relation si, eu égard aux circonstances, la sauvegarde du droit à l'intimité l'emporte sur l'intérêt de l'administration de la justice. [Je souligne.]

44 La position américaine en matière de privilège de common law est assez semblable à l'approche canadienne. Les principes sur lesquels se fonde la reconnaissance de communications privilégiées sont également analogues (voir *McCormick on Evidence, op. cit.*, au § 72). Aux États-Unis toutefois, un certain nombre de communications, dont celles entre conseillers et plaignantes victimes d'agression sexuelle, sont considérées comme privilégiées en vertu de législations, tant par le gouvernement fédéral que par les États, concernant des communications dont le privilège n'est pas reconnu en common law. Voir Scott N. Stone et Robert K. Taylor, dans *Testimonial Privileges* (2^e éd. 1993), pour une compilation détaillée des lois accordant ce genre de privilège aux États-Unis et un examen du degré et de l'étendue de la confidentialité ainsi reconnue aux communications.

45 Sans entrer dans les détails, il est juste de dire que de nombreux États américains ont adopté des lois limitant l'obligation pour les médecins, psychiatres, psychologues, travailleurs sociaux et autres psychothérapeutes de venir témoigner et de divulguer des renseignements. De plus en plus d'États accordent un statut privilégié aux communications entre conseillers et plaignantes victimes d'agression sexuelle dont l'Alaska, la Californie, le Connecticut, la Floride, l'Illinois, le Kentucky, le Maine, le Massachusetts, le Minnesota, la Pennsylvanie, l'Utah et le Wyoming. La plupart de ces privilèges accordent, dans le cadre de procès criminels, une protection absolue aux dossiers privés relatifs aux plaignantes victimes d'agression sexuelle.

46 Aux États-Unis, toutefois, il y a un aspect constitutionnel en matière de privilège. Le droit à un procès équitable («*due process*») ou application

the Fourteenth Amendment, as well as the rights guaranteed by the confrontation clause and the compulsory process clause of the Sixth Amendment, impose limits on statutory privilege (see *Pennsylvania v. Ritchie*, 480 U.S. 39 (1987); *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Davis v. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974); and *Washington v. Texas*, 388 U.S. 14 (1967)). The Supreme Court of the United States has determined the constitutionality of privilege in general as regards the disclosure and the admissibility of evidence through a balancing process, weighing the rights of the accused, as guaranteed by the American Constitution, against the public interests served by privilege. That court has yet to decide the question of constitutionality of absolute privilege attaching to private records of sexual assault complainants, but there are a number of commentators who have dealt with this issue: see Maureen B. Hogan, "The Constitutionality of an Absolute Privilege for Rape Crisis Counseling: A Criminal Defendant's Sixth Amendment Rights Versus a Rape Victim's Right to Confidential Therapeutic Counseling" (1989), 30 *Boston College L. Rev.* 411, at pp. 470-74; Welsh S. White, "Evidentiary Privileges and the Defendant's Constitutional Right to Introduce Evidence" (1989), 80 *J. Crim. L. & Criminology* 377, at pp. 423-25; and Robert Weisberg, *supra*, at pp. 968-73.

régulière de la loi), garanti par le Quatorzième amendement, ainsi que les droits garantis par la clause de confrontation des témoins («*confrontation clause*») et la clause de citation forcée des témoins («*compulsory clause*») en vertu du Sixième amendement, imposent des limites aux privilèges législatifs (voir *Pennsylvania c. Ritchie*, 480 U.S. 39 (1987); *United States c. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Davis c. Alaska*, 415 U.S. 308 (1974); et *Washington c. Texas*, 388 U.S. 14 (1967)). La Cour suprême des États-Unis a décidé de la constitutionnalité des privilèges en général eu égard à la divulgation et à la recevabilité de la preuve en soupesant les intérêts en présence, soit les droits constitutionnels de l'accusé et les intérêts du public dans la reconnaissance du privilège. Cette cour n'a pas encore tranché la question de la constitutionnalité d'un privilège absolu attaché aux dossiers privés de plaignantes victimes d'agression sexuelle, mais un bon nombre d'auteurs se sont penchés sur la question: voir Maureen B. Hogan, «The Constitutionality of an Absolute Privilege for Rape Crisis Counseling: A Criminal Defendant's Sixth Amendment Rights Versus a Rape Victim's Right to Confidential Therapeutic Counseling» (1989), 30 *Boston College L. Rev.* 411, aux pp. 470 à 474; Welsh S. White, «Evidentiary Privileges and the Defendant's Constitutional Right to Introduce Evidence» (1989), 80 *J. Crim. L. & Criminology* 377, aux pp. 423 à 425; et Robert Weisberg, *loc. cit.*, aux pp. 968 à 973.

47

On the other hand, several state courts have addressed the conflict between sexual assault defendants' constitutional rights and absolute confidentiality privilege for sexual assault counselling communications. Most have ruled that such absolute privilege is unconstitutional because it infringes upon defendants' constitutional rights: see *In re Robert H.*, 509 A.2d 475 (Conn. 1986); *Commonwealth v. Two Juveniles*, 491 N.E.2d 234 (Mass. 1986); *Commonwealth v. Samuels*, 511 A.2d 221 (Penn. 1986); *Advisory Opinion to the House of Representatives*, 469 A.2d 1161 (R.I. 1983). Both the Supreme Court of Pennsylvania, in *Commonwealth v. Wilson*, 602 A.2d 1290 (1992), and the Supreme Court of Illinois, in *People v.*

D'autre part, plusieurs tribunaux des États américains, ont traité de la question du conflit entre les droits constitutionnels des défendeurs dans les causes d'agression sexuelle et le privilège de confidentialité absolue des communications faites dans le cadre de consultations psychologiques. La plupart ont conclu à l'inconstitutionnalité d'un tel privilège absolu au motif qu'il portait atteinte aux droits constitutionnels des défendeurs: voir *In re Robert H.*, 509 A.2d 475 (Conn. 1986); *Commonwealth c. Two Juveniles*, 491 N.E.2d 234 (Mass. 1986); *Commonwealth c. Samuels*, 511 A.2d 221 (Penn. 1986); *Advisory Opinion to the House of Representatives*, 469 A.2d 1161 (R.I. 1983). La Cour suprême de la Pennsylvanie, dans l'arrêt

Foggy, 521 N.E.2d 86 (1988), have found the same kind of absolute privilege constitutional.

Most Commonwealth countries, including England, Scotland, Ireland, New Zealand and Australia, use a different qualification of privilege. These countries distinguish between private privilege and public interest immunity. See Sir Rupert Cross, *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at pp. 416 *et seq.* and 456 *et seq.*; David Field, *The Law of Evidence in Scotland* (1988), at pp. 248 *et seq.*; Caroline Fennell, *The Law of Evidence in Ireland* (1992), at pp. 165 *et seq.* and 193 *et seq.*; Sir Rupert Cross, *Evidence*, (3rd ed. 1979), at pp. 254 *et seq.* and 284 *et seq.*; and Andrew Ligertwood, *Australian Evidence* (2nd ed. 1993), at pp. 207 *et seq.* and 280 *et seq.*

Private privilege at common law is limited to legal professional relationships. As regards other relationships, such as doctor-patient, pastor-penitent, journalist-informants and spousal relationships, no privilege is recognized in the absence of statutory provisions. England, for example, has no statutory provision providing for a general privilege for doctor-patient communications, with only limited exceptions in civil proceedings; there is nothing specifically relating to counsellor-sexual assault complainant communications either. The situation is the same in both Scotland and Ireland. New Zealand and the states of Victoria and Tasmania and the Northern Territory in Australia have enacted civil proceeding privilege regarding communications between physicians and their patients. The legislation, however, is silent on sexual assault counselling communications and the case law has not extended the existing privileges to cover such communications.

In these Commonwealth countries, public interest immunity (formally referred to as Crown privilege) constitutes the residual basis to prevent relevant evidence from being disclosed or being found

Commonwealth c. Wilson, 602 A.2d 1290 (1992), et la Cour suprême de l'Illinois, dans l'arrêt *People c. Foggy*, 521 N.E.2d 86 (1988), ont toutes deux reconnu, quant à elles, la constitutionnalité du même privilège absolu.

La plupart des pays du Commonwealth, dont l'Angleterre, l'Écosse, l'Irlande, la Nouvelle-Zélande et l'Australie, qualifient différemment les privilèges. Ces pays distinguent en effet entre le privilège privé et l'immunité de droit public. Voir Sir Rupert Cross, *Cross on Evidence* (7^e éd. 1990), aux pp. 416 *et suiv.* et 456 *et suiv.*; David Field, *The Law of Evidence in Scotland* (1988), aux pp. 248 *et suiv.*; Caroline Fennell, *The Law of Evidence in Ireland* (1992), aux pp. 165 *et suiv.* et 193 *et suiv.*; Sir Rupert Cross, *Evidence* (3^e éd. 1979), aux pp. 254 *et suiv.* et 284 *et suiv.*; et Andrew Ligertwood, *Australian Evidence* (2^e éd. 1993), aux pp. 207 *et suiv.* et 280 *et suiv.*

Le privilège privé en common law se limite aux relations juridiques professionnelles. Pour les autres relations, telles les relations médecin-patient, pasteur-pénitent, journaliste-informateur et les relations entre conjoints, aucun privilège n'existe en l'absence de dispositions législatives. En Angleterre, par exemple, aucune disposition législative n'accorde de privilège général pour les communications médecin-patient, hormis quelques exceptions limitées en matières civiles; rien n'est non plus expressément prévu pour les communications entre conseillers et plaignantes victimes d'agression sexuelle. La situation est identique en Écosse et en Irlande. La Nouvelle-Zélande et les États de Victoria et de Tasmanie ainsi que le Territoire du Nord en Australie ont décrété qu'en matière civile les communications entre les médecins et leurs patients étaient privilégiées. La législation est, toutefois, muette en ce qui a trait aux communications relatives aux consultations psychologiques en matière d'agression sexuelle et la jurisprudence n'a pas étendu les privilèges existants à ce type de communications.

Dans ces pays du Commonwealth, c'est l'immunité de droit public (appelée anciennement privilège de la Couronne) qui permet, à titre subsidiaire, d'empêcher qu'une preuve pertinente soit divul-

48

49

50

admissible when considerations of public policy are found to be more important than the full disclosure of facts. See *D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1978] A.C. 171 (H.L.); *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. v. Customs and Excise Commissioners (No. 2)*, [1974] A.C. 405 (H.L.), and *Rogers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388 (H.L.). The immunity is founded in the common law; it is not a creature of statute. It gives protection to state interests, reports of proceedings in Parliament, police matters and other confidential subjects, including educational records, social worker logs and medical documents: see *Campbell v. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1982] 1 Q.B. 1065 (C.A.); and *Gaskin v. Liverpool City Council*, [1980] 1 W.L.R. 1549 (C.A.).

⁵¹ In the criminal law context, public interest immunity cannot prevent the disclosure or bar the admissibility of documents that can enable the accused to resist an allegation of crime or to establish innocence: see *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624 (H.L.). In that respect, English courts have held that the public interest in ensuring a fair trial for a defendant outweighs the interest in protecting such confidential records if their disclosure is necessary for the defendant's full answer and defence. See, in the context of governmental documents, *R. v. Governor of Brixton Prison, Ex parte Osman*, [1991] 1 W.L.R. 281 (Q.B.); concerning the identity of police informants, *R. v. Agar*, [1990] 2 All E.R. 442 (C.A.); and in the context of social worker logs, *Re M (A Minor) (Disclosure of Material)*, [1990] 2 F.L.R. 36 (C.A.). See also Rachel Langdale and Simeon Maskrey, "Public Interest Immunity: Disclosure of Social Work Records" (1994), 24 *Fam. L.* 513.

⁵² Courts of Commonwealth countries have not addressed the issue of whether private records of sexual assault complainants must be disclosed in criminal proceedings. However, given how this issue has been decided in other contexts, it is doubtful that public interest immunity would bar

guée ou jugée recevable lorsque des considérations d'ordre public sont considérées plus importantes que la divulgation complète des faits. Voir *D. c. National Society for the Prevention of Cruelty to Children*, [1978] A.C. 171 (H.L.); *Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. c. Customs and Excise Commissioners (No. 2)*, [1974] A.C. 405 (H.L.), et *Rogers c. Home Secretary*, [1973] A.C. 388 (H.L.). Cette immunité tire son fondement de la common law et non de la législation; elle protège les intérêts étatiques, les rapports des délibérations au Parlement, les affaires de police et autres sujets confidentiels, dont les dossiers pédagogiques, les notations des travailleurs sociaux et les documents médicaux: voir *Campbell c. Tameside Metropolitan Borough Council*, [1982] 1 Q.B. 1065 (C.A.), et *Gaskin c. Liverpool City Council*, [1980] 1 W.L.R. 1549 (C.A.).

En matière criminelle, l'immunité de droit public ne peut empêcher la divulgation ou entraîner l'irrecevabilité de documents susceptibles de permettre à l'accusé de réfuter une allégation de crime ou d'établir son innocence: voir *Duncan c. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624 (H.L.). À cet égard, les tribunaux anglais ont statué que l'intérêt du public d'assurer au défendeur un procès équitable avait préséance sur l'intérêt de protéger de tels dossiers confidentiels si leur divulgation est nécessaire à la défense pleine et entière du défendeur. Voir, dans le contexte de documents gouvernementaux, *R. c. Governor of Brixton Prison, Ex parte Osman*, [1991] 1 W.L.R. 281 (Q.B.); concernant l'identité d'indicateurs de police, *R. c. Agar*, [1990] 2 All E.R. 442 (C.A.); et dans le contexte de notations de travailleurs sociaux, *Re M (A Minor) (Disclosure of Material)*, [1990] 2 F.L.R. 36 (C.A.). Voir également Rachel Langdale et Simeon Maskrey, «Public Interest Immunity: Disclosure of Social Work Records» (1994), 24 *Fam. L.* 513.

Les tribunaux des pays du Commonwealth n'ont pas examiné la question de savoir si les dossiers privés des plaignantes victimes d'agression sexuelle doivent être divulgués dans le cadre d'instances criminelles. Toutefois, étant donné la façon dont la question a été tranchée dans d'autres con-

disclosure of such records when the accused's guilt or innocence is at stake. In the general context of medical records, the Lord Chancellor in England made the following statement (reported at (1956) 197 H.L. Official Report (5th series), col. 745):

We also propose that if medical documents, or indeed other documents, are relevant to the defence in criminal proceedings, Crown privilege [public interest immunity] should not be claimed.

This statement was quoted with approval by Lord Reid in *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.), at p. 942. Therefore, in England at least, in criminal proceedings, it appears that the balance between the right to full answer and defence and the public policies supporting the recognition of a privilege for sexual assault counselling communications is likely to be struck in favour of the former.

With this background in mind, I now turn to the question raised by the appellants and the interveners: Whether, as a matter of law, private records of complainants in sexual assault criminal proceedings should, as a class, be considered privileged communications. In my view, they should not for the reasons that follow.

C. *Privilege for Private Records of Sexual Assault Complainants*

Under this heading, the appellants and the interveners who favour recognizing a class privilege at common law for communications between counsellors and sexual assault complainants raise five arguments. They can be summarized as follows: (1) sexual assault counselling relationships are based upon and depend on confidentiality; (2) without confidentiality, sexual assault victims will be deterred from seeking counselling; (3) the deterrent effect of disclosure which leads to under-reporting of sexual assault cases, undermines the effectiveness of the criminal justice system; (4) records of statements made in the course of sexual

textes, il est douteux que l'immunité de droit public empêcherait la divulgation de ces dossiers lorsque la culpabilité ou l'innocence de l'accusé est en jeu. Dans le contexte général des dossiers médicaux, le lord chancelier d'Angleterre a fait la déclaration suivante (rapportée à (1956) 197 H.L. Official Report (5th series), col. 745):

[TRADUCTION] Nous proposons également que si des documents médicaux ou autres documents sont pertinents pour la défense dans des instances criminelles, le privilège de la Couronne [immunité de droit public] ne puisse être revendiqué.

Cette déclaration a été reprise par lord Reid qui l'a fait sienne dans l'arrêt *Conway c. Rimmer*, [1968] A.C. 910 (H.L.), à la p. 942. Par conséquent, en Angleterre à tout le moins, il appert qu'en matière criminelle l'équilibre entre le droit à une défense pleine et entière et les considérations de politique judiciaire justifiant la reconnaissance d'un privilège pour les communications faites à un conseiller par une plaignante victime d'agression sexuelle penchera vraisemblablement en faveur du premier.

Ces considérations à l'esprit, j'en viens maintenant à la question que soulèvent les appelants et les intervenants: est-ce que, en droit, les dossiers privés des plaignantes dans les affaires d'agression sexuelle devraient, de manière générique, être considérés comme des communications privilégiées? À mon avis, ils ne le devraient pas pour les motifs qui suivent.

C. *Privilège relatif aux dossiers privés de plaignantes victimes d'agression sexuelle*

Sous cette rubrique, les appelants et les intervenants qui favorisent la reconnaissance en common law d'un privilège générique en faveur des communications entre conseillers et plaignantes victimes d'agression sexuelle soulèvent cinq arguments. Ils peuvent se résumer comme suit: (1) les services de consultation en matière d'agression sexuelle sont fondés sur la confidentialité et en dépendent; (2) en l'absence de confidentialité, les victimes d'agression sexuelle seront dissuadées d'avoir recours à des services de consultation; (3) l'effet dissuasif de la divulgation, qui entraîne la réduction du nombre de plaintes pour agression

53

54

assault counselling are both hearsay and inherently unreliable; and (5) the common law principles governing privilege need to be in step with *Charter* values. The appellants and the interveners elaborate on each of those arguments and their points are well taken.

sexuelle, mine l'efficacité du système de justice pénale; (4) les dossiers relatifs aux déclarations faites dans le cadre de consultations en matière d'agression sexuelle constituent du ouï-dire et ne sont en soi aucunement fiables; et (5) les principes de common law régissant les privilèges doivent être en harmonie avec les valeurs de la *Charte*. Les appelants et les intervenants élaborent sur chacun de ces arguments, et j'en prends bonne note.

55 Firstly, victims of sexual assaults are subject to the lingering and debilitating effects of sexual assault trauma syndrome. The sexual assault counsellors are specifically trained to help victims recover from sexual assault trauma syndrome. Sexual assault victims often take the first step to recovery by talking about the sexual assault experience in a non-judgmental and confidential atmosphere: see Kim E. Williamson, "Confidentiality of Sexual Assault Victim-Counselor Communication: A Proposed Model Statute" (1984), 26 *Ariz. L. Rev.* 461, at pp. 466-67; and Carrie J. Scarneas, "Rape Victim-Rape Crisis Counselor Communications: A New Testimonial Privilege" (1982), 86 *Dick. L. Rev.* 539, at pp. 543-44.

Premièrement, les victimes d'agression sexuelle subissent les effets persistants et débilissants d'un syndrome d'assaut sexuel traumatique. Les conseillers en matière d'agression sexuelle sont spécifiquement formés pour aider les victimes à se remettre de ce traumatisme. Les victimes d'agression sexuelle font souvent le premier pas vers leur rétablissement en parlant en toute confidentialité de leur expérience d'agression sexuelle dans une atmosphère où elles savent qu'elles ne seront pas jugées: voir Kim E. Williamson, «Confidentiality of Sexual Assault Victim-Counselor Communication: A Proposed Model Statute» (1984), 26 *Ariz. L. Rev.* 461, aux pp. 466 et 467; et Carrie J. Scarneas, «Rape Victim-Rape Crisis Counselor Communications: A New Testimonial Privilege» (1982), 86 *Dick L. Rev.* 539, aux pp. 543 et 544.

56 Confidentiality in sexual assault counselling is essential in creating the sense of security necessary to encourage the free flow of discussion which is crucial to the victim's recovery. Unless the victim is guaranteed confidentiality she will be inhibited in her discussions and unable to receive the full benefits of counselling: see Michael Laurence, in "Rape Victim-Crisis Counselor Communications: An Argument for an Absolute Privilege" (1984), 17 *U.C. Davis L. Rev.* 1213, at pp. 1223-24.

Lors de consultations psychologiques par suite d'agression sexuelle, la confidentialité est essentielle à la création d'un sentiment de sécurité nécessaire pour favoriser la libre discussion cruciale pour le rétablissement de la victime. À moins que la confidentialité ne lui soit garantie, la victime sera inhibée dans ses discussions et ne pourra bénéficier pleinement des services de consultation: voir Michael Laurence, «Rape Victim-Crisis Counselor Communications: An Argument for an Absolute Privilege» (1984), 17 *U.C. Davis L. Rev.* 1213, aux pp. 1223 et 1224.

57 Secondly, without the assurance of confidentiality, sexual assault victims will be more likely to be deterred from seeking counselling or from divulging all the information to their counsellors. This deterrent effect of disclosure is not only detrimental to the victims but also to society as a whole. In *R. v. Osolin*, [1993] 4 S.C.R. 595, I made the fol-

Deuxièmement, sans une assurance de confidentialité, les victimes d'agression sexuelle seront vraisemblablement moins encouragées à demander assistance ou à révéler tous les renseignements à leurs conseillers. Cet effet dissuasif de la divulgation nuit non seulement aux victimes, mais aussi à l'ensemble de la société. Dans l'arrêt *R. c. Osolin*,

lowing observation regarding the disclosure of medical records (at p. 622):

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.

Thirdly, this deterrent effect has further repercussions on the functioning of the criminal legal process. Because sexual assault counselling and therapy may lead victims to report the crime to the authorities, anything that deters victims from seeking treatment will accentuate the under-reporting of offences. This Court has recognized that chronic under-reporting of sexual assault cases undermines the effectiveness of the criminal justice system. See, in the context of publication bans, *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122, at pp. 131-32; and, in the context of sexual assaults, *Seaboyer, supra*, at pp. 649-50, *per* L'Heureux-Dubé J., dissenting but not on this point, and *R. v. L. (D.O.)*, [1993] 4 S.C.R. 419, at pp. 441-42, *per* L'Heureux-Dubé J. for the Court in the result.

According to Statistics Canada, only six percent of the sexual assaults surveyed in 1993 were reported to the police. Fear of the attitudes likely to be shown by the police and the courts toward complainants continues to deter significant numbers of women from reporting. See J. Roberts, "Criminal Justice Processing of Sexual Assault Cases" (1994), 14:7 *Juristat* 1; see also Canadian Panel on Violence Against Women, *Changing the Landscape: Ending Violence — Achieving Equality* (1993), at pp. 28-29.

The legal system has a direct and vital interest in promoting the reporting of sexual assaults. It is important to recognize the impact that procedural and substantive rules have upon the resolve of sex-

[1993] 4 R.C.S. 595, j'ai fait l'observation suivante concernant la divulgation de dossiers médicaux (à la p. 622):

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.

Troisièmement, cet effet dissuasif a des repercussions additionnelles sur le fonctionnement du processus de justice pénale. Étant donné que la consultation et la thérapie suite à une agression sexuelle peuvent conduire les victimes à signaler le crime aux autorités, tout ce qui dissuade les victimes de se faire traiter augmentera le nombre des infractions non signalées. Notre Cour a reconnu que la sous-dénonciation chronique des affaires d'agression sexuelle mine l'efficacité du système de justice pénale. Voir, dans le contexte des interdictions de publication, *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122, aux pp. 131 et 132; et, en matière d'agression sexuelle, *Seaboyer*, précité, aux pp. 649 et 650, le juge L'Heureux-Dubé, dissidente mais non sur ce point, et *R. c. L. (D.O.)*, [1993] 4 R.C.S. 419, aux pp. 441 et 442, le juge L'Heureux-Dubé au nom de la Cour quant au résultat.

Selon Statistique Canada, seulement six pour cent des agressions sexuelles passées en revue lors de l'enquête de 1993 furent rapportées à la police. La peur de l'attitude de la police et des tribunaux envers les plaignantes continue de dissuader un nombre important de femmes de dénoncer ces agressions. Voir J. Roberts, «L'administration de la justice pénale dans les cas d'agression sexuelle» (1994), 14:7 *Juristat* 1; voir également Comité canadien sur la violence faite aux femmes, *Un nouvel horizon: éliminer la violence — atteindre l'égalité* (1993), aux pp. 31 et 32.

Le système juridique a un intérêt direct et vital à encourager la dénonciation des cas d'agression sexuelle. Il est important de reconnaître l'impact qu'ont les règles de fond et de procédure sur la

58

59

60

ual assault victims to obtain treatment and upon the reporting of crimes of this nature. Therefore, the societal importance of the relationships between counsellors and sexual assault complainants necessarily goes beyond the benefit to the victims; it is also vitally linked to the effectiveness of the criminal justice system to deal with sexual assault crimes.

61 As a fourth point, the appellants and the interveners note that records of statements made in the course of medical or therapeutic treatments are both hearsay and inherently unreliable (see *Osofin, supra*, at pp. 622-23). The information given by sexual assault victims expressed in the course of counselling sessions constitutes second-hand communications. The rule against hearsay evidence requires that such communications be considered inadmissible at trial because of its lack of trustworthiness. The same reasoning supports the conclusion that private records of sexual assault complainants ought not to be produced or serve as a basis for the defence.

62 These records are inherently unreliable because they were gathered in a medical or therapeutic treatment context: see Marilyn T. MacCrimmon and Christine Boyle, "Equality, Fairness and Relevance: Disclosure of Therapists' Records in Sexual Assault Trials", in Canadian Institute for the Administration of Justice, *Filtering and Analyzing Evidence in an Age of Diversity* (1995), 81, at pp. 103-5. The questions asked by sexual assault counsellors encompass more than the particular events in issue at trial; they include a wide range of elements such as personal history, thoughts, emotions and other irrelevant information. In fact, sexual assault counsellors' records are prepared for the sole purpose of assisting counselling, not for the purpose of establishing accurate historical records for criminal proceedings. Further, private records do not necessarily represent the precise words spoken by the sexual assault complainants. Even if they did, the records would not qualify as state-

décision des victimes d'agression sexuelle d'obtenir un traitement et sur le signalement des crimes de cette nature. Par conséquent, l'importance pour la société des relations entre les conseillers et les plaignantes victimes d'agression sexuelle va nécessairement au-delà du bénéfice qu'en tirent les victimes; elle est également intimement liée à la capacité du système de justice pénale de répondre aux crimes d'agression sexuelle.

En quatrième lieu, les appelants et les intervenants soulignent que les dossiers relatifs aux déclarations faites dans le cadre de traitements médicaux ou thérapeutiques constituent du ouï-dire et ne sont en soi aucunement fiables (voir *Osofin*, précité, aux pp. 622 et 623). Les renseignements fournis par des victimes d'agression sexuelle lors de séances de consultation constituent des communications de seconde main. Suivant la règle d'exclusion de la preuve par ouï-dire, ces communications doivent être considérées comme inadmissibles au procès vu leur manque de véracité. Le même raisonnement étaye la conclusion selon laquelle les dossiers privés des plaignantes victimes d'agression sexuelle ne doivent pas être produits ou servir de fondement aux moyens de défense.

Ces dossiers ne sont en soi aucunement fiables parce qu'ils ont été préparés dans un contexte de traitement médical ou thérapeutique: voir Marilyn T. MacCrimmon et Christine Boyle, «Equality, Fairness and Relevance: Disclosure of Therapists' Records in Sexual Assault Trials», dans Institut canadien d'administration de la justice, *La recevabilité et l'appréciation de la preuve dans un monde complexe* (1995), 81, aux pp. 103 à 105. Les questions que posent les conseillers en matière d'agression sexuelle vont au-delà des événements spécifiquement en cause au procès; elles regroupent une vaste gamme d'éléments, tels l'historique personnel, les pensées, les émotions et toute autre information non pertinente. En fait, les dossiers des conseillers en matière d'agression sexuelle sont préparés aux seules fins de la consultation et non afin d'établir un compte rendu historique fidèle en vue de procédures criminelles. De plus, les dossiers privés ne consistent pas nécessairement les

ments under s. 10(1) of the *Canada Evidence Act*, unless the complainants reviewed and ratified the content of the records. As well, sexual assault counselling records are not necessarily prepared contemporaneously with the counselling session, or even immediately afterwards. As a result, the reliability or even the relevance of private records relating to sexual assault complainants are highly questionable.

Finally, the common law principles governing privilege must be consistent with the constitutional values enshrined in the *Charter*: see Marilyn T. MacCrimmon, "Developments in the Law of Evidence: The 1991-92 Term: Truth, Fairness and Equality" (1993), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 225, at pp. 258-59. As regards private records of sexual assault complainants, these values include the complainant's privacy and equality interests. In *Gruenke*, *supra*, Lamer C.J.'s analysis of a case-by-case privilege in favour of communications made in confidence to a pastor was informed by the right to freedom of religion in s. 2(a) and by the multicultural interpretation clause in s. 27 of the *Charter*. He wrote at pp. 290-91:

The Wigmore criteria will be informed both by the *Charter* guarantee of freedom of religion and by the general interpretative statement in s. 27 of the *Charter*...

In applying the Wigmore criteria to particular cases, both s. 2(a) and s. 27 must be kept in mind. This means that the case-by-case analysis must begin with a "non-denominational" approach. The fact that the communications were not made to an ordained priest or minister or that they did not constitute a formal confession will not bar the possibility of the communications' being excluded. All of the relevant circumstances must be considered and the Wigmore criteria applied in a manner which is sensitive to the fact of Canada's multicultural heritage.

paroles exactes des plaignantes victimes d'agression sexuelle. Même si c'était le cas, ils ne constitueraient pas des déclarations au sens du par. 10(1) de la *Loi sur la preuve au Canada*, à moins que la plaignante n'en ait revu et approuvé le contenu. De plus, les dossiers en matière d'agressions sexuelles ne sont pas nécessairement préparés au moment de la consultation, ou même immédiatement après. Il en résulte que la fiabilité, voire même la pertinence des dossiers privés relatifs aux plaignantes victimes d'agression sexuelle est fort douteuse.

Enfin, les principes de common law en matière de privilège doivent être compatibles avec les valeurs constitutionnelles enchâssées dans la *Charte*: voir Marilyn T. MacCrimmon, «Developments in the Law of Evidence: The 1991-92 Term: Truth, Fairness and Equality» (1993), 4 *Sup. Ct. L. Rev.* (2d) 225, aux pp. 258 et 259. En ce qui a trait aux dossiers privés des plaignantes victimes d'agression sexuelle, ces valeurs comprennent l'intérêt des plaignantes à la protection de leur vie privée et à l'égalité. Dans l'arrêt *Gruenke*, précité, l'analyse du juge en chef Lamer d'un privilège fondé sur les circonstances particulières à chaque cas en faveur de communications faites confidentiellement à un pasteur s'est inspirée du droit à la liberté de religion, garanti à l'al. 2a), et de la clause d'interprétation multiculturelle à l'art. 27 de la *Charte*. Il a écrit aux pp. 290 et 291:

Le critère de Wigmore s'inspirera à la fois de la liberté de religion garantie par la *Charte* et de la déclaration d'interprétation générale de l'art. 27 de la *Charte*...

Pour appliquer le critère de Wigmore à des cas particuliers, il faut garder à l'esprit l'al. 2a) et l'art. 27. Cela signifie que l'analyse de chaque cas doit commencer par l'adoption d'un point de vue «non confessionnel». Le fait que les communications n'ont pas été faites à un prêtre ou à un pasteur ordonné ou qu'elles ne constitueraient pas une confession formelle n'écartera pas la possibilité de les exclure. Il faut tenir compte de toutes les circonstances pertinentes et le critère de Wigmore doit être appliqué d'une manière qui tient compte du patrimoine multiculturel du Canada.

See also *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449, at p. 540, where the Ontario Court of Appeal stated that the common law interpretation of privilege might have to be reconsidered in relation to the constitutional rights affected.

64

This is consistent with the approach adopted by this Court in *RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 S.C.R. 573, where McIntyre J. said at p. 603: "the judiciary ought to apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution". More recently, in *Dagenais*, *supra*, the Court had to consider the common law rule governing the issuance of publication bans in the context of conflicting constitutional rights, namely freedom of expression and the presumption of innocence. Lamer C.J., speaking for the majority of the Court, after relying on this *dicta* of McIntyre J., added (at p. 878):

I am, therefore, of the view that it is necessary to reformulate the common law rule governing the issuance of publication bans in a manner that reflects the principles of the *Charter*. Given that publication bans, by their very definition, curtail the freedom of expression of third parties, I believe that the common law rule must be adapted so as to require a consideration both of the objectives of a publication ban, and the proportionality of the ban to its effect on protected *Charter* rights.

See also *Hill v. Church of Scientology of Toronto*, [1995] 2 S.C.R. 1130, at paras. 95-97, *per* Cory J. for the Court in the result, and at para. 206, *per* L'Heureux-Dubé J., concurring; *R. v. Park*, [1995] 2 S.C.R. 836, at para. 51, *per* L'Heureux-Dubé J. for the Court in the result; and *Salituro*, *supra*, at p. 675.

65

As can be seen from the above discussion, there are strong arguments of public policy which militate in favour of protecting the confidentiality of counsellor-sexual assault complainant communications in criminal trials. They do not, however, necessarily support the recognition of a class privilege in favour of private records. There are many ave-

Voir également *Re Church of Scientology and The Queen (No. 6)* (1987), 31 C.C.C. (3d) 449, à la p. 540, où la Cour d'appel de l'Ontario a déclaré que l'interprétation en common law du privilège devrait peut-être être réexaminée au regard des droits constitutionnels en cause.

Ceci est conforme au point de vue adopté par notre Cour dans l'arrêt *SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573, où le juge McIntyre a observé à la p. 603: «le judiciaire devrait expliquer et développer des principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution». Plus récemment, dans l'arrêt *Dagenais*, précité, la Cour devait examiner la règle de common law régissant les ordonnances de non-publication dans le contexte de droits constitutionnels opposés, soit la liberté d'expression et la présomption d'innocence. Exprimant l'opinion majoritaire de la Cour, le juge en chef Lamer, après avoir cité l'*obiter dictum* du juge McIntyre, a ajouté ceci (à la p. 878):

Je suis par conséquent d'avis qu'il est nécessaire de reformuler la règle de common law en matière d'ordonnance de non-publication de manière à la rendre compatible avec les principes de la *Charte*. Puisque, par définition même, les ordonnances de non-publication restreignent la liberté d'expression de tiers, j'estime que la règle de common law doit être adaptée de façon à exiger l'examen, d'une part, des objectifs de l'ordonnance de non-publication et, d'autre part, de la proportionnalité de l'ordonnance quant à ses effets sur les droits garantis par la *Charte*.

Voir également *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, [1995] 2 R.C.S. 1130, aux par. 95 à 97, le juge Cory au nom de la Cour quant au résultat, et au par. 206, le juge L'Heureux-Dubé, souscrivant aux motifs; *R. c. Park*, [1995] 2 R.C.S. 836, au par. 51, le juge L'Heureux-Dubé au nom de la Cour quant au résultat; et *Salituro*, précité, à la p. 675.

Ainsi qu'il appert de l'examen qui précède, de puissants arguments de politique judiciaire militent en faveur de la protection, dans les procès criminels, de la confidentialité des communications entre conseillers et plaignantes victimes d'agression sexuelle. Ils ne justifient toutefois pas nécessairement la reconnaissance d'un privilège généré-

nues open to prevent production of such records if the need arises. Hearsay and irrelevance constitute one of these avenues; as discussed in *R. v. O'Connor*, [1995] 4 S.C.R. 411, released concurrently, the balancing of competing constitutional rights is another avenue, to which I will return later. The recognition of a class privilege for private records is not, in my view, the proper approach and I agree with the reasoning advanced by the Attorney General of Manitoba in this respect. Generally, class privilege presents many impediments to the proper administration of justice and, for that reason, has not been favoured in Canada and elsewhere in criminal trials. A class privilege is a complete bar to the information contained in such records, whether or not relevant, and the onus to override it is a heavy one indeed. The particular concerns raised by the recognition of a class privilege in favour of private records in criminal law relate to: (1) the truth-finding process of our adversarial trial procedure; (2) the possible relevance of some private records; (3) the accused's right to make full answer and defence; (4) the categories of actors included in a class privilege; and (5) the experience of other countries.

The principal aim of our adversarial trial process is the search for the truth. In order for justice to be rendered, the judicial system must have the right to all relevant information: see Pierre Tessier, «La vérité et la justice» (1988), 19 *R.G.D.* 29, at p. 32. This is the foundation of the requirement that everyone must testify in court if requested by subpoena and, in civil cases, of the rules relating to the disclosure of documents in the pre-trial discovery process. Accordingly, relevant information is presumptively admissible and subject to disclosure, while the recognition of privilege is confined to limited communications. In that respect, Professor Mewett, in *Witnesses* (1991), makes the following observations at p. 15-2:

rique en faveur des dossiers privés. Il existe en effet plusieurs moyens d'empêcher la production de tels dossiers si cela s'avère nécessaire. Le ouï-dire et la non-pertinence sont de ceux-là, ainsi que la pondération des droits constitutionnels opposés; tel que discuté dans l'arrêt *R. c. O'Connor*, [1995] 4 R.C.S. 411, rendu simultanément, point sur lequel je reviendrai plus loin. La reconnaissance d'un privilège générique pour les dossiers privés n'est donc pas, à mon avis, la démarche qu'il convient de suivre et je suis d'accord avec le raisonnement du procureur général du Manitoba à cet égard. Généralement, un privilège générique gêne à plusieurs égards l'administration de la justice et, pour cette raison, il ne connaît pas la faveur au Canada et ailleurs dans les procès criminels. Un privilège générique constitue une entrave complète aux renseignements contenus dans ce type de dossiers, peu importe leur pertinence, et le fardeau de preuve pour en contester l'application est onéreux. La reconnaissance en droit criminel d'un privilège générique en faveur de dossiers privés soulève les préoccupations suivantes: (1) le processus de recherche de la vérité de notre procédure judiciaire contradictoire; (2) la pertinence possible de certains dossiers privés; (3) le droit de l'accusé à une défense pleine et entière; (4) les catégories d'acteurs inclus dans un privilège générique; et (5) l'expérience d'autres pays.

Notre système judiciaire contradictoire a pour but principal la recherche de la vérité. Afin que justice soit rendue, le système judiciaire doit pouvoir disposer de toutes les informations pertinentes: voir Pierre Tessier, «La vérité et la justice» (1988), 19 *R.G.D.* 29, à la p. 32. C'est là le fondement de l'obligation voulant que tous doivent témoigner devant le tribunal s'ils y sont assignés par subpoena et, en matière civile, de la règle relative à la divulgation de documents au moment de la communication préalable de la preuve. En conséquence, l'information pertinente est présumée admissible et sujette à divulgation, alors que la reconnaissance d'un privilège est limitée à certaines communications restreintes. À cet égard, dans *Witnesses* (1991), le professeur Mewett fait les observations suivantes, à la p. 15-2:

[T]he objective of all testimony is the eliciting of information from which conclusions may be drawn. It is therefore fundamental to the litigation process that the court or other tribunal have available to it all relevant evidence, unless some other social value is perceived to exist that takes priority over the ascertainment of the truth. All claims of privilege hinder the search for the truth since they result in the concealment of what may be helpful and, indeed, crucial information. It is not surprising, therefore, that claims to privilege should be carefully scrutinised by the courts and only rarely upheld. [Emphasis added.]

See also S. A. Tacon, "A Question of Privilege: Valid Protection or Obstruction of Justice?" (1979), 17 *Osgoode Hall L.J.* 332; and Beverley McLachlin (now of this Court), "Confidential Communications and the Law of Privilege" (1977), 11 *U.B.C. L. Rev.* 266.

[TRADUCTION] [D]ans tout témoignage, l'objectif est d'obtenir des éléments d'information susceptibles de permettre de tirer des conclusions. Il est donc essentiel au débat que le tribunal judiciaire ou autre dispose de toute la preuve pertinente, à moins que d'autres valeurs sociales soient perçues comme étant prioritaires à l'établissement de la vérité. Toute demande de privilège fait obstacle à la recherche de la vérité étant donné qu'elle a pour effet de dissimuler de l'information qui peut être utile, voire même cruciale. Aussi ne faut-il pas s'étonner que les tribunaux examinent attentivement les demandes de privilège et ne les accordent que rarement. [Je souligne.]

Voir également S. A. Tacon, «A Question of Privilege: Valid Protection or Obstruction of Justice?» (1979), 17 *Osgoode Hall L.J.* 332; et Beverley McLachlin (maintenant juge de notre Cour), «Confidential Communications and the Law of Privilege» (1977), 11 *U.B.C. L. Rev.* 266.

67

Even if most private records relating to sexual assault complainants are generally irrelevant, some of them can contain information which may be "likely to be relevant either to an issue in the trial or to the competence to testify of the subject of the records" (see *O'Connor, supra*, at para. 134). The recognition of a class privilege for communications that can contain highly relevant information in criminal proceedings must be limited to situations where the other social interests are indubitably "compelling" (see *Gruenke, supra*, at p. 288). The recognition of a class privilege in favour of private records relating to sexual assault complainants would be a complete bar to the production and disclosure of the information contained therein, irrespective of its relevance. Because there can be instances where private records will be likely relevant, either to an issue in the proceedings or to the competence of the witness to testify, class privilege does not constitute the proper legal doctrine to govern the issue of production of private records held by third parties.

Même si la plupart des dossiers privés relatifs aux plaignantes victimes d'agression sexuelle sont généralement non pertinents, certains d'entre eux peuvent contenir des renseignements «susceptibles de se rapporter soit à une question en litige dans l'instance soit à l'habilité à témoigner de la personne visée par les dossiers» (voir l'arrêt *O'Connor*, précité, au par. 134). La reconnaissance d'un privilège générique pour les communications pouvant contenir des renseignements hautement pertinents dans des procédures criminelles doit se limiter aux situations où les autres intérêts sociaux sont incontestablement «sérieux» (voir l'arrêt *Gruenke*, précité, à la p. 288). Dans le cas des plaignantes victimes d'agression sexuelle, la reconnaissance d'un tel privilège écarterait complètement la production et la divulgation des renseignements qui y sont contenus, quelle que soit leur pertinence. Étant donné qu'il peut y avoir des cas où les dossiers privés seront susceptibles de se rapporter soit à une question en litige dans l'instance soit à l'habilité à témoigner, le privilège générique n'est pas la doctrine légale qu'il convient d'appliquer pour régir la question de la production des dossiers privés en la possession de tiers.

68

As a third point related to the possible relevancy of private records of sexual assault complainants,

Troisième point relié à la possible pertinence des dossiers privés relatifs aux plaignantes vic-

the accused's right to make full answer and defence militates against the recognition of class privilege in criminal proceedings. Privilege constitutes a limit upon the truth-finding principle of our justice system and, consequently, may impair the accused's full enjoyment of his or her right to respond to criminal accusations.

When the enforcement of a privilege means that the accused will be limited as to his or her right to make full answer and defence to criminal accusations, this Court has strongly tended to favour disclosure. The informer privilege, for instance, will be set aside if the confidential material can demonstrate the innocence of an accused person: see *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at pp. 995-96, per Cory J. for the majority; and *Bisaillon v. Keable*, [1983] 2 S.C.R. 60, at p. 93. Even the solicitor-client privilege, which has been elevated to a "fundamental civil and legal right" (see *Geffen v. Goodman Estate*, [1991] 2 S.C.R. 353, at p. 383, per Wilson J.; and *Solosky v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 821, at p. 839), will be overridden to allow the accused to make full answer and defence to criminal charges: see *Seaboyer, supra*, at p. 607, per McLachlin J. for the majority; and *R. v. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (Ont. C.A.), at pp. 43-45.

At common law, the main condition for a class privilege to be recognized in favour of certain communications is that the category of actors be limited to specific people. The solicitor-client class privilege, for example, involves definite actors: one is a qualified lawyer and the other is the client. In that regard, John Sopinka (of this Court), Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant, in *The Law of Evidence in Canada* (1992), remark at p. 649:

The protection [of the privilege], however, does not extend to communications with persons who are not duly qualified legal advisers even though the advice they might give is legal in nature.

times d'agression sexuelle, le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière milite contre la reconnaissance d'un privilège générique en matière criminelle. Le privilège constitue une restriction au principe de la recherche de la vérité sous-jacent à notre système de justice et conséquemment, il peut porter atteinte à la capacité de l'accusé de jouir pleinement de son droit de répondre à une accusation criminelle.

Lorsque la reconnaissance d'un privilège signifie que sera limité le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière à une accusation criminelle, notre Cour a eu fortement tendance à favoriser la divulgation. Ainsi, le privilège relatif aux indicateurs de police sera écarté si les documents confidentiels peuvent démontrer l'innocence de la personne accusée: voir *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, aux pp. 995 et 996, le juge Cory au nom de la majorité; et *Bisaillon c. Keable*, [1983] 2 R.C.S. 60, à la p. 93. Même le secret professionnel de l'avocat, élevé au rang de «droit civil fondamental» (voir *Geffen c. Succession Goodman*, [1991] 2 R.C.S. 353, à la p. 383, le juge Wilson; et *Solosky c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 821, à la p. 839), sera écarté pour permettre à l'accusé de présenter une défense pleine et entière à des accusations criminelles: voir *Seaboyer*, précité, à la p. 607, le juge McLachlin au nom de la majorité; et *R. c. Dunbar and Logan* (1982), 68 C.C.C. (2d) 13 (C.A. Ont.), aux pp. 43 à 45.

En common law, la principale condition pour qu'un privilège générique soit reconnu en faveur de certaines communications est que la catégorie des acteurs visés soit restreinte. Ainsi, le secret professionnel de l'avocat fait intervenir des acteurs définis: l'avocat qualifié et le client. À cet égard, John Sopinka (de notre Cour), Sidney N. Lederman et Alan W. Bryant, font remarquer ceci dans *The Law of Evidence in Canada* (1992), à la p. 649:

[TRADUCTION] La protection [du privilège], toutefois, ne s'étend pas aux communications avec des personnes qui ne sont pas des conseillers juridiques dûment qualifiés, même si les conseils qu'elles peuvent donner sont d'ordre juridique.

69

70

71

By contrast, the category of actors involved in sexual assault counselling relationships is not restricted to a defined group of qualified professionals and their clients. Whereas counselling in such cases may be provided by medical professionals, such as physicians, psychiatrists and psychologists, sexual assault complainants may also resort to community resources, sexual assault crisis centres, pastors, parents, friends, etc. To extend a class privilege to all these interveners might mean that information gathered in group therapy or communications relating to mental health exchanged on pay-per-call telephone service lines could attract such privilege. At common law, as it now exists, such a wide category of actors militates against the recognition of a class privilege since it would considerably limit the defense and close avenues of information which the search for the truth and justice may warrant in some circumstances.

Par contre, la catégorie d'acteurs que met en cause une relation de consultation socio-psychologique en matière d'agression sexuelle n'est pas restreinte à un groupe défini de professionnels qualifiés et leurs clients. Bien que les services de consultation socio-psychologique en pareils cas puissent être fournis par des professionnels de la médecine, tels des médecins, des psychiatres et des psychologues, les plaignantes peuvent également avoir recours aux ressources communautaires, aux centres d'urgence en matière d'agression sexuelle, aux pasteurs, aux parents, aux amis, etc. Élargir un privilège générique en faveur de tous ces intervenants pourrait signifier que les renseignements recueillis dans des thérapies de groupe ou les communications liées à la santé mentale échangées par l'entremise de services téléphoniques payants pourraient bénéficier du privilège. Or dans l'état actuel de la common law, une catégorie aussi étendue d'acteurs en cause milite contre la reconnaissance d'un privilège générique, étant donné que celui-ci limiterait considérablement les moyens de défense et préviendrait l'obtention d'informations qui seraient, dans certaines circonstances, justifiées aux fins de la recherche de la vérité et de la justice.

72

In the context of privileged communications for psychotherapist-patient relationships, which are very similar to sexual assault counselling relationships, Catharina J. H. Dubbelday, in "The Psychotherapist-Client Testimonial Privilege: Defining the Professional Involved" (1985), 34 *Emory L.J.* 777, makes these observations at p. 812:

In the case of doctors, lawyers, and spouses, determining the individual to whom communications are privileged is usually not difficult because of state regulation of these professions and relationships. In the case of clergymen, courts look to the tenets of the clergyman's faith for assistance when definitional problems arise. In the context of the psychotherapist-client privilege, however, determining who is a "psychotherapist" is a problem that is not easily resolved. On the one hand, the strong policy considerations supporting a psychotherapist-client privilege do not seem to apply only to clients of licensed individuals. On the other hand, the court's need for truth will not permit a privilege that is

Dans le contexte des communications privilégiées dans le cadre des relations psychothérapeute-patient, qui sont très semblables aux relations de consultation socio-psychologique en matière d'agression sexuelle, Catharina J. H. Dubbelday fait les observations suivantes dans «The Psychotherapist-Client Testimonial Privilege: Defining the Professional Involved» (1985), 34 *Emory L.J.* 777, à la p. 812:

[TRADUCTION] Dans le cas des médecins, des avocats et des conjoints, il n'est habituellement pas difficile de déterminer envers qui les communications sont privilégiées en raison de la réglementation étatique. Dans le cas des membres du clergé, les tribunaux s'en reportent aux préceptes de leur foi s'il se présente un problème de délimitation. Toutefois, dans le contexte du privilège psychothérapeute-client, la question de savoir qui est un «psychothérapeute» pose un problème qu'il n'est pas aisé de résoudre. D'une part, les importantes considérations de principe justifiant la reconnaissance d'un tel privilège ne semblent pas s'appliquer uniquement aux clients de professionnels qualifiés. D'autre part, l'impé-

so broad that almost every communication to any individual is covered. [Emphasis added.]

See also Kerry L. Morse, "A Uniform Testimonial Privilege for Mental Health Professionals" (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 741, at p. 745.

Lastly, a review of the position of other common law countries demonstrates that, in criminal proceedings, a class (or absolute) privilege for counsellor-sexual assault complainant communications is not generally supported. In the United States, no privilege exists at common law for sexual assault counselling communications and although many states have enacted a statutory class privilege for such communications, many of these absolute privileges have been struck down as unconstitutional by state courts on the basis that they infringe upon defendants' rights as guaranteed by the Sixth and Fourteenth Amendments: see *In re Robert H.*, *supra*; *Commonwealth v. Two Juveniles*, *supra*; *Commonwealth v. Samuels*, *supra*; and *Advisory Opinion to the House of Representatives*, *supra*. In Commonwealth countries, such as England, Scotland, Ireland, New Zealand and Australia, no private privilege exists, at common law or under statutory law, for communications between counsellors and sexual assault complainants. Where limited doctor-patient privileges exist, they are restricted to civil proceedings and have not been extended to cover sexual assault counselling communications. Public interest immunity in Commonwealth countries is different from class privilege as it exists in Canada. It is decided on an *ad hoc* basis and is more analogous to case-by-case privilege.

In the end, balancing those arguments, I am of the view that recognizing a class privilege in criminal trials for private records relating to sexual assault complainants is not the best way to serve the interests of justice. As argued by the appellants and the interveners, there are strong public policy considerations which may favour non-production

ratif judiciaire de recherche de la vérité ne permettra pas la reconnaissance d'un privilège si large qu'il couvrirait la presque totalité des communications faites à toute personne. [Je souligne.]

Voir également Kerry L. Morse, «A Uniform Testimonial Privilege for Mental Health Professionals» (1990), 51 *Ohio St. L.J.* 741, à la p. 745.

Enfin, un examen de la position adoptée dans d'autres pays de common law démontre que, de façon générale, on ne reconnaît pas, en matière criminelle, de privilège générique (ou absolu) relatif aux communications entre une plaignante victime d'agression sexuelle et son conseiller. Aux États-Unis, aucun privilège n'existe en common law pour ce type de communications et bien que de nombreux États aient créé par voie législative un privilège générique pour ces communications, plusieurs de ces privilèges absolus ont été déclarés inconstitutionnels par les tribunaux des États au motif qu'ils portent atteinte aux droits garantis aux défendeurs par les Sixième et Quatorzième amendements: voir *In re Robert H.*, précité; *Commonwealth c. Two Juveniles*, précité; *Commonwealth c. Samuels*, précité; et *Advisory Opinion to the House of Representatives*, précité. Dans les pays du Commonwealth tels l'Angleterre, l'Écosse, l'Irlande, la Nouvelle-Zélande et l'Australie, aucun privilège privé n'existe, en common law ou dans la législation, pour les communications entre conseillers et plaignantes victimes d'agression sexuelle. Lorsqu'un privilège limité médecin-patient existe, il est restreint aux procédures civiles et n'a pas été étendu aux communications relatives aux consultations pour agression sexuelle. Quant à l'immunité de droit public reconnue dans les pays du Commonwealth, elle diffère du privilège générique tel qu'il existe au Canada. Elle est établie de façon *ad hoc* et s'apparente davantage au privilège fondé sur les circonstances particulières à chaque cas.

En définitive, après avoir soupesé ces arguments, je suis d'avis que ce n'est pas en reconnaissant, dans les procès criminels, un privilège générique pour les dossiers privés relatifs aux plaignantes victimes d'agression sexuelle que les intérêts de la justice seront le mieux servis. Certes, comme l'ont fait valoir les appelants et les interve-

of private records relating to sexual assault complainants in criminal trials, but on balance, I conclude that class privilege is not the avenue which should govern the extent of production of private records held by third parties in criminal trials.

75

This does not mean, however, that the granting of a case-by-case privilege may not be appropriate in some circumstances, where the Wigmore criteria are met. The determination of whether such a privilege ought to attach will, of course, depend on the facts of each case as they relate to the four Wigmore criteria. Given the nature of the relationship between counsellors and sexual assault complainants, the first three criteria will easily be met in most cases. As it appears from the foregoing discussion, such relationships are founded on trust and confidence, confidentiality is essential to their maintenance and the public fosters and supports these counselling relationships. The fourth criterion involves the balancing of the relative values which favour finding these records privileged with those which favour production, if, of course, the records are found to be likely relevant either to an issue in the proceedings or to the competence of the witness to testify (see *O'Connor, supra*). This is where the arguments for and against production, which I have discussed earlier, will be examined.

76

It must be remembered that the determination as to whether privilege should be granted in a particular case is based purely on public policy considerations; it does not involve the balancing of the complainant's *Charter* rights to privacy and equality with those of the accused to make full answer and defense. Even though the confidentiality of private records relating to sexual assault complainants does engage privacy and equality interests, the

il existe d'importantes considérations de politique judiciaire en faveur de la non-production, dans les procès criminels, de dossiers privés des plaignantes victimes d'agression sexuelle, mais tout compte fait, j'en viens à la conclusion que ce n'est pas par la voie du privilège générique qu'il convient de décider de la question de la production en matière criminelle de dossiers privés en la possession de tiers.

Cela ne veut pas dire, cependant, que l'octroi d'un privilège fondé sur les circonstances particulières à chaque cas ne soit pas indiqué dans certaines circonstances, lorsqu'il est satisfait au test de Wigmore. L'opportunité de reconnaître un tel privilège dépendra naturellement des faits de chaque cause eu égard aux quatre critères de Wigmore. Étant donné la nature de la relation entre conseillers et plaignantes victimes d'agression sexuelle, les trois premiers critères seront facilement satisfaits dans la plupart des cas. Ainsi qu'il appert de la discussion qui précède, ces relations se fondent sur la confiance, la confidentialité est essentielle à leur maintien et elles ont l'appui et le soutien du public. Le quatrième critère renvoie à la pondération des valeurs en jeu soit d'une part celles qui favorisent la reconnaissance d'un privilège en faveur de ces dossiers avec celles qui, d'autre part, militent en faveur de leur production dans la mesure, naturellement, où l'on juge qu'ils sont pertinents soit à une question en litige dans l'instance soit à l'habilité à témoigner (voir l'arrêt *O'Connor*, précité). C'est sous cet angle que les arguments favorables et défavorables à la production, dont j'ai déjà discuté, seront considérés.

On doit se rappeler que la décision d'accorder un privilège dans un cas donné se fonde uniquement sur des considérations de politique judiciaire; elle n'engage pas la pondération des droits de la plaignante à la protection de sa vie privée et à l'égalité, garantis par la *Charte*, avec ceux de l'accusé de présenter une défense pleine et entière. Bien que la confidentialité de dossiers privés relatifs aux plaignantes victimes d'agression sexuelle mette effectivement en cause des intérêts liés à la vie privée et à l'égalité, la revendication de droits

assertion of constitutional rights of privacy and equality is distinct from the issue of privilege.

In brief, while there is surely ground to recognize a case-by-case privilege for private records of sexual assault complainants in some instances, I do not think that such exceptions to the general evidentiary rule of admissibility and disclosure should be encouraged. This *ad hoc* approach to privilege will not serve the main policy consideration behind the granting of privilege for sexual assault counselling communications, i.e., that the complainants should be assured at the outset that information shared with counsellors will be kept confidential. Consequently, it will not cure the most important ills associated with production of private records, notably the deterrent effect that such production has on reporting and counselling.

A better approach to this difficult problem, in my view, lies in the balancing of, on the one hand, the *Charter* rights to privacy and equality of the sexual assault complainant with, on the other hand, the accused's *Charter* rights to a fair trial and to full answer and defence. While this approach may suffer from some of the shortcomings discussed previously as regards the granting of class and case-by-case privileges, it ensures that proper consideration is equally given to competing constitutional rights (*Dagenais, supra*, at p. 877). This is the approach advocated in *O'Connor, supra*, which should be read as herein recited at length and which I will briefly summarize.

VI. Balancing Charter Values

When deciding whether to order production of private records held by third parties, the court must exercise its discretion in a manner that is respectful of *Charter* values: *Dagenais, supra*, at p. 875. The constitutional values involved here are: (1) the

constitutionnels en la matière est une question distincte de celle du privilège.

En somme, bien qu'il y ait certainement lieu, dans certaines circonstances, de reconnaître un privilège fondé sur les circonstances particulières de chaque cas pour les dossiers privés des plaignantes victimes d'agression sexuelle, je ne crois pas qu'il faille encourager ces exceptions à la règle générale d'admissibilité et de divulgation de la preuve. Cette approche *ad hoc* ne permettra pas, en effet, d'atteindre le but recherché par la philosophie sous-jacente à l'octroi d'un privilège pour les communications relatives aux consultations en matière d'agression sexuelle, c.-à-d. l'assurance donnée dès le départ aux plaignantes que l'information qu'elles partagent avec leurs conseillers sera tenue confidentielle. Conséquemment, elle ne remédierait pas aux principaux problèmes associés à la production de dossiers privés, notamment l'effet dissuasif de cette production sur la signalisation de ces crimes et les recours à la consultation.

Une approche qui me paraît plus appropriée pour aborder ce difficile problème consiste à soulever les droits de la plaignante victime d'agression sexuelle à la protection de sa vie privée et à l'égalité, droits garantis par la *Charte*, d'une part, avec le droit de l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière, droits également garantis par la *Charte*, d'autre part. Même si cette démarche peut souffrir de certains des défauts examinés précédemment en ce qui concerne l'octroi de privilèges génériques et de privilèges fondés sur les circonstances particulières de chaque cas, elle permet cependant d'assurer qu'une égale considération sera accordée aux droits constitutionnels qui s'affrontent (*Dagenais, précité*, à la p. 877). C'est l'approche préconisée dans l'arrêt *O'Connor, précité*, auquel je réfère comme si ici reproduit intégralement, et que je résumerai brièvement.

VI. Pondération des valeurs de la Charte

Lorsqu'il décide s'il doit ordonner la production de dossiers privés en la possession de tiers, le tribunal doit exercer sa discrétion d'une manière qui respecte les valeurs de la *Charte*: *Dagenais, précité*, à la p. 875. Les valeurs constitutionnelles en

77

78

79

right to full answer and defence; (2) the right to privacy; and (3) the right to equality without discrimination. These rights are well recognized and are discussed at length in *O'Connor, supra*. I will only briefly refer to them here.

cause en l'espèce sont: (1) le droit à une défense pleine et entière; (2) le droit à la protection de la vie privée; et (3) le droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination. Ces droits sont bien établis et sont longuement discutés dans l'arrêt *O'Connor*, précité, auquel je ferai brièvement référence ici.

80 The right to full answer and defence, as guaranteed in s. 7 of the *Charter*, does not need much elaboration. The ability for an accused to make full answer and defence constitutes a principle of fundamental justice (see *Stinchcombe, supra*; and *R. v. Egger*, [1993] 2 S.C.R. 451). However, the extent of all principles of fundamental justice varies according to the context in which they are invoked (see *R. v. Lyons*, [1987] 2 S.C.R. 309).

Le droit à une défense pleine et entière, garanti à l'art. 7 de la *Charte*, ne nécessite pas beaucoup d'explication. La capacité de l'accusé de présenter une défense pleine et entière constitue un principe de justice fondamentale (voir l'arrêt *Stinchcombe*, précité; et *R. c. Egger*, [1993] 2 R.C.S. 451). Toutefois, la portée de tous les principes de justice fondamentale varie selon le contexte dans lequel ils sont invoqués (voir *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309).

81 This Court has on many occasions recognized privacy as an interest protected by the *Charter* (see *R. v. Dymnt*, [1988] 2 S.C.R. 417; *R. v. Beare*, [1988] 2 S.C.R. 387; *R. v. Pohoretsky*, [1987] 1 S.C.R. 945; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145) and by the common law (see *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *Hill v. Church of Scientology of Toronto, supra*). The civil law in Quebec also provides legal protection to privacy interests (see arts. 35 and 36 of the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64; and art. 5 of the *Quebec Charter of Human Rights and Freedoms*). It is interesting to note, in passing, that the Supreme Court of the United States has also conferred constitutional status upon certain aspects of privacy: see *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); and *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

Notre Cour a reconnu à maintes reprises que le respect de la vie privée est un intérêt protégé par la *Charte* (voir *R. c. Dymnt*, [1988] 2 R.C.S. 417; *R. c. Beare*, [1988] 2 R.C.S. 387; *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145) ainsi que par la common law (voir *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *Hill c. Église de scientologie de Toronto*, précité). Le droit civil au Québec reconnaît également une protection légale de la vie privée (voir les art. 35 et 36 du *Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64; et l'art. 5 de la *Charte des droits et libertés de la personne* du Québec). Il est intéressant de noter, en passant, que la Cour suprême des États-Unis a également conféré un statut constitutionnel à certains aspects de la vie privée: voir *Roe c. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); et *Griswold c. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965).

82 In *O'Connor, supra*, I concluded that private records of sexual assault complainants attract a reasonable expectation of privacy (at para. 118):

Dans l'arrêt *O'Connor*, précité, j'ai conclu qu'une attente raisonnable en matière de protection de la vie privée s'attache aux dossiers privés des plaignantes victimes d'agression sexuelle (au par. 118):

In *R. v. Plant*, [1993] 3 S.C.R. 281, albeit in the context of a discussion of s. 8 of the *Charter*, a majority of this Court identified one context in which the right to privacy would generally arise in respect of documents and records (at p. 293):

Dans l'arrêt *R. c. Plant*, [1993] 3 R.C.S. 281, bien que dans le contexte de l'art. 8 de la *Charte*, notre Cour, à la majorité, a identifié un contexte dans lequel le droit à la protection de la vie privée serait généralement soulevé relativement à des documents et à des dossiers (à p. 293):

In fostering the underlying values of dignity, integrity and autonomy, it is fitting that s. 8 of the Charter should seek to protect a biographical core of personal information which individuals in a free and democratic society would wish to maintain and control from dissemination to the state. This would include information which tends to reveal intimate details of the lifestyle and personal choices of the individual.

Although I prefer not to decide today whether this definition is exhaustive of the right to privacy in respect of all manners of documents and records, I am satisfied that the nature of the private records which are the subject matter of this appeal properly brings them within that rubric. Such items may consequently be viewed as disclosing a reasonable expectation of privacy which is worthy of protection under s. 7 of the Charter. [Emphasis added in *O'Connor*.]

Finally, the right to equality without discrimination, as guaranteed in s. 15 of the Charter, is relevant to the analysis because private records of sexual assault complainants relate to a crime which overwhelmingly affects women, children and the disabled. I had the opportunity in *O'Connor*, to consider the right to equality without discrimination and the following comment applies *mutatis mutandis* to the instant case (at para. 124):

Routine insistence on the exposure of complainants' personal backgrounds has the potential to reflect a built-in bias in the criminal justice system against those most vulnerable to repeat victimization. Such requests, in essence, rest on the assumption that the personal and psychological backgrounds and profiles of complainants of sexual assault are relevant as to whether or not the complainant consented to the sexual contact, or whether the accused honestly believed that she consented.

After a more detailed analysis of each of these rights and their constitutional basis in the Charter, I concluded in *O'Connor* (at para. 132):

The use of state power to compel production of private records will be justified in a free and democratic society when the following criteria are applied. First,

Étant donné les valeurs sous-jacentes de dignité, d'intégrité et d'autonomie qu'il consacre, il est normal que l'art. 8 de la Charte protège un ensemble de renseignements biographiques d'ordre personnel que les particuliers pourraient, dans une société libre et démocratique, vouloir constituer et soustraire à la connaissance de l'État. Il pourrait notamment s'agir de renseignements tendant à révéler des détails intimes sur le mode de vie et les choix personnels de l'individu.

Bien que je préfère ne pas décider aujourd'hui s'il s'agit d'une définition exhaustive du droit à la protection de la vie privée à l'égard de toutes sortes de documents et de dossiers, je suis convaincue sans l'ombre d'un doute que la nature des dossiers privés qui font l'objet du présent pourvoi sont inclus sous cette rubrique. Ces renseignements peuvent, par conséquent, être considérés comme comportant une attente raisonnable qu'ils demeureront privés et donc sont dignes de protection en vertu de l'art. 7 de la Charte. [Souligné dans l'arrêt *O'Connor*.]

Enfin, le droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination, garanti à l'art. 15 de la Charte, est pertinent aux fins de notre analyse étant donné que les dossiers privés des plaignantes victimes d'agression sexuelle se rapportent à un crime qui touche en très grande majorité les femmes, les enfants et les personnes handicapées. J'ai eu l'occasion, dans l'arrêt *O'Connor*, de traiter du droit à l'égalité indépendamment de toute discrimination et le commentaire suivant s'applique ici *mutatis mutandis* (au par. 124):

Insister sur la révélation routinière des antécédents personnels des plaignantes peut refléter une partialité inhérente au système de justice pénale contre les personnes les plus vulnérables d'être victimisées à nouveau. De telles demandes reposent essentiellement sur l'affirmation que les antécédents et profils personnels et psychologiques des plaignantes victimes d'agression sexuelle sont pertinents pour déterminer si la plaignante a consenti aux relations sexuelles ou si l'accusé a cru sincèrement qu'elle y consentait.

Après une analyse plus détaillée de chacun de ces droits et de leur fondement constitutionnel dans la Charte, j'ai conclu ainsi dans l'arrêt *O'Connor* (au par. 132):

L'utilisation du pouvoir de l'État d'ordonner la production de dossiers privés sera justifiée dans une société libre et démocratique lorsque les critères suivants seront

production should only be granted when it is shown that the accused cannot obtain the information sought by any other reasonably available and effective alternative means. Second, production which infringes upon a right to privacy must be as limited as reasonably possible to fulfil the right to make full answer and defence. Third, arguments urging production must rest upon permissible chains of reasoning, rather than upon discriminatory assumptions and stereotypes. Finally, there must be a proportionality between the salutary effects of production on the accused's right to make full answer and defence as compared with the deleterious effects on the party whose private records are being produced.

85

In summary, in addition to the public policy considerations which the appellants and interveners have underlined, and which I have recounted earlier, militating against the production of private records held by third parties, a balancing of the *Charter* rights of complainants and accuseds also militates against such production. As Lamer C.J. said in *Dagenais, supra*, at p. 877, in the context of a publication ban, the common law should not accord pre-eminence to the right to a fair trial, over other constitutionally entrenched rights:

The pre-*Charter* common law rule governing publication bans emphasized the right to a fair trial over the free expression interests of those affected by the ban. In my view, the balance this rule strikes is inconsistent with the principles of the *Charter*, and in particular, the equal status given by the *Charter* to ss. 2(b) and 11(d). It would be inappropriate for the courts to continue to apply a common law rule that automatically favoured the rights protected by s. 11(d) over those protected by s. 2(b). A hierarchical approach to rights, which places some over others, must be avoided, both when interpreting the *Charter* and when developing the common law. When the protected rights of two individuals come into conflict, as can occur in the case of publication bans, *Charter* principles require a balance to be achieved that fully respects the importance of both sets of rights.

appliqués. Premièrement, la production ne devrait être accordée que lorsqu'il est prouvé que l'accusé ne peut obtenir les renseignements demandés par d'autres moyens raisonnablement disponibles et efficaces. Deuxièmement, la production qui viole le droit à la protection de la vie privée doit être aussi limitée qu'il est raisonnablement possible pour respecter le droit de présenter une défense pleine et entière. Troisièmement, les arguments en faveur de la production doivent se fonder sur un raisonnement permis et non pas sur des suppositions et des stéréotypes discriminatoires. En dernier lieu, il doit y avoir proportionnalité entre les effets bénéfiques de la production sur le droit de l'accusé de présenter une défense pleine et entière et les effets préjudiciables pour la partie dont les dossiers privés sont divulgués.

En résumé, outre les considérations de politique judiciaire qu'ont fait valoir les appelants et les intervenants, et que j'ai reprises plus haut, qui militent contre la production des dossiers privés en la possession de tiers, la pondération des droits garantis par la *Charte* aux plaignantes et aux accusés milite également à l'encontre de cette production. Comme le notait le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Dagenais*, précité, à la p. 877, dans le contexte d'une interdiction de publication, la common law ne devrait pas faire prévaloir le droit à un procès équitable au détriment d'autres droits consacrés par la Constitution:

La règle de common law qui, avant l'adoption de la *Charte*, régissait les ordonnances de non-publication, accordait une plus grande importance au droit à un procès équitable qu'à la liberté d'expression de ceux qui étaient touchés par l'interdiction. À mon sens, l'équilibre que cette règle fixe est incompatible avec les principes de la *Charte*, en particulier avec l'égalité de rang qu'accorde la *Charte* aux al. 2b) et 11d). Il ne conviendrait pas que les tribunaux continuent d'appliquer une règle de common law qui privilégie systématiquement les droits garantis à l'al. 11d) par rapport à ceux que garantit l'al. 2b). Il faut se garder d'adopter une conception hiérarchique qui donne préséance à certains droits au détriment d'autres droits, tant dans l'interprétation de la *Charte* que dans l'élaboration de la common law. Lorsque les droits de deux individus sont en conflit, comme cela peut se produire dans le cas d'une interdiction de publication, les principes de la *Charte* commandent un équilibre qui respecte pleinement l'importance des deux catégories de droits.

Similarly, as regards the production of private records held by third parties, a balance must be struck that places the *Charter* rights of complainants on an equal footing with those of accused persons.

VII. Procedure for Obtaining Production

The procedure for obtaining production of private records held by a third party is outlined in *O'Connor, supra*. Essentially, the first step for an accused who seeks production of such records is to obtain and serve on the third party a *subpoena duces tecum*. The form of the subpoena and the procedure for its issuance are described in Part XXII of the *Code*. When the subpoena is served, the Crown and the subject of the records referred to in the subpoena, as well as any other person with an interest in the confidentiality of the records, should be notified that the accused will ask the trial judge to order the production of the records.

At the trial, when the accused requests an order for production of the records, the judge should follow a two-stage approach. First, the accused must demonstrate that the information contained in the records is likely relevant either to an issue in the proceedings or to the competence to testify of the person who is the subject of the records. At this stage, the subject's privacy interest does not enter into consideration. At the same time, however, the information must be sought because of its relevance, rather than for illegitimate purposes.

It may be useful at this stage for the third party to prepare a list of the records in its possession (*R. v. Barbosa* (1994), 92 C.C.C. (3d) 131 (Ont. Ct. (Gen. Div.)), at p. 136). In an appropriate case, the trial judge may require such a list to be provided to the accused, the Crown and the court.

However, I wish to emphasize that, as with any other motion, an application for an order for production of private records held by a third party must be accompanied by affidavit evidence which establishes to the judge's satisfaction that the

De même, en ce qui a trait à la production de dossiers privés en la possession de tiers, faut-il atteindre un équilibre qui place les droits des plaignantes garantis par la *Charte* sur le même pied que ceux des accusés.

VII. Procédure visant à obtenir la production

La procédure à suivre pour obtenir la production de dossiers privés en la possession d'un tiers est exposée dans l'arrêt *O'Connor*, précité. Essentiellement, l'accusé qui cherche à obtenir la production de tels dossiers doit obtenir un *subpoena duces tecum* et le signifier au tiers. La Partie XXII du *Code* décrit la forme que prend le subpoena et la procédure relative à son émission. Après signification du subpoena, le ministère public et la personne faisant l'objet des dossiers mentionnés dans le subpoena, de même que toute autre personne ayant un intérêt dans la confidentialité des dossiers, doivent recevoir avis que l'accusé demandera au juge du procès d'ordonner la production des dossiers.

Lorsque, lors du procès, l'accusé demande une ordonnance de production des dossiers, le juge devrait suivre une démarche en deux étapes. Premièrement, l'accusé doit démontrer que les renseignements contenus dans les dossiers sont probablement pertinents soit quant à une question en litige dans l'instance soit quant à l'habilité à témoigner de la personne visée par les dossiers. À cette étape, le droit à la vie privée de cette personne n'entre pas en considération. Parallèlement toutefois, les renseignements doivent être recherchés pour leur pertinence plutôt que pour des fins illégitimes.

À ce stade, il peut être utile pour le tiers de préparer une liste des dossiers en sa possession (*R. c. Barbosa* (1994), 92 C.C.C. (3d) 131 (C. Ont. (Div. gén.)), à la p. 136). Le cas échéant, le juge du procès peut exiger qu'une telle liste soit fournie à l'accusé, au ministère public et au tribunal.

Toutefois, je tiens à souligner que, comme toute autre requête, une demande visant à obtenir une ordonnance de production de dossiers privés en la possession d'un tiers doit être accompagnée d'une preuve par affidavit établissant à la satisfaction du

86

87

88

89

information sought is likely to be relevant. The accused's demonstration that information is likely to be relevant must be based on evidence, not on speculative assertions or on discriminatory or stereotypical reasoning.

90

If the court is satisfied that the information contained in the records is likely to be relevant, then the analysis proceeds to the balancing stage, which has two parts. The accused must first show that the salutary effects of ordering the documents produced to the court for inspection outweigh the deleterious effects of such production. If the judge decides that production to the court is warranted, he or she should so order. Then, after examining the records, the judge must balance and reconcile the conflicting constitutional rights discussed above to determine whether and to what extent production to the defence should be ordered. Only those parts of records that have a significant probative value to the issues at trial or the competence of the witness which is not substantially outweighed by prejudice to the administration of justice or to the witness' privacy and equality rights should be produced.

91

Of course, even if production is ordered, it must still be determined whether the produced records are admissible. Questions of voluntariness and hearsay, for example, may arise.

92

It is apparent from the procedure I have described that the court's inquiry into the relevance of the information and its balancing of the competing interests for and against production should be made at the time of the trial. Although the respondent has argued forcefully in favour of a pre-trial determination of these issues, I have not been persuaded by his arguments.

93

Although a pre-trial order for the production of documents held by a third party may be obtained in civil matters, such an order is alien to criminal proceedings. In criminal matters, witnesses are called at trial, whether by way of *subpoena duces*

juge que les renseignements demandés sont susceptibles d'être pertinents. La démonstration par l'accusé que les renseignements sont susceptibles d'être pertinents doit se fonder sur la preuve et non sur des affirmations spéculatives ou sur un raisonnement discriminatoire ou stéréotypé.

Si le tribunal est satisfait que les renseignements contenus dans les dossiers sont susceptibles d'être pertinents, l'analyse passe alors à l'étape de la pondération qui comporte deux volets. L'accusé doit d'abord établir que les effets bénéfiques d'ordonner la production des documents en cour pour inspection sont plus importants que les effets préjudiciables de la production. Si le juge décide que la production des documents en cour se justifie, il devrait l'ordonner. Alors, après avoir examiné les dossiers, le juge doit pondérer et concilier les droits constitutionnels en conflit, examinés précédemment, pour déterminer si et dans quelle mesure la production à la défense devrait être ordonnée. Seules devraient être produites les parties de dossiers ayant une valeur probante qui est importante quant aux points en litige ou quant à l'habilité à témoigner et qui n'est pas substantiellement surpassée par le préjudice à l'administration de la justice ou l'atteinte aux droits du témoin à la protection de sa vie privée et à l'égalité.

De toute évidence, même si la production est ordonnée, encore faut-il déterminer si les dossiers produits sont admissibles. Des questions relatives au caractère volontaire ou au oui-dire peuvent, par exemple, se poser.

Il ressort de la procédure décrite ci-haut que l'examen auquel se livre le tribunal quant à la pertinence des renseignements et la pondération des intérêts favorables et défavorables à la production devraient être faits au moment du procès. Bien que l'intimé ait plaidé fortement en faveur d'une détermination préliminaire sur ces questions, ses arguments ne m'ont pas convaincue.

Bien qu'il soit possible, en matière civile, d'obtenir une ordonnance préliminaire de production de documents en la possession d'un tiers, une telle ordonnance est étrangère à la procédure criminelle. En matière criminelle en effet, les témoins sont

tecum or otherwise. Only at that time can a witness be ordered to give evidence. In this respect, Professor Lee Stuesser, in "Reconciling Disclosure and Privilege" (1994), 30 C.R. (4th) 67, remarks at p. 75:

Under the rules of civil procedure a court may order production of documents from non-parties, but nowhere in the *Criminal Code* do you find comparable authority for pre-trial disclosure by witnesses in a criminal case. Nor does *Stinchcombe* provide any such authority.

Before the trial, a prospective witness is not obliged to cooperate with either the Crown or the defence, and a court should not compel a witness to provide the defence with a preview of his or her evidence. The respondent has advanced no persuasive argument why prospective defence witnesses in sexual assault cases should be treated differently.

The respondent points out that, should the witness be uncooperative, the defence will have little means to verify, before the trial begins, whether the private records in question are relevant to its case. However, the situation would be no different in any other trial in which a witness has refused to cooperate with the defence. Moreover, regardless of the cooperation of the witness before the trial, the evidence in any trial is only ascertained once the witness is actually in the witness box.

Furthermore, one must not lose sight of the fact that, in most cases, private records of the kind here in question will be irrelevant and inadmissible hearsay evidence. As I have discussed above, notes of statements made by complainants in a therapeutic context are not necessarily contemporaneous with the counselling session, have not been ratified by the complainant, and are not intended to be an accurate record of what the complainant said. Moreover, they touch on a multitude of topics irrelevant to the issues in the trial or to the competence of the complainant to testify. Because of their unreliability and irrelevance, documents of this kind will be inadmissible in most cases.

assignés au procès, que ce soit par voie de *subpoena duces tecum* ou autrement. Ce n'est qu'à ce moment qu'il peut leur être ordonné de témoigner. À cet égard, le professeur Lee Stuesser, fait remarquer ceci dans «Reconciling Disclosure and Privilege» (1994), 30 C.R. (4th) 67, à la p. 75:

[TRADUCTION] Suivant les règles de procédure civile, le tribunal peut ordonner la production de documents par des non-parties, mais nulle part le *Code criminel* ne confère-t-il un pouvoir comparable d'ordonner aux témoins, dans une affaire criminelle, de divulguer avant procès. L'arrêt *Stinchcombe* ne donne pas ce genre de pouvoir non plus.

Avant le procès, un témoin éventuel n'est pas obligé de collaborer avec le ministère public ou la défense, et le tribunal ne devrait pas contraindre un témoin à donner à la défense un aperçu de sa preuve. L'intimé n'a pas fait valoir d'argument convaincant justifiant d'accorder un traitement différent aux témoins éventuels de la défense en matière d'agression sexuelle.

L'intimé souligne que si le témoin n'est pas coopératif, la défense aura peu de moyens de vérifier, avant le début du procès, si les dossiers privés en question sont pertinents à sa cause. Cependant, la situation ne serait pas différente dans tout autre procès où un témoin refuse de collaborer avec la défense. De plus, peu importe le degré de collaboration du témoin avant le procès, la preuve dans tout procès n'est établie qu'une fois le témoin à la barre.

Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que, dans la plupart des cas, de tels dossiers privés ne seront pas pertinents et constitueront une preuve par ouï-dire inadmissible. Comme nous l'avons vu précédemment, les notes relatives aux déclarations d'une plaignante prises dans un contexte thérapeutique ne sont pas nécessairement contemporaines à la consultation, n'ont pas été approuvées par elle et ne se veulent pas un compte rendu exact de ses propos. Au surplus, elles touchent une multitude de sujets non pertinents quant aux questions en litige au procès ou à l'habileté de la plaignante à témoigner. Étant donné leur manque de fiabilité et leur non-pertinence, ces documents seront dans la plupart des cas inadmissibles.

94

95

96

97 In addition, there are sound reasons for not introducing, in criminal matters, the concept of pre-trial discovery of records held by third parties. As well as inconveniencing witnesses, who would have to appear in court on more than one occasion, the procedure advocated by the respondent would invite fishing expeditions and entail unnecessary delays. Moreover, the trial judge would not be in a position, before the beginning of the trial, to determine the relevance, much less the admissibility, of the records sought, or to balance effectively the constitutional rights affected by an order for the production of the records (see *R. v. S. (R.J.)*, [1995] 1 S.C.R. 451, and *British Columbia Securities Commission v. Branch*, [1995] 2 S.C.R. 3).

98 Consequently, I am not persuaded that counselling records held by third parties are of such a nature as to warrant a pre-trial discovery procedure not available in any other criminal proceeding. The proper time for the relevance of the documents to be ascertained and for the competing rights to be balanced is at trial upon an application by the accused for an order for production of the records.

99 It is against this background that we must now decide whether the trial judge properly disposed of the motions before him.

VIII. Application to the Case

100 In all fairness, it must be said at the outset that neither the trial judge nor the parties had the benefit of this Court's decision in *O'Connor, supra*, in dealing with the motions. However, the matter must be determined in accordance with *O'Connor*.

101 The record indicates that the respondent initiated the procedure by *subpoena duces tecum* coupled with a notice of motion requesting the judge to order the appellant counselling institutions to produce to the defence, before the scheduled trial date, all records relating to the appellant L.L.A. Although the motion came before a judge other than the trial judge, it was ultimately dealt with by Loukidelis J., the trial judge, as it ought to be. However, the trial judge ought not to have enter-

En outre, il existe de solides raisons de ne pas introduire, en matière criminelle, le concept de communication préalable de dossiers en la possession de tiers. En plus d'incommoder les témoins, qui devraient comparaître plus d'une fois en cour, la procédure défendue par l'intimé encouragerait les parties de pêche et occasionnerait des délais inutiles. Au reste, le juge du procès ne serait pas en mesure, avant le début de l'instance, de déterminer la pertinence, encore moins l'admissibilité, des dossiers demandés, ou de pondérer efficacement les droits constitutionnels touchés par une ordonnance de production des dossiers (voir *R. c. S. (R.J.)*, [1995] 1 R.C.S. 451, et *British Columbia Securities Commission c. Branch*, [1995] 2 R.C.S. 3).

En conséquence, je ne suis pas convaincue que les dossiers de consultation en la possession de tiers soient de telle nature qu'ils justifieraient une communication préalable qui n'existe dans aucune autre procédure criminelle. C'est au procès qu'il convient d'établir la pertinence des documents et de soupeser les droits en conflit, sur requête de l'accusé en vue d'obtenir une ordonnance de production des documents.

C'est dans ce contexte qu'il nous faut maintenant décider si le juge du procès a valablement disposé des requêtes dont il était saisi.

VIII. Application aux faits de la cause

En toute justice, il faut dire au départ que ni le juge du procès ni les parties n'ont eu l'avantage de prendre connaissance de la décision de notre Cour dans *O'Connor*, précité. La question doit, toutefois, se décider conformément à cet arrêt.

Selon le dossier, l'intimé a initié la procédure par voie de *subpoena duces tecum* accompagné d'un avis de requête demandant au juge d'ordonner aux établissements de consultation appelants de produire à la défense, avant la date prévue pour le procès, tous les dossiers relatifs à l'appelante L.L.A. Bien que la requête ait été présentée à un juge autre que le juge du procès, elle a été finalement traitée, comme il se devait, par le juge Loukidelis, le juge du procès. Toutefois, ce dernier

tained this motion at the pre-trial stage. As discussed previously, it is only at the trial that the relevance of such records can be assessed. The procedure followed by the respondent in the present case was consequently not appropriate.

Moreover, notice of the application for production of the private records was not given to all those with an interest in the confidentiality of the records. This encompasses not only the counselling institutions and the Crown, as was done, but it includes also the subject of the records, i.e., the sexual assault complainant L.L.A., who was not notified. The notification of all interested parties is not merely elective; failure to make the required notifications is fatal to an application for production.

As well, the trial judge did not apply the correct evidentiary threshold on the issue of relevance, i.e., likely relevance either to an issue in the proceedings or to the competence of the witness to testify (see *O'Connor*, *supra*). The Crown's application to quash the subpoenas was dismissed on the ground that "there may be information at hand that is relevant to the issue" without more. There is nothing in the record to indicate that the trial judge informed himself as to the likely relevance of these records either to an issue in the proceedings or to the competence of the witness to testify.

Moreover, as set out in *O'Connor*, in determining the likely relevance of the private records, the trial judge cannot rely upon illegitimate purposes or discriminatory and stereotypical reasoning. For instance, an application based on credibility "at large", based on unsupported assertions of "recent complaint" or of "allegations of sexual abuse by other people", or based on the mere fact that a witness has a past psychiatric history or that he or she received counselling after a sexual assault are all insufficient grounds to meet the threshold of likely relevance. In the case at hand, the respondent argued that "the records have to be reviewed to determine if there is any information in there which would be relevant to the trial, credibility of the complainant, [and] how the information was

n'aurait pas dû entendre cette requête au stade préliminaire du procès. Comme nous l'avons vu, ce n'est qu'au procès que peut être établie la pertinence de ces dossiers. La procédure qu'a suivie l'intimé en l'espèce n'était donc pas appropriée.

De plus, l'avis de demande de production des dossiers privés n'a pas été donné à toutes les personnes intéressées à la confidentialité des dossiers. Celles-ci comprennent en effet non seulement les établissements de consultation et le ministère public, qui ont été avisés, mais aussi la personne faisant l'objet des dossiers, c.-à-d. L.L.A., la plaignante victime de l'agression sexuelle, laquelle n'a pas été avisée. Or, la notification de toutes les parties intéressées n'est pas simplement facultative; le défaut de donner l'avis requis est fatal à une requête pour production.

Par ailleurs, sur la question de la pertinence, le juge du procès n'a pas appliqué le test préliminaire approprié, savoir la pertinence vraisemblable soit quant à une question en litige soit quant à l'habilité à témoigner (voir l'arrêt *O'Connor*, précité). La requête du ministère public en cassation des subpoenae a été rejetée au motif qu'[TRADUCTION] «il peut y avoir des renseignements pertinents quant à la question en litige», sans plus. Or, rien au dossier n'indique que le juge du procès se soit enquis de la pertinence vraisemblable de ces dossiers soit quant à une question en litige soit quant à l'habilité à témoigner.

Qui plus est, comme l'arrêt *O'Connor* le souligne, le juge du procès ne peut, pour décider de la pertinence vraisemblable de dossiers privés, invoquer des fins illégitimes ou un raisonnement discriminatoire ou stéréotypé. Ainsi, une requête fondée sur la crédibilité «en général», sur des déclarations non étayées de «plainte récente» ou des «allégations d'abus sexuels commis par d'autres personnes», ou encore sur le simple fait qu'un témoin ait des antécédents psychiatriques ou qu'il ou elle a reçu des conseils suite à une agression sexuelle sont tous des motifs insuffisants pour rencontrer le test préliminaire de la pertinence vraisemblable. Dans le cas qui nous occupe, l'intimé a prétendu que [TRADUCTION] «les dossiers doivent être examinés afin de déterminer s'ils contiennent des ren-

102

103

104

extracted prior to them going to the police". These grounds do not meet the test for an application for production of private records held by third parties (see *O'Connor*). This should have been amply sufficient either to dismiss the respondent's application for production or to allow the Crown's application to quash the *subpoena duces tecum*.

seignements susceptibles de se rapporter au procès, à la crédibilité de la plaignante [et] la façon dont les renseignements ont été obtenus avant qu'ils ne parviennent à la police». Or, ces motifs ne satisfont pas au test applicable à la requête pour production de dossiers privés en la possession de tiers (voir l'arrêt *O'Connor*). Cela aurait dû amplement suffire soit à rejeter la requête de l'intimé pour production soit à accueillir la requête du ministère public en cassation des *subpoenae duces tecum*.

105 Having decided to order production, however, the trial judge, without even reviewing the records to ensure that only relevant information would be produced, went on to discuss the appellants' arguments as to privileged communications. He held that the confidentiality of the records had to give way to the right of the accused and, consequently, that the records in question were not privileged and had to be produced to the defence. There was no discussion of, on the one side, the complainant's *Charter* rights to privacy and to equality without discrimination and, on the other, the accused's *Charter* right to make full answer and defence. This was also in error.

Ayant décidé d'ordonner la production, toutefois, le juge du procès, sans même examiner les dossiers pour s'assurer que seuls les renseignements pertinents seraient produits, a ensuite disposé des arguments des appelants en ce qui a trait aux communications privilégiées. Il a conclu que la confidentialité des dossiers devait céder le pas au droit de l'accusé et qu'en conséquence, les dossiers en cause n'étaient pas privilégiés et devaient être produits à la défense. Il n'y a pas eu d'analyse des droits de la plaignante à la vie privée et à l'égalité indépendamment de toute discrimination garantis par la *Charte*, d'une part, et du droit de l'accusé, également garanti par la *Charte*, de présenter une défense pleine et entière, d'autre part. C'était là aussi une erreur.

106 Given that the respondent has not established the first element of the test for production, namely the likely relevance of the private records held by the appellant third parties either to the issues at trial or to the competence of the witness, and that his request constituted nothing more than a fishing expedition, the trial judge's order directing the production of those records by the appellants must be quashed.

Étant donné que l'intimé n'a pas établi le premier élément du test applicable à la production, soit la pertinence vraisemblable des dossiers privés en la possession des tiers appelants soit quant aux questions en litige dans l'instance soit quant à l'habilité à témoigner, et que sa requête ne constituait rien de plus qu'une partie de pêche, l'ordonnance du juge du procès enjoignant aux appelants de produire ces documents doit être cassée.

IX. Disposition

IX. Dispositif

107 In the result, I would allow the appeal, quash the order of the trial judge for the production of the private records relating to the appellant L.L.A. and held by the other appellants and remit the matter to the trial judge for the trial to continue.

En définitive, j'accueillerais le pourvoi, j'infirmes la décision du juge du procès d'ordonner la production des dossiers privés relatifs à l'appelante L.L.A. en la possession des autres appelants, et je renverrais l'affaire au juge du procès pour la poursuite de l'instance.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellants: Diane Oleskiw, Toronto.

Solicitors for the respondent: Ruby & Edwardh, Toronto.

Solicitor for the intervener Her Majesty the Queen: The Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Attorney General of Canada, Ottawa.

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

Solicitor for the intervener the Canadian Foundation for Children, Youth and the Law: The Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Solicitors for the intervener the Aboriginal Women's Council: Buchan, Derrick & Ring, Halifax.

Solicitor for the interveners the Canadian Association of Sexual Assault Centres, DAWN Ontario: DisAbled Women's Network Ontario and Women's Legal Education and Action Fund: The Women's Legal Education and Action Fund, Toronto.

Solicitors for the intervener the Criminal Lawyers Association: Gold & Fuerst, Toronto.

Pourvoi accueilli.

Procureur des appelants: Diane Oleskiw, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Ruby & Edwardh, Toronto.

Procureur de l'intervenante Sa Majesté la Reine: Le procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Le procureur général du Canada, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Le procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenante la Canadian Foundation for Children, Youth and the Law: La Canadian Foundation for Children, Youth and the Law, Toronto.

Procureurs de l'intervenant l'Aboriginal Women's Council: Buchan, Derrick & Ring, Halifax.

Procureur des intervenants l'Association canadienne des centres contre le viol, DAWN Ontario: DisAbled Women's Network Ontario et le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes: Le Fonds d'action et d'éducation juridiques pour les femmes, Toronto.

Procureurs de l'intervenante la Criminal Lawyers Association: Gold & Fuerst, Toronto.

G.L.B. Appellant

v.

M.P. Respondent

INDEXED AS: P. (M.) v. L.B. (G.)

File No.: 23744.

1995: December 7; 1995: December 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Family law — Custody — Variation — Custodial parent breaching child residency clause in agreement for corollary relief — Application for change of custody by non-custodial parent — Best interests of the child — Evidence.

The agreement for corollary relief entered into by the parties and approved by the divorce judgment granted custody to the mother. This agreement was subsequently amended and the new agreement provided that the mother, who retained custody of the child, could not live with the child outside the province of Quebec until the child reached the age of eight unless the parties so agreed. A few months later, the mother settled permanently in France with the child, then three and a half years old. The father filed an application for change of custody in the Superior Court. This application was dismissed but the Court of Appeal reversed this decision and awarded custody to the father. The mother did not appear before the Superior Court or the Court of Appeal but was represented by counsel. The father, after the judgment of the Court of Appeal, obtained an order from the French courts for the return of the child but the mother and child cannot be found.

Held: The appeal should be dismissed.

Since the mother's departure for France, the Quebec courts have not had all the information needed to determine the child's best interests which remain the applicable test in this matter. As the Court only has the evidence presented by the father, which tends to show that he is able to care for the child properly, and has before it

G.L.B. Appelante

c.

M.P. Intimé

RÉPERTORIÉ: P. (M.) c. L.B. (G.)

N° du greffe: 23744.

1995: 7 décembre; 1995: 14 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit de la famille — Garde d'enfant — Changement — Non-respect par le gardien de l'enfant de la clause du lieu de résidence de l'enfant incluse dans la convention sur les mesures accessoires — Requête en changement de garde présentée par le parent non gardien — Intérêt de l'enfant — Preuve.

L'entente sur les mesures accessoires préparée par les parties et entérinée par le jugement de divorce attribue la garde de l'enfant à la mère. Cette entente est modifiée par la suite et la nouvelle convention prévoit que la mère, qui conserve la garde de l'enfant, ne pourra aller vivre avec l'enfant hors du Québec jusqu'à ce que celle-ci ait atteint l'âge de huit ans à moins d'une entente à l'amiable. Quelques mois plus tard, la mère s'installe définitivement en France avec l'enfant alors âgée de trois ans et demi. Le père dépose une requête en changement de garde devant la Cour supérieure. Cette requête est rejetée mais la Cour d'appel renverse cette décision et confie la garde de l'enfant au père. En Cour supérieure et en Cour d'appel, la mère absente était représentée par un procureur. Après l'arrêt de la Cour d'appel, le père obtient des tribunaux français une ordonnance de retour de l'enfant, mais la mère et l'enfant demeurent introuvables.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Depuis le départ de la mère pour la France, les tribunaux du Québec ont été en partie privés de l'information nécessaire à l'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant, qui demeure le critère applicable en la matière. Ne disposant que de la preuve offerte par le père qui tend à démontrer sa capacité à assurer adéquatement la garde,

the mother's conduct, it has no alternative but to uphold the judgment of the Court of Appeal.

Statutes and Regulations Cited

Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1993] R.J.Q. 1728 (*sub nom. Droit de la famille — 1826*), 57 Q.A.C. 241, allowing an appeal from a judgment of the Superior Court rendered October 26, 1992, dismissing the respondent's motion for change of custody. Appeal dismissed.

François Luc Coallier and *Guy Ruel*, for the appellant.

Jean Baillargeon and *Mireille Gourdeau*, for the respondent.

English version of the judgment delivered by

THE COURT — This case concerns a little girl, S., who was three and a half years old when her custody was awarded by consent to her mother, the appellant, after the parties had separated. She is now six years old and has always lived with her mother.

Following their separation in 1989 the parties settled the various measures of relief corollary to the divorce by an agreement which was subsequently approved by judgment. This agreement, while awarding S.'s custody to the mother, imposed on her the duty to inform the father in advance of any plans to move, and the latter was also awarded visiting rights. In 1991, when the appellant decided she would like to settle in France, where she had been born and where the parties were married, the father filed an application for a change of custody in the Quebec Superior Court. The mother did not carry out her plans but this incident prompted the parties, while leaving the custody arrangements unchanged, to alter the agreement concluded earlier to include conditions as to the place of the child's residence. The rele-

et confrontés à la conduite de la mère, nous n'avons d'autre choix que de confirmer l'arrêt de la Cour d'appel.

Lois et règlements cités

Convention sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1993] R.J.Q. 1728 (*sub nom. Droit de la famille — 1826*), 57 Q.A.C. 241, qui a infirmé un jugement de la Cour supérieure rendu le 26 octobre 1992, qui avait rejeté la requête de l'intimé en changement de garde. Pourvoi rejeté.

François Luc Coallier et *Guy Ruel*, pour l'appellante.

Jean Baillargeon et *Mireille Gourdeau*, pour l'intimé.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR — Ce litige concerne une petite fille, S., qui était âgée de trois mois et demi lorsque sa garde fut confiée d'un commun accord à sa mère, l'appellante, après la séparation des parties. Elle a maintenant six ans et a toujours vécu avec sa mère.

Suite à leur rupture en 1989, les parties règlent par une entente, qui sera par la suite entérinée par jugement, les diverses mesures accessoires au divorce. Tout en attribuant la garde de S. à la mère, cet accord lui impose l'obligation d'informer à l'avance le père, à qui sont accordés des droits de visite, de tout projet de déménagement. En 1991, suite à la formulation par l'appellante du désir de s'installer en France, où elle est née et où les parties se sont mariées, le père dépose une requête en changement de garde devant la Cour supérieure du Québec. La mère ne mène pas son projet à terme mais cet épisode pousse les parties, tout en laissant inchangés les arrangements relatifs à la garde, à modifier l'accord précédemment conclu afin d'y inclure des conditions quant au lieu de résidence de l'enfant. La clause pertinente de cette nouvelle

1

2

vant clause of this new agreement, which was approved by a Superior Court judgment on November 6, 1991, reads as follows:

[TRANSLATION]

17) Unless the contrary is mutually agreed upon, the mother may not live with [S.] in France or elsewhere outside of Quebec or in any other place where the father might lose his rights of access to the child, so long as [S.] is less than eight years old;

convention, qui fut entérinée par jugement de la Cour supérieure le 6 novembre 1991, se lit ainsi:

17) La mère, à moins d'entente à l'amiable à l'effet contraire, ne pourra pas aller vivre en France avec [S.], ou ailleurs hors du Québec, ou en tout autre endroit où le père se verrait privé de ses droits d'accès à l'enfant, et ce, jusqu'à ce que [S.] ait atteint l'âge de huit (8) ans;

3 In July 1992 the mother spent the summer in France with S. as she was allowed to do by the latest agreement signed by the parties. However, she failed to return to Canada on the scheduled date and decided to settle permanently in France. The father was then able to talk to the child on the telephone occasionally but he never saw S. again and since 1994 has had no news of her: at present he has no idea where the mother and child are living. On August 25, 1992, he accordingly filed an application in the Quebec Superior Court for a change of custody. On September 18, 1992, the day scheduled for the hearing, Boisvert J. granted an adjournment as the mother was absent, but ordered her to appear in court for the hearing on the merits and required her to allow telephone contact between the father and the child. When the case was again called for hearing on October 16, 1992, the mother was still absent but was represented by counsel, who proceeded to cross-examine the witnesses called by the father. On October 26, 1992, Boisvert J. dismissed the application. By a judgment on June 3, 1993, the Court of Appeal reversed this decision and awarded custody of the child to the father ([1993] R.J.Q. 1728, 57 Q.A.C. 241): hence the appeal at bar by the mother to this Court.

En juillet 1992, la mère séjourne en France avec S. pour la période estivale, comme le lui permet le dernier accord signé par les parties. Elle fait cependant défaut de rentrer au Canada à la date prévue, et décide de s'installer définitivement en France. Le père a ensuite pu s'entretenir occasionnellement avec l'enfant par téléphone, mais il n'a jamais revu S. et depuis 1994, il n'en a plus de nouvelles, ignorant tout du lieu de résidence actuel de la mère et de l'enfant. Il présente donc le 25 août 1992 une requête en changement de garde devant la Cour supérieure du Québec. Le 18 septembre 1992, jour prévu pour l'audition, le juge Boisvert accorde une remise en raison de l'absence de la mère, mais ordonne à cette dernière de se présenter en cour pour l'audition au fond et lui somme de permettre les contacts téléphoniques entre le père et l'enfant. À la reprise des débats le 16 octobre 1992, la mère ne comparait toujours pas, mais elle est représentée par un procureur qui procède au contre-interrogatoire des témoins appelés par le père. Le 26 octobre 1992, le juge Boisvert rejette la requête. Par jugement du 3 juin 1993, la Cour d'appel renverse cette décision et confie la garde de l'enfant au père, [1993] R.J.Q. 1728, 57 Q.A.C. 241, d'où le présent pourvoi formé par la mère devant nous.

4 Here one must mention certain complications brought to our attention which are relevant to the decision we have to make.

Il faut mentionner ici certaines complications, portées à notre connaissance, qui sont pertinentes à la décision que nous devons rendre.

5 In October 1992, the mother initiated proceedings in France to amend the parties' agreement of November 1991 so she could live with the child in France. The trial court refused to apply the *Convention on the Civil Aspects of International Child*

En octobre 1992, la mère entreprend en France des procédures visant à modifier l'entente des parties de novembre 1991, afin qu'elle puisse vivre en France avec l'enfant. La cour de première instance refuse d'appliquer la *Convention sur les aspects*

Abduction, Can. T.S. 1983 No. 35, which the father cited in opposition. Once the Court of Appeal judgment became executory, to which the appellant made no objection by filing an application for a stay of execution, the father obtained an order for the return of the child pursuant to the Convention. When the mother appealed this order, the Court of Appeal of Montpellier declared on May 9, 1994 that in view of the agreement concluded by the parties in 1991 the failure to return the child had been unlawful from August 13, 1992. The Court then affirmed the order to return the child to Quebec. This judgment may be currently on appeal in the Court of Cassation in France. Despite this, there is apparently in effect a search warrant issued by Interpol for the mother and the child.

The result of this series of events is that since 1992 the Quebec courts have been partly denied the information needed to determine the child's best interests, which remain the applicable test in this matter. Although the awarding of custody clearly should not be a means of punishing a parent for failure to observe an agreement and, in the case at bar, a court judgment, the fact remains that the Quebec courts could not add to insufficient evidence and so could only decide on the basis of the evidence they had. This is what the Court of Appeal did and this Court cannot conclude that it erred in so doing. In seeking to place herself beyond the reach of the law in both Quebec and France, the appellant has flaunted the authority of the courts and prevented them from properly exercising their protective function in respect of the child. As this Court only has the evidence presented by the father, which tends to show that he is able to care for the child properly, and has before it the mother's conduct, it has no alternative but to dismiss the appeal.

For these reasons, the appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Ruel, Coallier & Associés, Sillery.

civils de l'enlèvement international d'enfants, R.T. Can. 1983 n° 35, que le père avait invoquée en défense. Une fois le jugement de la Cour d'appel devenu exécutoire, sans que l'appelante ne s'y oppose en présentant une requête en sursis d'exécution, le père obtient une ordonnance de retour de l'enfant en vertu de la Convention. Suite à l'appel de la mère contre cette ordonnance, le 9 mai 1994 la Cour d'appel de Montpellier déclare qu'il y a eu non-retour illicite de l'enfant à partir du 13 août 1992 vu l'accord conclu par les parties en 1991. La cour confirme alors l'ordonnance de retourner l'enfant au Québec. Ce jugement ferait présentement l'objet d'un recours en Cour de cassation, en France. Il n'empêche qu'est en vigueur, semble-t-il, un mandat de recherche décerné par Interpol à l'endroit de la mère et de l'enfant.

L'ensemble de ces incidents fait que, depuis 1992, les tribunaux du Québec ont été en partie privés de l'information nécessaire à l'évaluation du meilleur intérêt de l'enfant, qui demeure le critère applicable en la matière. Bien que l'attribution de la garde ne saurait devenir un moyen de punir un parent en défaut de respecter une convention et, ici, une décision de justice, il n'en reste pas moins que les tribunaux québécois ne pouvaient ajouter à une preuve défailante, et ne pouvaient donc décider qu'en vertu de celle-ci. C'est ce que la Cour d'appel a fait, et nous ne pouvons conclure qu'elle a erré en cela. En cherchant à se soustraire à la justice à la fois au Québec et en France, l'appelante remettait en cause l'autorité des tribunaux et les empêchait d'exercer pleinement leur fonction protectrice à l'égard de l'enfant. Ne disposant que de la preuve offerte par le père tendant à démontrer sa capacité à assurer adéquatement la garde, et confrontés à la conduite de la mère, nous n'avons d'autre alternative que de rejeter l'appel.

Par ces motifs, l'appel est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Ruel, Coallier & Associés, Sillery.

*Solicitor for the respondent: Jean Baillargeon,
Québec.*

*Procureur de l'intimé: Jean Baillargeon,
Québec.*



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, 1995 Vol. 4

and Tables

**Cited as [1995] 4 S.C.R. { i-xxxiii
597-793**

4^e cahier, 1995 Vol. 4

et Tables

**Renvoi [1995] 4 R.C.S. { i-xxxiii
597-793**

Published pursuant to the Supreme Court Act by

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

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
ODILE CALDER

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

Revisors
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Manager, Editorial Services
GISÈLE BOULAY

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

Secretaries
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

Queen's Printer for Canada, Ottawa, 1996.

CONTENTS

Title Page.....	i
List of Judges	ii
Errata.....	iv
Motions	v
Table of Judgments	ix
Table of Cases Cited	xiii
Statutes and Regulations Cited	xxv
Authors Cited	xxix
Index	785
Hollis v. Dow Corning Corp.	634
Torts — Manufacturers' duty to warn — Learned intermediary — Breast implant ruptured — Patient not previously warned by doctor of post-surgical risks or of possibility of implant rup-	

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par

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

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
ODILE CALDER

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

Réviseurs
RICHARD BERBERI
LILIANE BARIBEAU
CHRISTIAN C.-DESPRÉS

Gestionnaire, Service de l'édition
GISÈLE BOULAY

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

Secrétaires
SUZANNE GIGUÈRE
INGRID LOYOLA-NAZARETH

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

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

SOMMAIRE

Page titre.....	i
Liste des juges.....	iii
Errata.....	iv
Requêtes.....	v
Table des jugements	xi
Table de la jurisprudence	xiii
Lois et règlements cités	xxvii
Doctrine citée	xxix
Index	789
Hollis c. Dow Corning Corp.	634
Responsabilité délictuelle — Obligation de mise en garde du fabricant — Intermédiaire compétent — Rupture d'un implant mammaire — Omission par le médecin de mettre la patiente en	

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

ture — Whether or not manufacturer had duty to warn patient and/or doctor — Whether or not principles of learned intermediary affecting duty of manufacturer to warn patient directly.

Torts — Causation — Whether subjective or objective test to patient's decision to undergo surgery knowing risks — Whether manufacturer entitled to escape liability on what doctor would have done if properly warned.

Practice — Appellate court powers — Finding of fact — Whether finding of fact can be made by appeal court or whether matter should be referred to trial court.

MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson..... 725

Constitutional law — Courts — Transfer of superior court powers to inferior tribunal — Youth courts granted exclusive jurisdiction to try youths for ex facie contempt of superior courts — Whether exclusive grant of jurisdiction constitutional — Constitution Act, 1867, s. 96 — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 47(2).

R. v. Adams..... 707

Appeal — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Publication ban as to identity of sexual assault complainant — Trial judge lifting ban on own motion and without consent after acquitting accused — Whether or not Supreme Court had jurisdiction to hear Crown's appeal from order lifting ban — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1), (3).

Appeal — Supreme Court of Canada — Mootness — Mandatory publication ban as to identity of sexual assault complainant lifted by trial judge without consent — Name not yet published by media — Whether or not live issue — If not, whether Supreme Court should exercise jurisdiction to hear case.

Criminal law — Publication bans — Rescission of ban as to identity of sexual assault complainant — Trial judge finding during accused's trial for sexual assault that complainant a prostitute — Trial judge lifting ban on own motion and without consent after accused's acquittal — Whether or not judge authorized to lift ban — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 486(3), (4).

R. v. Hinse 597

Practice — Supreme Court of Canada — Application for reconsideration of order refusing leave to appeal from Court of Appeal's judgment — Policy governing such applications — Unique question of jurisdiction raised by application — Whether application for reconsideration should be allowed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rules 7, 51(12).

Appeal — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Accused appealing conviction for armed robbery 27 years later

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

garde contre les risques de complications postopératoires ou la possibilité de rupture de l'implant — Le fabricant avait-il l'obligation de mettre la patiente et/ou le médecin en garde? — Les principes de l'intermédiaire compétent modifient-ils l'obligation du fabricant de mettre la patiente en garde directement?

Responsabilité délictuelle — Causalité — Doit-on appliquer le critère subjectif ou objectif à la décision du patient de subir une opération chirurgicale en étant informé des risques? — Le fabricant peut-il échapper à toute responsabilité du fait de ce que le médecin aurait fait s'il avait été adéquatement mis en garde?

Pratique — Pouvoirs de la cour d'appel — Conclusion de fait — La cour d'appel peut-elle tirer une conclusion de fait ou l'affaire doit-elle être renvoyée en première instance?

MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson..... 725

Droit constitutionnel — Tribunaux — Transfert de pouvoirs d'une cour supérieure à un tribunal inférieur — Attribution aux tribunaux pour adolescents de la compétence exclusive pour juger des adolescents pour outrage commis en dehors des audiences d'une cour supérieure — L'attribution de compétence exclusive est-elle constitutionnelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 96 — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 47(2).

R. c. Adams..... 707

Appel — Cour suprême du Canada — Compétence — Interdiction de publier le nom d'une plaignante victime d'agression sexuelle — Juge du procès levant l'interdiction de sa propre initiative et sans consentement après avoir acquitté l'accusé — La Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre l'appel du ministère public contre l'ordonnance levant l'interdiction? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1), (3).

Appel — Cour suprême du Canada — Caractère théorique — Interdiction impérative de publier le nom d'une plaignante victime d'agression sexuelle levée sans consentement par le juge du procès — Nom pas encore publié par les médias — La question se pose-t-elle réellement? — Dans la négative, la Cour suprême doit-elle exercer sa compétence pour entendre l'affaire?

Droit criminel — Interdictions de publication — Levée de l'interdiction de publier le nom d'une plaignante victime d'agression sexuelle — Juge concluant pendant le procès d'une personne accusée d'agression sexuelle que la plaignante est une prostituée — Juge du procès levant l'interdiction de sa propre initiative et sans consentement après l'acquiescement de l'accusé — Le juge du procès était-il autorisé à lever l'interdiction? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486(3), (4).

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

on basis of fresh evidence — Court of Appeal allowing accused's appeal and setting aside his conviction but entering stay of proceedings for abuse of process instead of ordering new trial or acquittal — Whether Supreme Court has jurisdiction to entertain application for leave to appeal from Court of Appeal's order entering stay of proceedings — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(8).

SOMMAIRE (Fin)

R. c. Hinse 597

Pratique — Cour suprême du Canada — Demande de réexamen d'une ordonnance refusant l'autorisation de pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel — Politique régissant ces demandes — Caractère exceptionnel de la question de compétence soulevée par la demande — Y a-t-il lieu d'accueillir la demande de réexamen? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 7, 51(12).

Appel — Cour suprême du Canada — Compétence — Accusé interjetant appel contre sa déclaration de culpabilité de vol qualifié 27 ans plus tard sur la foi de nouveaux éléments de preuve — Cour d'appel accueillant l'appel de l'accusé et annulant sa déclaration de culpabilité, mais ordonnant l'arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure, au lieu d'ordonner un nouveau procès ou d'imposer un verdict d'acquiescement — La Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre une demande d'autorisation de pourvoi contre l'ordonnance de la Cour d'appel prescrivant un arrêt des procédures? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(8).



1995 Volume 4

Canada Supreme Court Reports

Published pursuant to Statute by

ANNE ROLAND
Registrar of the Court

Deputy Registrar
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Director, Law Reports
Odile Calder

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Revisors
Richard Berberi
Liliane Baribeau
Christian C.-Després

Manager, Editorial Services
Gisèle Boulay

Technical Revisors
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty

Secretaries
Suzanne Giguère
Ingrid Loyola-Nazareth

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Publié conformément à la Loi par

ANNE ROLAND
Registraire de la Cour

Registraire adjoint
LOUISE MEAGHER, LL.B.

Directrice, Recueil
Odile Calder

Arrêtistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.
Sally Griffin, LL.B.

Réviseurs
Richard Berberi
Liliane Baribeau
Christian C.-Després

Gestionnaire, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Réviseurs techniques
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Suzanne Audet
Peter O'Doherty

Secrétaires
Suzanne Giguère
Ingrid Loyola-Nazareth

**JUDGES
OF THE
SUPREME COURT OF CANADA**

The Right Honourable ANTONIO LAMER, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable GÉRARD V. LA FOREST

The Honourable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

The Honourable JOHN SOPINKA

The Honourable CHARLES DOHERTY GONTHIER

The Honourable PETER DECARTERET CORY

The Honourable BEVERLEY MCLACHLIN

The Honourable FRANK IACOBUCCI

The Honourable JOHN CHARLES MAJOR

JUGES
DE LA
COUR SUPRÊME DU CANADA

Le très honorable ANTONIO LAMER, C.P., *Juge en chef du Canada*

L'honorable GÉRARD V. LA FOREST

L'honorable CLAIRE L'HEUREUX-DUBÉ

L'honorable JOHN SOPINKA

L'honorable CHARLES DOHERTY GONTHIER

L'honorable PETER DECARTERET CORY

L'honorable BEVERLEY MCLACHLIN

L'honorable FRANK IACOBUCCI

L'honorable JOHN CHARLES MAJOR

ERRATA

- [1994] 2 S.C.R. p. 590, line *d*-3 of the French version. Read «À une extrémité de la gamme, où la norme du caractère raisonnable de la décision appelle le plus haut degré de retenue.» instead of «Pour ce qui est des décisions manifestement déraisonnables, qui appellent la plus grande retenue.»
- [1994] 2 S.C.R. p. 590, line *g*-4 of the French version. Read «À l'autre extrémité de la gamme, où la norme de la décision correcte requiert le moins de retenue» instead of «Quant aux décisions correctes où l'on est tenu à une moins grande retenue.»
- [1995] 2 S.C.R. p. 757, para. 29, line 10 of the French version. Read «À une extrémité de la gamme, où la norme du caractère raisonnable de la décision appelle le plus haut degré de retenue.» instead of «Pour ce qui est des décisions manifestement déraisonnables, qui appellent la plus grande retenue.»
- [1995] 2 S.C.R. p. 757, para. 29, line 15 of the French version. Read «À l'autre extrémité de la gamme, où la norme de la décision correcte requiert le moins de retenue» instead of «Quant aux décisions correctes où l'on est tenu à une moins grande retenue.»
- [1995] 3 S.C.R. p. 204, line 26 of the English version under the heading "(ii) Section 1 Analysis". Read "*La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. (dissenting)*" instead of "*La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.*"
- [1995] 3 S.C.R. p. 204, line 28 of the French version under the heading «(ii) Analyse relative à l'article premier». Read «*Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory (dissidents)*» instead of «*Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory.*»
- [1995] 3 S.C.R. p. 325, para. 121 of the English version. Read "CORY J. (dissenting)" instead of "CORY J."
- [1995] 3 S.C.R. p. 325, para. 121 of the French version. Read «LE JUGE CORY (dissident)» instead of «LE JUGE CORY».
- [1995] 3 S.C.R. p. 365, running head. The words «*Le juge Major*» should be deleted.
- [1994] 2 R.C.S. p. 590, ligne *d*-3 de la version française. Lire «À une extrémité de la gamme, où la norme du caractère raisonnable de la décision appelle le plus haut degré de retenue.» au lieu de «Pour ce qui est des décisions manifestement déraisonnables, qui appellent la plus grande retenue.»
- [1994] 2 R.C.S. p. 590, ligne *g*-4 de la version française. Lire «À l'autre extrémité de la gamme, où la norme de la décision correcte requiert le moins de retenue» au lieu de «Quant aux décisions correctes où l'on est tenu à une moins grande retenue.»
- [1995] 2 R.C.S. p. 757, par. 29, ligne 10 de la version française. Lire «À une extrémité de la gamme, où la norme du caractère raisonnable de la décision appelle le plus haut degré de retenue.» au lieu de «Pour ce qui est des décisions manifestement déraisonnables, qui appellent la plus grande retenue.»
- [1995] 2 R.C.S. p. 757, par. 29, ligne 15 de la version française. Lire «À l'autre extrémité de la gamme, où la norme de la décision correcte requiert le moins de retenue» au lieu de «Quant aux décisions correctes où l'on est tenu à une moins grande retenue.»
- [1995] 3 R.C.S. p. 204, ligne 26 de la version anglaise sous la rubrique «(ii) Section 1 Analysis». Lire «*La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ. (dissenting)*» au lieu de «*La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier and Cory JJ.*»
- [1995] 3 R.C.S. p. 204, ligne 28 de la version française sous la rubrique «(ii) Analyse relative à l'article premier». Lire «*Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory (dissidents)*» au lieu de «*Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier et Cory.*»
- [1995] 3 R.C.S. p. 325, par. 121 de la version anglaise. Lire «CORY J. (dissenting)» au lieu de «CORY J.»
- [1995] 3 R.C.S. p. 325, par. 121 de la version française. Lire «LE JUGE CORY (dissident)» au lieu de «LE JUGE CORY».
- [1995] 3 R.C.S. p. 365, titre courant. Les mots «*Le juge Major*» doivent être supprimés.

MOTIONS — REQUÊTES
(October 1 to December 31, 1995 — 1^{er} octobre au 31 décembre 1995)

- 771225 Ontario Inc. v. Bramco Holdings Co.* (Ont.), 24649, leave to appeal refused with costs, 2.11.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- A.M. v. Ryan* (B.C.), 24612, leave to appeal granted, 19.10.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Arica v. Minister of Employment and Immigration* (F.C.A.)(Ont.), 24852, leave to appeal refused with costs, 16.11.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ash v. Ash* (B.C.), 24516, leave to appeal refused with costs, 9.11.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Athey v. Leonati* (B.C.), 24725, leave to appeal granted, 9.11.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Attorney General of British Columbia v. Zutter* (B.C.), 24742, leave to appeal refused with costs, 21.12.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Attorney General of Canada v. Jenkins* (F.C.A.)(Ont.), 24797, leave to appeal refused with costs, 9.11.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Audet c. La Reine* (Crim.)(N.B.), 24653, leave to cross-appeal refused, 26.10.95, autorisation d'appel incident refusée.
- Beaupré c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24829, leave to appeal refused, 19.10.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Biscette v. The Queen* (Crim.)(Alta.), 24787, leave to appeal granted, 7.12.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Board of Education for the City of Toronto v. Ontario Secondary School Teachers' Federation, District 15 (Toronto)* (Ont.), 24724, leave to appeal granted, 12.10.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Brant County Board of Education v. Eaton* (Ont.), 24668, leave to appeal granted, 26.10.95, autorisation de pourvoi accordée.
- C.N. Weber Ltd. v. Dooley* (Ont.), 24693, leave to appeal refused, 19.10.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Casselman v. Serban* (B.C.), 24613, leave to appeal refused with costs, 26.10.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Cheticamp Fish Co-Operative Ltd. v. The Queen in right of Canada* (N.S.), 24700, leave to appeal refused with costs, 12.10.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Collier v. Insurance Corporation of British Columbia* (B.C.), 24560, leave to appeal refused, 26.10.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Comeau's Sea Foods Ltd. v. The Queen in right of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 24682, leave to appeal granted, 9.11.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Compagnie Montréal Trust c. Gestion d'investissements Jadeau Inc.* (Qué.), 24843, leave to appeal refused with costs, 2.11.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Dagg v. Minister of Finance* (F.C.A.)(Ont.), 24786, leave to appeal granted, 7.12.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Dell Holdings Ltd. v. Toronto Area Transit Operating Authority* (Ont.), 24695, leave to appeal granted, 9.11.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Dupont Canada Inc. v. Alliedsignal Inc.* (F.C.A.)(Ont.), 24781, leave to appeal refused with costs, 30.11.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

- Dussiaume v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24777, leave to appeal refused, 7.12.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Erdman v. Chaput* (Ont.), 24686, leave to appeal refused with costs, 16.11.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ernst & Young Inc. v. B.J. Robertson & Associates Ltd.* (Alta.), 24545, leave to appeal refused with costs, 9.11.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fabrikant c. Adolph* (Qué.), 24655, leave to appeal refused with costs, 19.10.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Fenney v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24752, leave to appeal granted, 9.11.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Fieldhouse v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24785, leave to appeal refused, 7.12.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Garrett v. Clayton* (B.C.), 24685, leave to appeal refused with costs, 2.11.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gestion Gilles Ménard Inc. c. Filion* (Qué.), 24375, leave to appeal refused with costs, 9.11.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Gillen v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24801, leave to appeal refused, 19.10.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Goodswimmer v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Alta.), 24737, leave to appeal granted, 19.10.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Goodswimmer v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Alta.), 24745, leave to appeal granted, 19.10.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Gorman c. Azrieli* (Qué.), 24926, notice of discontinuance filed, 10.11.95, avis de désistement produit.
- Governing Council of the University of Toronto v. Budget Rent A Car of Edmonton Ltd.* (Alta.), 24647, leave to appeal refused with costs, 12.10.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Graham Construction and Engineering (1985) Ltd. v. Thunderbrick Ltd.* (Sask.), 24762, leave to appeal refused with costs, 16.11.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Haughton v. Parker* (Ont.), 24710, leave to appeal refused with costs, 2.11.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Hennick v. Attorney General of Canada* (F.C.A.)(Ont.), 24699, leave to appeal refused, 26.10.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Hinse c. La Reine* (Crim.)(Qué.), 24320, application for reconsideration of the order refusing leave to appeal is granted, L'Heureux-Dubé J. dissenting, 30.11.95, demande de réexamen de l'ordonnance refusant une autorisation de pourvoi est accordée, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.
- J.F. c. M.G.* (Qué.), 24796, leave to appeal refused with costs, 19.10.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- J.F.S. c. E.V.* (Qué.), 24817, leave to appeal refused with costs, 9.11.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- JMSC Holdings Inc. v. Oshawa Group Ltd.* (N.S.), 24617, leave to appeal refused with costs, 26.10.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jacquard v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 24660, leave to appeal granted, 12.10.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Jaffe v. Miller* (Ont.), 24971, leave to appeal refused with costs, 14.12.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Jansen v. Kroeker* (B.C.), 24763, leave to appeal refused with costs, 2.11.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Krusel v. Firth* (B.C.), 24764, leave to appeal refused with costs, 2.11.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Kubel v. Kubel* (Alta.), 24806, notice of discontinuance filed, 27.10.95, avis de désistement produit.
- Leon v. United States of America* (Crim.)(Ont.), 24522, leave to appeal granted, 26.10.95, autorisation de pourvoi accordée.

- Letourneau v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24645, leave to appeal refused, 2.11.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Ludmer v. The Queen* (F.C.A.)(Ont.), 24573, leave to appeal refused, 26.10.95, autorisation de pourvoi refusée.
- M.S. v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24802, leave to appeal refused with costs, 9.11.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Manj v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24870, leave to appeal refused, 7.12.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Mara Properties Ltd. v. The Queen* (F.C.A.)(B.C.), 24684, leave to appeal granted, 12.10.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Mattice v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24808, leave to appeal refused, 26.10.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Merck & Co. Inc. v. Apotex Inc.* (F.C.A.)(Ont.), 24751, leave to appeal refused with costs, 7.12.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Moghbel c. The Queen* (C.A.F.)(Qué.), 24307, leave to appeal refused with costs, 26.10.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Northeast Marine Services Ltd. v. Atlantic Pilotage Authority* (F.C.A.)(N.S.), 24629, leave to appeal granted, 6.11.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Omar C. v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24283, leave to appeal refused, 2.10.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Pacific Fishermen's Alliance v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24750, leave to appeal refused, 7.12.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Paintings, Drawings and Photographic Slides of Paintings v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24791, leave to appeal and leave to cross-appeal refused, 12.10.95, autorisation d'appel et autorisation d'appel incident refusées.
- Pathak v. Canadian Human Rights Council* (F.C.A.)(B.C.), 24809, leave to appeal refused, 7.12.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Poirier c. Ville de Lachine* (Qué.), 24836, leave to appeal refused with costs, 9.11.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Procureur général du Canada c. Hydro-Québec* (Qué.), 24652, leave to appeal granted, 12.10.95, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Follett* (Crim.)(Nfld.), 24775, leave to appeal refused, 16.11.95, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Green* (Crim.)(Nfld.), 24753, leave to appeal refused, 26.10.95, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Michaud* (Crim.)(N.B.), 24798, leave to appeal granted, 12.10.95, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Rarru* (Crim.)(B.C.), 24816, leave to appeal refused, 7.12.95, autorisation de pourvoi refusée.
- R. v. Royal Bank of Canada* (Alta.), 24713, leave to appeal granted, 12.10.95, autorisation de pourvoi accordée.
- R. v. Tarnovsky* (Crim.)(Ont.), 24772, leave to appeal refused, 12.10.95, autorisation de pourvoi refusée.
- R.J.S. v. The Queen* (Crim.)(N.S.), 24866, leave to appeal refused, 2.11.95, autorisation de pourvoi refusée.
- R.M.G. v. The Queen* (Crim.)(B.C.), 24709, leave to appeal granted, 12.10.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Roussel c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration* (C.A.F.)(Qué.), 24863, leave to appeal refused, 30.11.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Roy c. Procureur général du Québec* (Qué.), 24878, leave to appeal refused with costs, 21.12.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Royer v. The Queen* (Crim.)(Ont.), 24640, leave to appeal granted, 12.10.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Services environnementaux Laidlaw (Mercier) Ltée c. Procureur général du Québec* (Qué.), 24632, leave to appeal refused with costs, 12.10.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Shah v. The Queen in right of Alberta* (Alta.), 24908, notice of discontinuance filed, 10.11.95, avis de désistement produit.

- Sullivan (Bruce Wayne) v. Sullivan (Alta.)*, 24691, leave to appeal refused with costs, 26.10.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Sullivan (Penelope Karvellas) v. Fletcher (Alta.)*, 24819, leave to appeal refused, 7.12.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Syndicat professionnel des ingénieurs d'Hydro-Québec c. Hydro-Québec (C.A.F.)(Qué.)*, 24875, leave to appeal refused with costs to the respondent Hydro-Québec, 16.11.95, autorisation d'appel refusée avec dépens à l'intimée Hydro-Québec.
- T.S.A. v. The Queen (Crim.)(Ont.)*, 24741, leave to appeal refused, 16.11.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Tors Cove Excavating Ltd. v. Newfoundland and Labrador Housing Corporation (Nfld.)*, 24688, leave to appeal refused with costs, 9.11.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Upton v. King Island Clay Ltd. (B.C.)*, 24669, leave to appeal refused with costs, 26.10.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Ville de Montréal c. Syndicat canadien de la fonction publique, section locale 301 (Qué.)*, 24761, leave to appeal granted, 12.10.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Ville de Pointe-Claire c. Syndicat des employées et employés professionnels-les et de bureau, Section locale 57 (Qué.)*, 24845, leave to appeal granted, 7.12.95, autorisation de pourvoi accordée.
- Viola v. The Queen (Crim.)(Alta.)*, 24694, leave to appeal refused, 19.10.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Westcoast Energy Inc. v. Husky Oil Operations Ltd. (Alta.)*, 24719, leave to appeal refused with costs, 23.11.95, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.
- Widema v. The Queen (Crim.)(Ont.)*, 24827, leave to appeal refused, 9.11.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Williams v. The Queen (Crim.)(B.C.)*, 24770, leave to appeal refused, 9.11.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Wong v. United States of America (Crim.)(B.C.)*, 24698, leave to appeal refused, 30.11.95, autorisation de pourvoi refusée.
- Workers' Compensation Board of New Brunswick v. Savoie (N.B.)*, 24813, notice of discontinuance filed, 27.10.95, avis de désistement produit.

TABLE OF JUDGMENTS

The styles of cause in the present table are the standardized styles of cause (as expressed under the "Indexed as" entry in each case) with the necessary cross-references.

	PAGE		PAGE
A		F	
A. (L.L.) v. B. (A.)	536	Fire v. Longtin.....	3
Adams, R. v.....	707	Fitzpatrick, R. v.....	154
Apsassin v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development).....	344	Fleurant, R. v.....	47
B		H	
B. (A.), A. (L.L.) v.	536	Hinse, R. v.....	597
Blair v. Consolidated Enfield Corp.....	5	Hollis v. Dow Corning Corp.....	634
Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development).....	344	J	
Brydon, R. v.....	253	J.P. v. MacMillan Bloedel Ltd.	725
C		Jorgensen, R. v.....	55
Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development), Apsassin v.	344	K	
Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development), Blueberry River Indian Band)v.	344	K. (B.), R. v.....	186
Commission see also "Canada" or the name of province		Khela, R. v.	201
Conseil de la magistrature, Ruffo v.	267	L	
Consolidated Enfield Corp., Blair v.....	5	L.B. (G.), P. (M.) v.....	592
D		Livermore, R. v.....	123
Dow Corning Corp., Hollis v.....	634	Longtin, Fire v.....	3
D		M	
		MacMillan Bloedel Ltd., J.P. v.	725
		MacMillan Bloedel Ltd. v. Simpson.....	725
		Minister see also "Canada" or the name of province	
		Marc, R. v.....	50

	PAGE		PAGE
Mathieu, R. v.....	46	R. v. Khela	201
Munroe, R. v.	53	R. v. Livermore.....	123
		R. v. Marc.....	50
N		R. v. Mathieu.....	46
		R. v. Munroe	53
Nagy, R. v.	42	R. v. Nagy	42
		R. v. O'Connor.....	411
O		R. v. Patriquen.....	42
		R. v. Polo.....	44
O'Connor, R. v.....	411	R. v. Rogalsky.....	48
Office see also "Canada" or the name of province		R. v. Shropshire.....	227
		R. v. W. (A.).....	51
P		Rogalsky, R. v.....	48
		Ruffo v. Conseil de la magistrature	267
P. (J.) v. MacMillan Bloedel Ltd.	725	S	
P. (M.) v. L.B. (G.).....	592	Shropshire, R. v.....	227
Patriquen, R. v.....	42	Simpson, MacMillan Bloedel Ltd. v.	725
Polo, R. v.....	44	T	
Q		The Queen see also "R."	
Queen see also "R."		U	
R		Union see also under abbreviated name	
R. v. Adams.....	707	W	
R. v. Brydon.....	253	W. (A.), R. v.	51
R. v. Fitzpatrick.....	154		
R. v. Fleurant.....	47		
R. v. Hinse.....	597		
R. v. Jorgensen.....	55		
R. v. K. (B.)	186		

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
A		F	
A. (L.L.) c. B. (A.)	536	Fire c. Longtin.....	3
Adams, R. c.	707	Fitzpatrick, R. c.	154
Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)	344	Fleurant, R. c.	47
B		H	
B. (A.), A. (L.L.) c.	536	Hinse, R. c.	597
Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien).....	344	Hollis c. Dow Corning Corp.	634
Blair c. Consolidated Enfield Corp.	5	J	
Brydon R. c.	253	J.P. c. MacMillan Bloedel Ltd.....	725
C		Jorgensen, R. c.	55
Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien), Apsassin c.	344	K	
Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien), Bande indienne de la rivière Blueberry c.	344	K. (B.), R. c.	186
Commission voir aussi «Canada» ou nom de la province		Khela, R. c.	201
Conseil de la magistrature, Ruffo c.	267	L	
Consolidated Enfield Corp., Blair c.	5	L.B. (G.), P. (M.) c.	592
D		La Reine voir aussi «R.»	
Dow Corning Corp., Hollis c.	634	Livermore, R. c.	123
F		Longtin, Fire c.	3
H		M	
J		MacMillan Bloedel Ltd., J.P. c.	725
K		MacMillan Bloedel Ltd. c. Simpson	725
L		Marc, R. c.	50
M		Mathieu, R. c.	46

	PAGE		PAGE
Munroe, R. c.....	53	R. c. Fleurant.....	47
Ministre voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Hinse.....	597
		R. c. Jorgensen.....	55
N		R. c. K. (B.).....	186
Nagy, R. c.....	42	R. c. Khela.....	201
		R. c. Livermore.....	123
O		R. c. Marc.....	50
O'Connor, R. c.....	411	R. c. Mathieu.....	46
Office voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. Munroe.....	53
		R. c. Nagy.....	42
P		R. c. O'Connor.....	411
P. (J.) c. MacMillan Bloedel Ltd.	725	R. c. Patriquen.....	42
P. (M.) c. L.B. (G.).....	592	R. c. Polo.....	44
Patriquen, R. c.....	42	R. c. Rogalsky.....	48
Polo, R. c.....	44	R. c. Shropshire.....	227
Procureur général voir aussi «Canada» ou nom de la province		R. c. W. (A.).....	51
		Rogalsky, R. c.	48
R		Ruffo c. Conseil de la magistrature.....	267
Reine voir aussi «R.»			
R. c. Adams.....	707	S	
R. c. Brydon.....	253	Shropshire, R. c.	227
R. c. Fitzpatrick.....	154	Simpson, MacMillan Bloedel Ltd. c.	725
		Syndicat voir aussi sous nom abrégé	
		W	
		W. (A.), R. c.....	51

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
A		
A. (L.L.) v. B. (A.)	[1995] 4 S.C.R. 536.....	427, 445
Advisory Opinion to the House of Representatives	469 A.2d 1161 (1983)	566
Albert and Le Compte	Eur. Court H. R., judgment of 10 February 1983, Series A No. 58.....	319
Albert et Le Compte	Cour eur. D. H., arrêt du 10 février 1983, série A n° 58.....	319
Alcyon Shipping Co. v. O'Krane.....	[1961] S.C.R. 299	28
Alfred Crompton Amusement Machines Ltd. v. Customs and Excise Commissioners (No. 2).....	[1974] A.C. 405	568
Andrews v. Law Society of British Columbia.....	[1989] 1 S.C.R. 143.....	489
Arendale v. Canada Bread Co.	[1941] 2 D.L.R. 41	655
Attorney-General of British Columbia v. Attorney-General of Cana- da	(1889), 14 A.C. 295.....	396
Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia	[1982] 2 S.C.R. 307.....	752
Attorney General of Quebec v. Cohen	[1979] 2 S.C.R. 305.....	558
Attorney General of Quebec v. Grondin	[1983] 2 S.C.R. 364.....	765
B		
B. (R.) v. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto	[1995] 1 S.C.R. 315.....	482
B.C. Motor Vehicle Act, Re	[1985] 2 S.C.R. 486.....	166, 456
B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 214.....	193, 749
B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 214.....	193, 749
Baldwin v. New York	399 U.S. 66 (1970).....	193
Balogh v. Crown Court at St. Albans.....	[1974] 3 All E.R. 283.....	194, 199
Bank of Nova Scotia v. Dunphy Leasing Enterprises Ltd.....	(1991), 83 Alta. L.R. (2d) 289.....	703
Baron v. Canada.....	[1993] 1 S.C.R. 416.....	497
Bathgate v. National Hockey League Pension Society	(1994), 16 O.R. (3d) 761.....	36
Berkheiser v. Berkheiser	[1957] S.C.R. 387	386
Bisailon v. Keable.....	[1983] 2 S.C.R. 60.....	577
Bloom v. Illinois	391 U.S. 194 (1968).....	193

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Board of Regents of State Colleges v. Roth.....	408 U.S. 564 (1972).....	484
Bomac Batten Ltd. and Pozhke, Re.....	(1983), 43 O.R. (2d) 344.....	29
Borowski c. Canada (Procureur général).....	[1989] 1 R.C.S. 342.....	718
Borowski v. Canada (Attorney General).....	[1989] 1 S.C.R. 342.....	718
British Columbia (Attorney General) v. Canada (Attorney General).....	[1994] 2 S.C.R. 41.....	374
British Columbia (Attorney-General) v. Mount Currie Indian Band.....	(1991), 64 C.C.C. (3d) 172.....	734
British Columbia Securities Commission v. Branch.....	[1995] 2 S.C.R. 3.....	167, 514, 588
Buchan v. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd.....	(1986), 12 O.A.C. 361.....	657, 687
Byng v. London Life Association Ltd.....	(1988), 42 B.L.R. 280.....	29
C		
Caccamo v. The Queen.....	[1976] 1 S.C.R. 786.....	508
California v. Byers.....	402 U.S. 424 (1971).....	184
Campbell v. Tameside Metropolitan Borough Council.....	[1982] 1 Q.B. 1065.....	568
Canadian Merchant Service Guild v. Gagnon.....	[1984] 1 S.C.R. 509.....	36
Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général).....	[1988] 2 R.C.S. 122.....	571, 719
Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General).....	[1988] 2 S.C.R. 122.....	571, 719
Canterbury v. Spence.....	464 F.2d 772 (1972).....	656
Carey v. Ontario.....	[1986] 2 S.C.R. 637.....	438, 496
Central Trust Co. v. Rafuse.....	[1986] 2 S.C.R. 147.....	34
Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration).....	[1995] 3 R.C.S. 593.....	701
Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration).....	[1995] 3 S.C.R. 593.....	701
Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence).....	[1992] 2 R.C.S. 394.....	755
Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal).....	[1992] 2 S.C.R. 394.....	755
Church of Scientology and The Queen (No. 6), Re.....	(1987), 31 C.C.C. (3d) 449.....	574
Ciarlariello v. Schacter.....	[1993] 2 S.C.R. 119.....	655
City Equitable Fire Insurance Co., Re.....	[1925] 1 Ch. 407.....	36
City of Mississauga v. Regional Municipality of Peel.....	[1979] 2 S.C.R. 244.....	764
Cobbs v. Grant.....	502 P.2d 1 (1972).....	689
Cohen-Herrendorf v. Army & Navy Department Store Holdings Ltd.....	(1986), 55 Sask. R. 134.....	31
Colautti Construction Ltd. v. City of Ottawa.....	(1984), 9 D.L.R. (4th) 265.....	703
Colombie-Britannique (Procureur général) c. Canada (Procureur général).....	[1994] 2 R.C.S. 41.....	374
Comité paritaire de l'industrie de la chemise v. Potash.....	[1994] 2 S.C.R. 406.....	181
Committee for Justice and Liberty c. Office national de l'énergie.....	[1978] 1 R.C.S. 369.....	287
Committee for Justice and Liberty v. National Energy Board.....	[1978] 1 S.C.R. 369.....	287
Commonwealth v. Samuels.....	511 A.2d 221 (1986).....	566
Commonwealth v. Two Juveniles.....	491 N.E.2d 234 (1986).....	566
Commonwealth v. Wilson.....	602 A.2d 1290 (1992).....	566
Conway v. Rimmer.....	[1968] A.C. 910.....	569
Cook v. Lewis.....	[1951] S.C.R. 830.....	682, 693
Coughlin v. Ontario Highway Transport Board.....	[1968] S.C.R. 569.....	116
Crevier c. Procureur général du Québec.....	[1981] 2 R.C.S. 220.....	752, 775
Crevier v. Attorney General of Quebec.....	[1981] 2 S.C.R. 220.....	751, 775

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Cullen v. The King	[1949] S.C.R. 658	143
Cunningham v. Canada	[1993] 2 S.C.R. 143	458

D

D. v. National Society for the Prevention of Cruelty to Children	[1978] A.C. 171	568
Dagenais c. Société Radio-Canada	[1994] 3 R.C.S. 835.....195, 456, 550, 621	
Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.....	[1994] 3 S.C.R. 835.....195, 456, 550, 621	
Danson c. Ontario (Procureur général)	[1990] 2 R.C.S. 1086.....	329
Danson v. Ontario (Attorney General).....	[1990] 2 S.C.R. 1086.....	329
Davidson v. Connaught Laboratories	(1980), 14 C.C.L.T. 251	659
Davie Shipbuilding Ltd. v. The Queen	[1984] 1 F.C. 461	663, 702
Davis v. Alaska	415 U.S. 308 (1974).....	566
Dersch c. Canada (Procureur général).....	[1990] 2 R.C.S. 1505.....	438, 496
Dersch v. Canada (Attorney General).....	[1990] 2 S.C.R. 1505.....	438, 496
Descôteaux v. Mierzwinski.....	[1982] 1 S.C.R. 860.....	505
Donoghue v. Stevenson.....	[1932] A.C. 562.....	653
Doyle v. The Queen	[1977] 1 S.C.R. 597.....	508
Duncan v. Cammell, Laird & Co.	[1942] A.C. 624	568
Dunkin v. Syntex Laboratories, Inc.	443 F.Supp. 121 (1977).....	659

E

Edmonton Journal c. Alberta (Procureur général).....	[1989] 2 R.C.S. 1326.....	458
Edmonton Journal v. Alberta (Attorney General).....	[1989] 2 S.C.R. 1326.....	458
Elliott v. The Queen.....	[1978] 2 S.C.R. 393.....	624
Exco Corp. v. Nova Scotia Savings & Loan Co.....	(1987), 35 B.L.R. 149	34

F

Fales v. Canada Permanent Trust Co.	[1977] 2 S.C.R. 302.....	401
Fitz Randolph v. Fitz Randolph	(1918), 41 D.L.R. 739	703
Forsythe v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 268.....	558
Frame v. Smith.....	[1987] 2 S.C.R. 99.....	371

G

Gaskin v. Liverpool City Council	[1980] 1 W.L.R. 1549	568
Geffen c. Succession Goodman	[1991] 2 R.C.S. 353.....	577
Geffen v. Goodman Estate.....	[1991] 2 S.C.R. 353.....	577
General Motors of Canada Ltd. v. Brunet.....	[1977] 2 S.C.R. 537.....	23
Glover v. Glover (No. 1)	(1980), 113 D.L.R. (3d) 161	773
Glow v. Paquin.....	[1932] 1 W.W.R. 737	703
Gray v. Yellowknife Gold Mines Ltd.	[1946] O.W.N. 938	29
Griswold v. Connecticut	381 U.S. 479 (1965).....	582
Guerin v. The Queen	[1984] 2 S.C.R. 335.....	362, 370

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Guilde de la marine marchande du Canada c. Gagnon.....	[1984] 1 R.C.S. 509.....	36

H

Hamilton v. Hardy.....	549 P.2d 1099 (1976).....	686
Heimler v. Calvert Caterers Ltd.	(1975), 8 O.R. (2d) 1.....	655
Hill c. Église de scientologie de Toronto.....	[1995] 2 R.C.S. 1130.....	482, 574
Hill v. Church of Scientology of Toronto.....	[1995] 2 S.C.R. 1130.....	482, 574
Hill v. The Queen	[1977] 1 S.C.R. 827.....	621
Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners	[1926] S.C.R. 246.....	719
Hislop and The Queen, Re	(1983), 7 C.C.C. (3d) 240.....	511
Hodgkinson v. Simms.....	[1994] 3 S.C.R. 377.....	372
Hoffman v. Sterling Drug, Inc.	485 F.2d 132 (1973).....	659
Holmes v. Ashford.....	[1950] 2 All E.R. 76.....	660
Hopp v. Lepp.....	[1980] 2 S.C.R. 192.....	655
Hunt v. MacLeod Construction Co.	[1958] S.C.R. 737.....	706
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145.....	482, 582
Hy and Zel's Inc. c. Ontario (Procureur général)	[1993] 3 R.C.S. 675.....	329
Hy and Zel's Inc. v. Ontario (Attorney General).....	[1993] 3 S.C.R. 675.....	329

I

Idziak c. Canada (Ministre de la Justice)	[1992] 3 R.C.S. 631.....	299
Idziak v. Canada (Minister of Justice).....	[1992] 3 S.C.R. 631.....	299
Illinois v. Allen	397 U.S. 337 (1970).....	196
Irvine c. Canada (Commission sur les pratiques restrictives du commerce).....	[1987] 1 R.C.S. 181.....	319
Irvine v. Canada (Restrictive Trade Practices Commission).....	[1987] 1 S.C.R. 181.....	319
IWA v. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.	[1990] 1 S.C.R. 282.....	328

J

Jardine v. Northern Co-operative Timber and Mill Association	[1945] 1 W.W.R. 533.....	702
Johnson v. Hall.....	(1957), 10 D.L.R. (2d) 243.....	29
Johnson v. The Queen.....	[1994] 3 S.C.R. viii.....	610
Just v. British Columbia	[1989] 2 S.C.R. 1228.....	700

K

Kienapple v. The Queen	[1975] 1 S.C.R. 729.....	624
Koschman v. Hay.....	(1977), 17 O.R. (2d) 557.....	701

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
L		
Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.....	[1949] A.C. 134.....	763
Lambert v. Lastoplex Chemicals Co.	[1972] S.C.R. 569.....	652
Le Compte, Van Leuven and De Meyere	Eur. Court H. R., judgment of 23 June 1981, Series A No. 43	319
Le Compte, Van Leuven et De Meyere	Cour eur. D. H., arrêt du 23 juin 1981, série A n° 43	319
Lindsay v. Ortho Pharmaceutical Corp.....	637 F.2d 87 (1980).....	659
Long v. State	65 A.2d 489 (1949)	68
M		
M. (A.) v. Ryan.....	[1993] 7 W.W.R. 480.....	564
M (A Minor) (Disclosure of Material), Re.....	[1990] 2 F.L.R. 36.....	568
M. (E.) v. Martinson	(1993), 81 B.C.L.R. (2d) 184.....	564
M. (K.) v. M. (H).....	[1992] 3 S.C.R. 6.....	408
MacDonald v. Ortho Pharmaceutical Corp.....	475 N.E.2d 65 (1985).....	662
MacDonald Estate v. Martin.....	[1990] 3 S.C.R. 1235.....	336
Mackay v. Manitoba	[1989] 2 S.C.R. 357.....	329
MacKeigan v. Hickman	[1989] 2 S.C.R. 796.....	297
Marshall v. The Queen	[1961] S.C.R. 123	170
McCain Foods Ltd. v. Grand Falls Industries Ltd.	(1991), 116 N.B.R. (2d) 22.....	653
McCarroll v. Powell.....	[1955] 4 D.L.R. 631	706
McCue v. Norwich Pharmacal Co.	453 F.2d 1033 (1972).....	686
McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick	[1983] 1 R.C.S. 704.....	736, 766
McEvoy v. Attorney General for New Brunswick.....	[1983] 1 S.C.R. 704.....	736, 766
McGhee v. National Coal Board	[1973] 1 S.L.T.R. 14	693
McInerney v. MacDonald	[1992] 2 S.C.R. 138.....	482, 582
Meddoui v. The Queen	[1991] 3 S.C.R. ix	613
Meilleur v. U.N.I.-Crete Canada Ltd.	(1985), 32 C.C.L.T. 126.....	653
Mills v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 863.....	458
Molis v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 356.....	63
Montreal Street Railway Co. v. Normandin.....	[1917] A.C. 170.....	374
Morris v. Crown Office	[1970] 1 All E.R. 1079.....	193
Morris v. The Queen.....	[1983] 2 S.C.R. 190.....	437
N		
National Dwellings Society v. Sykes.....	[1894] 3 Ch. 159	30
Newfoundland Telephone Co. c. Terre-Neuve (Board of Commissioners of Public Utilities).....	[1992] 1 R.C.S. 623.....	299
Newfoundland Telephone Co. v. Newfoundland (Board of Commissioners of Public Utilities).....	[1992] 1 S.C.R. 623.....	299
Norberg v. Wynrib	[1992] 2 S.C.R. 226.....	371

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Nova, An Alberta Corporation v. Guelph Engineering Co.	(1989), 70 Alta. L.R. (2d) 97.....	663, 702
O		
Oley v. City of Fredericton	(1983), 50 N.B.R. (2d) 196.....	722
Ontario c. Canadien Pacifique Ltée.....	[1995] 2 R.C.S. 1031.....	330
Ontario v. Canadian Pacific Ltd	[1995] 2 S.C.R. 1031.....	330
P		
Pappajohn v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 120.....	134
Patterson v. The Queen.....	[1970] S.C.R. 409.....	511
Patterson v. Township of Aldborough.....	(1913), 11 D.L.R. 437	703
Paul v. The Queen.....	[1980] 2 S.C.R. 169.....	193
Pearlman c. Comité judiciaire de la Société du Barreau du Manitoba	[1991] 2 R.C.S. 869.....	296
Pearlman v. Manitoba Law Society Judicial Committee	[1991] 2 S.C.R. 869.....	296
Pennsylvania v. Ritchie.....	480 U.S. 39 (1987).....	566
People v. Foggy.....	521 N.E.2d 86 (1988).....	566
Perka v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 232.....	120
Plummer v. Lederle Laboratories	819 F.2d 349 (1987).....	659
Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia	[1982] 2 R.C.S. 307.....	752
Procureur général du Québec c. Cohen	[1979] 2 R.C.S. 305.....	558
Procureur général du Québec c. Grondin.....	[1983] 2 R.C.S. 364.....	765
Prudential Trust Co. v. Forseth	[1960] S.C.R. 210.....	662
R		
R. v. Able	(1993), 65 O.A.C. 37.....	240
R. v. Agar	[1990] 2 All E.R. 442.....	568
R. v. Arkell	[1990] 2 S.C.R. 695.....	240
R. v. B. (A.J.).....	(1994), 90 C.C.C. (3d) 210	618
R. v. Bain	[1992] 1 S.C.R. 91.....	299
R. v. Barbosa.....	(1994), 92 C.C.C. (3d) 131	490, 585
R. v. Barnes.....	[1991] 1 S.C.R. 449.....	611, 631
R. v. Beare.....	[1988] 2 S.C.R. 387.....	170, 456, 582
R. v. Beauregard.....	[1986] 2 S.C.R. 56.....	296
R. v. Blondin.....	(1970), 2 C.C.C. (2d) 118	111
R. v. Bourgeois.....	(1937), 69 C.C.C. 120	143
R. v. Brown	(1993), 83 C.C.C. (3d) 394	242
R. v. Broyles.....	[1991] 3 S.C.R. 595.....	248
R. v. Bulmer	[1987] 1 S.C.R. 782.....	135
R. v. Burlingham.....	[1995] 2 S.C.R. 206.....	467
R. v. Burns	[1994] 1 S.C.R. 656.....	251
R. v. Butler	[1992] 1 S.C.R. 452.....	92
R. v. C. (B.).....	(1993), 80 C.C.C. (3d) 467	506
R. v. Callaghan.....	[1993] O.J. No. 2013 (QL)	489

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Cameron	[1966] 4 C.C.C. 273	98
R. v. Cancoil Thermal Corp.	(1986), 27 C.C.C. (3d) 295	73
R. v. Chaisson	[1995] 2 S.C.R. 1118.....	250
R. v. Chambers.....	[1990] 2 S.C.R. 1293.....	248
R. v. Chaplin	[1995] 1 S.C.R. 727.....	428, 477
R. v. Collins	[1987] 1 S.C.R. 265.....	457
R. v. Conway.....	[1989] 1 S.C.R. 1659.....	455, 617, 632
R. v. Coon	(1991), 74 C.C.C. (3d) 146	564
R. v. Curlett.....	(1936), 66 C.C.C. 256	143
R. v. Darby	[1994] B.C.J. No. 814 (QL).....	509
R. v. Davison, DeRosie and MacArthur	(1974), 20 C.C.C. (2d) 424	506
R. v. Doyle	(1991), 108 N.S.R. (2d) 1	244
R. v. Duarte	[1990] 1 S.C.R. 30.....	497
R. v. Dubeau.....	(1993), 80 C.C.C. (3d) 54	74
R. v. Dunbar and Logan	(1982), 68 C.C.C. (2d) 13	577
R. v. Durette.....	[1994] 1 S.C.R. 469.....	438, 496
R. v. Dymment	[1988] 2 S.C.R. 417.....	482, 582
R. v. E. (A.W.).....	[1993] 3 S.C.R. 155.....	458
R. v. E. (L.).....	(1994), 94 C.C.C. (3d) 228	618
R. v. Egger	[1993] 2 S.C.R. 451.....	428, 510, 516, 582
R. v. Elshaw	[1991] 3 S.C.R. 24.....	457
R. v. Émond	J.E. 90-557	250
R. v. Erotica Video Exchange Ltd.	(1994), 163 A.R. 181.....	74
R. v. Evans	[1993] 2 S.C.R. 629.....	144
R. v. Finta.....	[1994] 1 S.C.R. 701.....	614
R. v. Flemming	(1980), 43 N.S.R. (2d) 249	71
R. v. Forgeron	(1958), 121 C.C.C. 310	143
R. v. Forster.....	[1992] 1 S.C.R. 339.....	76
R. v. Furtney.....	[1991] 3 S.C.R. 89.....	119
R. v. Gardiner.....	[1982] 2 S.C.R. 368.....	248, 621
R. v. Garofoli	[1990] 2 S.C.R. 1421.....	438, 496
R. v. Généreux	[1992] 1 S.C.R. 259.....	296
R. v. Gingras	(1992), 71 C.C.C. (3d) 53	478
R. v. Gourgon.....	(1981), 58 C.C.C. (2d) 193	242
R. v. Governor of Brixton Prison, Ex parte Osman.....	[1991] 1 W.L.R. 281	568
R. v. Gratton.....	[1987] O.J. No. 1984 (QL)	489
R. v. Gruenke	[1991] 3 S.C.R. 263.....	560
R. v. Harrer.....	[1995] 3 S.C.R. 562.....	517
R. v. Hebert	[1990] 2 S.C.R. 151.....	248
R. v. Hedstrom	(1991), 63 C.C.C. (3d) 261	441
R. v. Hinse.....	[1995] 4 S.C.R. 597.....	717
R. v. Hogben	(1994), 40 B.C.A.C. 257	241
R. v. Jewitt	[1985] 2 S.C.R. 128.....	455, 616, 632
R. v. Jobin	[1995] 2 S.C.R. 78.....	555
R. v. Jolly	(1990), 57 C.C.C. (3d) 389	196
R. v. Jones	[1994] 2 S.C.R. 229.....	167

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. K. (V.).....	(1991), 4 C.R. (4th) 338.....	498
R. v. Kalanj	[1989] 1 S.C.R. 1594.....	209
R. v. Keegstra.....	[1995] 2 S.C.R. 381.....	613
R. v. Keyowski.....	[1988] 1 S.C.R. 657.....	455, 617, 632
R. v. Khela	[1995] 4 S.C.R. 201.....	722
R. v. Kiverago	(1973), 11 C.C.C. (2d) 463.....	99
R. v. Kliman	[1994] B.C.W.L.D. No. 587.....	564
R. v. L. (D.O.).....	[1993] 4 S.C.R. 419.....	441, 571
R. v. Laba	[1994] 3 S.C.R. 965.....	612
R. v. Levogiannis	[1993] 4 S.C.R. 475.....	458
R. v. Lippé.....	[1991] 2 S.C.R. 114.....	297
R. v. Litchfield	[1993] 4 S.C.R. 333.....	512
R. v. Luxton	[1990] 2 S.C.R. 711.....	241
R. v. Ly.....	(1992), 72 C.C.C. (3d) 57.....	240
R. v. Lyons	[1987] 2 S.C.R. 309.....	169, 240, 480, 582
R. v. MacDougall.....	(1981), 60 C.C.C. (2d) 137.....	71
R. v. Mack.....	[1988] 2 S.C.R. 903.....	82, 455, 617, 632
R. v. MacKenzie.....	[1993] 1 S.C.R. 212.....	612
R. v. Maclean	(1974), 17 C.C.C. (2d) 84.....	70
R. v. Martin	(1985), 19 C.C.C. (3d) 248.....	196
R. v. McFall	(1975), 26 C.C.C. (2d) 181.....	100
R. v. McKinlay Transport Ltd.....	[1990] 1 S.C.R. 627.....	181
R. v. Metro News Ltd.....	(1986), 29 C.C.C. (3d) 35.....	95
R. v. Mitchell	(1987), 39 C.C.C. (3d) 141.....	239
R. v. Morgentaler	[1988] 1 S.C.R. 30.....	482
R. v. Morin.....	[1988] 2 S.C.R. 345.....	138, 144, 439
R. v. Morin.....	[1992] 1 S.C.R. 771.....	458
R. v. Muise.....	(1994), 94 C.C.C. (3d) 119.....	249
R. v. Naglik	[1993] 3 S.C.R. 122.....	147, 263
R. v. Norman.....	(1993), 87 C.C.C. (3d) 153.....	441
R. v. Nova Scotia Pharmaceutical Society	[1992] 2 S.C.R. 606.....	329
R. v. O'Connor.....	(1994), 89 C.C.C. (3d) 109.....	615
R. v. O'Connor.....	(1994), 90 C.C.C. (3d) 257.....	444
R. v. O'Connor.....	[1995] 4 S.C.R. 411.....	546, 575
R. v. Osolin	[1993] 4 S.C.R. 595.....	134, 439, 481, 570
R. v. Ostrowski.....	[1990] 2 S.C.R. 82.....	147
R. v. P. (M.B.).....	[1994] 1 S.C.R. 555.....	167
R. v. Paquette	(1974), 19 C.C.C. (2d) 154.....	143
R. v. Park.....	[1995] 2 S.C.R. 836.....	137, 139, 151, 574
R. v. Pepin.....	(1990), 98 N.S.R. (2d) 238.....	249
R. v. Pétel.....	[1994] 1 S.C.R. 3.....	263
R. v. Plant.....	[1993] 3 S.C.R. 281.....	181, 486
R. v. Pohoretsky.....	[1987] 1 S.C.R. 945.....	482, 582
R. v. Pontes	[1995] 3 S.C.R. 44.....	76
R. v. Potter	(1978), 3 C.R. (3d) 154.....	70
R. v. Potvin.....	[1993] 2 S.C.R. 880.....	456

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
R. v. Power.....	[1994] 1 S.C.R. 601.....	455, 617, 632
R. v. Prairie Schooner News Ltd. and Powers.....	(1970), 1 C.C.C. (2d) 251	116
R. v. Preston.....	[1993] 4 All E.R. 638.....	437
R. v. Primeau.....	[1995] 2 S.C.R. 60.....	60
R. v. Provincial Foods Inc.....	(1992), 111 N.S.R. (2d) 420	74
R. v. Provo	[1989] 2 S.C.R. 3.....	623, 631
R. v. R. (L.).....	(1995), 39 C.R. (4th) 390.....	436
R. v. R.S.	(1985), 19 C.C.C. (3d) 115	441, 564
R. v. Rees	[1956] S.C.R. 640.....	93
R. v. Ross	(1993), 79 C.C.C. (3d) 253	439
R. v. Ross	(1993), 81 C.C.C. (3d) 234	439
R. v. Ross	[1985] Sask. D. 5845-02	73
R. v. Ryan.....	(1991), 69 C.C.C. (3d) 226.....	443, 563
R. v. S. (R.J.).....	[1995] 1 S.C.R. 451.....	165, 514, 588
R. v. S. (W.D.).....	[1994] 3 S.C.R. 521.....	263
R. v. Salituro	[1991] 3 S.C.R. 654.....	562
R. v. Santeramo.....	(1976), 32 C.C.C. (2d) 35	120
R. v. Savoie	(1956), 117 C.C.C. 327	143
R. v. Scott.....	[1990] 3 S.C.R. 979.....	455, 577, 617, 632
R. v. Seaboyer	[1991] 2 S.C.R. 577.....	434, 474, 561
R. v. Smith	[1990] 1 S.C.R. 991.....	251
R. v. Spyker.....	(1990), 63 C.C.C. (3d) 125	160
R. v. Stinchcombe	[1991] 3 S.C.R. 326 206, 225, 428, 453, 516, 522, 551, 722	
R. v. Stolar	[1988] 1 S.C.R. 480.....	604
R. v. Sullivan.....	[1991] 1 S.C.R. 489.....	624, 631
R. v. Swietlinski.....	[1994] 3 S.C.R. 481.....	241
R. v. Terlecki	(1983), 4 C.C.C. (3d) 522.....	631
R. v. Thatcher.....	[1987] 1 S.C.R. 652.....	266
R. v. Thompson.....	[1990] 2 S.C.R. 1111.....	497
R. v. Vaillancourt	[1987] 2 S.C.R. 636.....	166
R. v. Vermette	[1987] 1 S.C.R. 577.....	193, 754
R. v. W. (D.)	[1991] 1 S.C.R. 742.....	263
R. v. Wade.....	(1994), 29 C.R. (4th) 327.....	627
R. v. Walford.....	(1984), 12 C.C.C. (3d) 257	251
R. v. Wenarchuk.....	(1982), 67 C.C.C. (2d) 169	239
R. v. Wholesale Travel Group Inc.	[1991] 3 S.C.R. 154.....	160
R. v. Wydryk.....	(1971), 5 C.C.C. (2d) 473	147
R. v. Xenos.....	(1991), 70 C.C.C. (3d) 362	459
R. v. Young.....	(1984), 40 C.R. (3d) 289.....	616
R. v. Young.....	(1993), 78 C.C.C. (3d) 538	240
R. v. Zurlo	(1990), 57 C.C.C. (3d) 407	619
Rae and Rae v. T. Eaton Co. (Maritimes) Ltd.....	(1961), 28 D.L.R. (2d) 522	655
Reekie v. Messervey	[1990] 1 S.C.R. 219.....	609
Reference re Adoption Act.....	[1938] S.C.R. 398.....	762
Reference re B.C. Motor Vehicle Act.....	[1985] 2 S.C.R. 486.....	166, 456

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
Reference re Milgaard.....	[1992] 1 S.C.R. 875.....	196
Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)	[1991] 1 S.C.R. 252.....	736, 765
Regina and Arviv, Re	(1985), 19 C.C.C. (3d) 395	509
Reibl v. Hughes.....	[1980] 2 S.C.R. 880.....	655, 689
Reigate Rural District Council v. Sutton District Water Co.....	(1908), 99 L.T.R. 168.....	719
Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.....	[1985] 2 R.C.S. 486.....	166, 456
Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle	[1981] 1 R.C.S. 714.....	737, 760
Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)	[1991] 1 R.C.S. 252.....	736, 765
Renvoi relatif à Milgaard.....	[1992] 1 R.C.S. 875.....	196
Residential Tenancies Act, 1979, Re.....	[1981] 1 S.C.R. 714.....	737, 760
Reyes v. Wyeth Laboratories.....	498 F.2d 1264 (1974).....	658
Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works.....	[1974] S.C.R. 1189	653
Robert H., In Re.....	509 A.2d 475 (1986)	566
Rodriguez c. Colombie-Britannique (Procureur général)	[1993] 3 R.C.S. 519.....	457
Rodriguez v. British Columbia (Attorney General)	[1993] 3 S.C.R. 519.....	457
Roe v. Wade	410 U.S. 113 (1973).....	484, 582
Rogers v. Home Secretary	[1973] A.C. 388	568
Ruffo c. Conseil de la magistrature.....	(1992), 10 Admin. L.R. (2d) 291	329
Ruffo v. Conseil de la magistrature	[1989] R.J.Q. 2432	329
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd.....	[1986] 2 S.C.R. 573.....	574

S

Sacher v. United States.....	343 U.S. 1 (1952).....	193
Sansregret v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 570.....	111, 136
Schenebeck v. Sterling Drug, Inc.....	423 F.2d 919 (1970).....	659
Schloendorff v. Society of New York Hospital.....	105 N.E. 92 (1914).....	656
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd.....	[1986] 2 R.C.S. 573.....	574
Setrakov Construction Ltd. v. Winder's Storage & Distributors Ltd.....	(1981), 11 Sask. R. 286.....	653
Shandloff v. City Dairy.....	[1936] 4 D.L.R. 712	655
Shapiro v. United States	335 U.S. 1 (1948).....	184
SITBA c. Consolidated-Bathurst Packaging Ltd.	[1990] 1 R.C.S. 282.....	328
Skelhorn v. Remington Arms Co.....	(1989), 69 Alta. L.R. (2d) 298.....	653
Skogman v. The Queen.....	[1984] 2 S.C.R. 93.....	508
Slavutych v. Baker	[1976] 1 S.C.R. 254.....	563
Snell v. Farrell.....	[1990] 2 S.C.R. 311.....	693
Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans	[1989] 1 S.C.R. 238.....	739, 765
Solicitor General of Canada v. Royal Commission of Inquiry (Health Records in Ontario).....	[1981] 2 S.C.R. 494.....	563
Solliciteur général du Canada c. Commission royale d'enquête (Dossiers de santé en Ontario).....	[1981] 2 R.C.S. 494.....	563
Solosky v. The Queen.....	[1980] 1 S.C.R. 821.....	577
St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King.....	[1950] S.C.R. 211	384
Stanback v. Parke, Davis and Co.....	657 F.2d 642 (1981).....	659
Sterling Drug, Inc. v. Cornish.....	370 F.2d 82 (1966).....	658

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENOI	PAGE
T		
Terlecki v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 483.....	624
Thomson Newspapers Ltd. c. Canada (Directeur des enquêtes et recherches, Commission sur les pratiques restrictives du commerce).....	[1990] 1 R.C.S. 425.....	161, 458
Thomson Newspapers Ltd. v. Canada (Director of Investigation and Research, Restrictive Trade Practices Commission)	[1990] 1 S.C.R. 425.....	161, 458
Timm v. Upjohn Co.	624 F.2d 536 (1980).....	659
Tomko v. Labour Relations Board (Nova Scotia).....	[1977] 1 S.C.R. 112.....	763
Toohey v. Metropolitan Police Commissioner.....	[1965] 1 All E.R. 506.....	441
Toronto v. York	[1938] A.C. 415	762
Towne Cinema Theatres Ltd. v. The Queen.....	[1985] 1 S.C.R. 494.....	117
U		
United Canso Oil & Gas Ltd., Re.....	(1980), 12 B.L.R. 130	29
United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)	[1992] 1 R.C.S. 901.....	193, 755
United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General).....	[1992] 1 S.C.R. 901.....	193, 755
United States v. Nixon.....	418 U.S. 683 (1974).....	566
United States v. Wilson	421 U.S. 309 (1975).....	197
V		
Valente v. The Queen.....	[1985] 2 S.C.R. 673.....	296
Vézeau v. The Queen.....	[1977] 2 S.C.R. 277.....	143
Ville de Mississauga c. Municipalité régionale de Peel.....	[1979] 2 R.C.S. 244.....	764
W		
Walker v. Merck & Co.	648 F.Supp. 931 (1986).....	659
Walker v. The King.....	[1939] S.C.R. 214.....	170
Walters v. Essex County Board of Education.....	[1974] S.C.R. 481	28
Washington v. Texas	388 U.S. 14 (1967).....	566
White v. The King	[1947] S.C.R. 268	143
Wilsher v. Essex Area Health Authority.....	[1988] A.C. 1074	693
Z		
Zeppa v. Coca-Cola Ltd.....	[1955] 5 D.L.R. 187	655

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
B		s. 744.....	227
British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248		F	
s. 10(1).....	154	Fisheries Act, R.S.C., 1985, c. F-14	
Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16		s. 61.....	154
s. 136(1).....	5	s. 78(b).....	154
C		I	
Canadian Charter of Rights and Freedoms		Indian Act, R.S.C. 1927, c. 98	
s. 7.....	154, 267	s. 2(e).....	344
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q., c. C-12		s. 2(j).....	344
s. 23.....	267	s. 51.....	344
Constitution Act, 1867, preamble.....	267	s. 64.....	344
s. 96.....	725	J	
Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16		Judicial Code of Ethics, (1982) 114 G.O. II, 1253	
s. 96.....	267	s. 8.....	267
s. 263.....	267	L	
s. 265.....	267	Limitation Act, R.S.B.C. 1979, c. 236	
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46		s. 3.....	344
s. 163(1).....	55	s. 3(4).....	344
s. 163(2).....	55	s. 6(3).....	344
s. 163(8).....	55	s. 8.....	344
s. 486(3).....	707	R	
s. 486(4).....	707	Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/ 83-74	
s. 674.....	597	r. 7.....	597
s. 676(1).....	707	r. 29(1).....	597
s. 686.....	597	r. 51(12).....	597
s. 686(2).....	597		
s. 686(8).....	597		
s. 687(1).....	227		
s. 691.....	597		
s. 693.....	597		

STATUTES AND REGULATIONS CITED

	PAGE		PAGE
S		Y	
Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26		Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1	
s. 2 "judgment"	597, 707	s. 47.....	725
s. 2(1).....	536	s. 47(2).....	725
s. 40(1).....	536, 597, 707		
s. 40(3).....	597, 707		

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

	PAGE		PAGE
C			
Charte canadienne des droits et libertés		Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26	
art. 7.....	154, 267	art. 2 «jugement».....	597, 707
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q., ch. C-12		art. 2(1).....	536
art. 23.....	267	art. 40(1).....	536, 597, 707
Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46		art. 40(3).....	597, 707
art. 163(1).....	55	Loi sur les Indiens, S.R.C. 1927, ch. 98	
art. 163(2).....	55	art. 2e).....	344
art. 163(8).....	55	art. 2j).....	344
art. 486(3).....	707	art. 51.....	344
art. 486(4).....	707	art. 64.....	344
art. 674.....	597	Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1	
art. 676(1).....	707	art. 47.....	725
art. 686.....	597	art. 47(2).....	725
art. 686(2).....	597	Loi sur les pêches, L.R.C. (1985), ch. F-14	
art. 686(8).....	597	art. 61.....	154
art. 687(1).....	227	art. 78b).....	154
art. 691.....	597	Loi sur les sociétés par actions, L.R.O. 1990, ch. B.16	
art. 693.....	597	art. 136(1).....	5
art. 744.....	227	Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16	
Code de déontologie de la magistrature, (1982) 114 G.O. II, 1648		art. 96.....	267
art. 8.....	267	art. 263.....	267
		art. 265.....	267
L			
Limitation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 236		R	
art. 3.....	344	Règlement de pêche général de la Colombie- Britannique, DORS/84-248	
art. 3(4).....	344	art. 10(1).....	154
art. 6(3).....	344	Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/ 83-74	
art. 8.....	344	art. 7.....	597
Loi constitutionnelle de 1867, préambule.....	267	art. 29(1).....	597
art. 96.....	725	art. 51(12).....	597

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

	PAGE
<i>A. H. Oosterhoff: Text, Commentary and Cases on the Law of Trusts</i> , 4th ed. By A. H. Oosterhoff and E. E. Gillese. Toronto: Carswell, 1992	379
American Bar Association. "Model Rules for Judicial Disciplinary Enforcement", August 1994.....	312
Arnold, Terence. "State-Induced Error of Law, Criminal Liability and <i>Dunn v. The Queen</i> : A Recent Non-Development in Criminal Law" (1978), 4 <i>Dalhousie L.J.</i> 559	66
Barton, P. G. "Officially Induced Error as a Criminal Defence: A Preliminary Look" (1979-80), 22 <i>Crim. L.Q.</i> 314	66
<i>Black's Law Dictionary</i> , 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990.....	196
<i>Blackstone's Criminal Practice</i> , 3rd ed. By Peter Murphy, editor in chief. London: Blackstone Press, 1993	558
<i>Borrie and Lowe's Law of Contempt</i> , 2nd ed. By Nigel Lowe. Consultant editor, Sir Gordon Borrie. London: Butterworths, 1983	195, 745
Canada: Canadian Panel on Violence Against Women. <i>Changing the Landscape: Ending Violence — Achieving Equality</i> , 1993	571
Canada: Comité canadien sur la violence faite aux femmes. <i>Un nouvel horizon: éliminer la violence — atteindre l'égalité</i> , 1993	571
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> , vol. 1. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1984	487
Canada. Commission de réforme du droit. Document de travail 29. <i>Droit pénal — Partie générale: responsabilité et moyens de défense</i> . Ottawa: La Commission, 1982.....	68
Canada. Commission de réforme du droit. Rapport 30. <i>Pour une nouvelle codification du droit pénal</i> . Ottawa: La Commission, 1986	67
Canada. Commission de réforme du droit. <i>Rapport sur la preuve</i> . Ottawa: La Commission, 1975.....	564
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> , vol. 1. Ottawa: Minister of Supply and Services Canada, 1984	487
Canada. Law Reform Commission. Report 30. <i>Recodifying the Criminal Law</i> . Ottawa: The Commission, 1986	67
Canada. Law Reform Commission. <i>Report on Evidence</i> . Ottawa: The Commission, 1975	564
Canada. Law Reform Commission. Working Paper 29. <i>Criminal Law — The General Part: Liability and Defences</i> . Ottawa: The Commission, 1982	68

Canadian Institute for the Administration of Justice. International Centre for Criminology, Université de Montréal. <i>Compendium of Information on the Status and Role of the Chief Justice in Canada</i> , 1981...	303
Canadian Judicial Council. <i>Commentaries on Judicial Conduct</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991.....	332
<i>Chambers English Dictionary</i> , 7th ed. Cambridge: Cambridge University Press, 1988.....	385
Choo, Andrew L.-T. "Halting Criminal Prosecutions: The Abuse of Process Doctrine Revisited", [1995] <i>Crim. L.R.</i> 864.....	457
Colton, Loretta N. "R. v. <i>Stinchcombe</i> : Defining Disclosure" (1995), 40 <i>McGill L.J.</i> 525.....	561
<i>Concise Oxford Dictionary</i> , 8th ed. Oxford: Clarendon Press, 1990.....	385
Conseil canadien de la magistrature. <i>Propos sur la conduite des juges</i> . Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1991	332
Cromwell, T. A. "Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada" (1995), 46 <i>S.C. L. Rev.</i> 1027.....	750
Cross, Sir Rupert. <i>Cross on Evidence</i> , 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.....	497, 567, 696
Daniels, Ronald J., and Susan M. Hutton. "The Capricious Cushion: The Implications of the Directors' and Officers' Insurance Liability Crisis on Canadian Corporate Governance" (1993), 22 <i>Can. Bus. L.J.</i> 182	40
<i>Déclaration universelle sur l'indépendance de la justice</i> , adoptée à la Première conférence mondiale sur l'indépendance de la justice, Montréal, 10 juin 1983. Dans Shimon Shetreet et Jules Deschênes, dir., <i>Judicial Independence: The Contemporary Debate</i> . Dordrecht, Pays-Bas: Martinus Nijhoff Publishers, 1985.....	331
"Developments in the Law — Privileged Communications" (1985), 98 <i>Harv. L. Rev.</i> 1450.....	560
Dion, Léon. "Plus de démocratie pour les juges" (1981), 41 <i>R. du B.</i> 199.....	332
Dubbelday, Catharina J. H. "The Psychotherapist-Client Testimonial Privilege: Defining the Professional Involved" (1985), 34 <i>Emory L.J.</i> 777.....	578
Felsky, Martin. "The Berger Affair and the Independence of the Judiciary" (1984), 42(1) <i>U.T. Fac. L. Rev.</i> 118.....	332
Fennell, Caroline. <i>The Law of Evidence in Ireland</i> . Dublin: Butterworths, 1992.....	567
Field, David. <i>The Law of Evidence in Scotland</i> . Edinburgh: W. Green & Son Ltd., 1988.....	567
Firsten, Temi. "An Exploration of the Role of Physical and Sexual Abuse for Psychiatrically Institutionalized Women" (1990), unpublished research paper, available from Ontario Women's Directorate.....	487
Fleming, John G. <i>The Law of Torts</i> , 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.....	692
Fox, Sir John C. <i>The History of Contempt of Court: The Form of Trial and the Mode of Punishment</i> . London: Professional Books Ltd., 1972.....	744
Geyh, Charles Gardner. "Means Of Judicial Discipline Other Than Those Prescribed By The Judicial Discipline Statute, 28 U.S.C. Section 372(c)". In <i>Research Papers of the National Commission on Judicial Discipline and Removal</i> , vol. 1. Washington: U.S.G.P.O., 1993, 713.....	304
Glenn, H. Patrick. "La responsabilité des juges" (1983), 28 <i>McGill L.J.</i> 228.....	303
Glenn, H. Patrick. "Professional Structures and Professional Ethics" (1990), 35 <i>McGill L.J.</i> 424.....	333
<i>Halsbury's Laws of England</i> , vol. 17, 4th ed. London: Butterworths, 1976.....	497
Hogan, Maureen B. "The Constitutionality of an Absolute Privilege for Rape Crisis Counseling: A Criminal Defendant's Sixth Amendment Rights Versus a Rape Victim's Right to Confidential Therapeutic Counseling" (1989), 30 <i>Boston College L. Rev.</i> 411.....	566
Hogg, Peter W. <i>Constitutional Law of Canada</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.....	760
Institut canadien d'administration de la justice. Centre international de criminologie, Université de Montréal. <i>Recueil d'information sur le statut et le rôle du juge en chef au Canada</i> , 1981.....	303

Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 <i>Current Legal Problems</i> 23	617, 749, 772
Joo, Anna Y. "Broadening the Scope of Counselor-Patient Privilege to Protect the Privacy of the Sexual Assault Survivor" (1995), 32 <i>Harv. J. on Legis.</i> 255	560
Kastner, Nancy S. "Mistake of Law and the Defence of Officially Induced Error" (1985-86), 28 <i>Crim. L.Q.</i> 308	67
LaFave, Wayne R., and Austin W. Scott, Jr. <i>Substantive Criminal Law</i> , vol. 1. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1986.....	70
Lambert, Pierre. "Les droits relatifs à l'administration de la justice disciplinaire dans la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme", (1995) <i>Rev. trim. dr. h.</i> 161	319
Langdale, Rachel, and Simeon Maskrey, "Public Interest Immunity: Disclosure of Social Work Records" (1994), 24 <i>Fam. L.</i> 513.....	568
Laurence, Michael. "Rape Victim-Crisis Counselor Communications: An Argument for an Absolute Privilege" (1984), 17 <i>U.C. Davis L. Rev.</i> 1213	570
Ligertwood, Andrew. <i>Australian Evidence</i> , 2nd ed. Sydney: Butterworths, 1993	567
Lubet, Steven. <i>Beyond Reproach: Ethical Restrictions on the Extrajudicial Activities of State and Federal Judges</i> . Chicago: American Judicature Society, 1984.....	332
MacCrimmon, Marilyn T. "Developments in the Law of Evidence: The 1991-92 Term: Truth, Fairness and Equality" (1993), 4 <i>Sup. Ct. L. Rev.</i> (2d) 225.....	573
MacCrimmon, Marilyn T., and Christine Boyle. "Equality, Fairness and Relevance: Disclosure of Therapists' Records in Sexual Assault Trials". In Canadian Institute for the Administration of Justice, <i>Filtering and Analyzing Evidence in an Age of Diversity</i> . Montréal: Éditions Thémis, 1995, 81	572
MacCrimmon, Marilyn T., and Christine Boyle. «Equality, Fairness and Relevance: Disclosure of Therapists' Records in Sexual Assault Trials». Dans Institut canadien d'administration de la justice, <i>La recevabilité et l'appréciation de la preuve dans un monde complexe</i> . Montréal: Éditions Thémis, 1995, 81	572
MacKay, A. Wayne. "Judicial Free Speech and Accountability: Should Judges Be Seen but Not Heard?" (1993), 3 <i>N.J.C.L.</i> 159	332
Mason, Keith. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1983), 57 <i>A.L.J.</i> 449	751
McCormick, Charles Tilford. <i>McCormick on Evidence</i> , 3rd ed. By Edward W. Cleary, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.....	697
McCormick, Charles Tilford. <i>McCormick on Evidence</i> , vol. 1, 4th ed. By John William Strong, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1992.....	560
McCormick, Peter. "Judicial Councils for Provincial Judges in Canada" (1986), 6 <i>Windsor Y.B. Access Just.</i> 160	301
McLachlin, Beverley. "Confidential Communications and the Law of Privilege" (1977), 11 <i>U.B.C. L. Rev.</i> 266	576
Mewett, Alan W. <i>Witnesses</i> . Scarborough, Ont.: Carswell, 1991	575
Miller, C. J. <i>Contempt of Court</i> , 2nd ed. Oxford: Clarendon Press, 1989	193, 744
Morse, Kerry L. "A Uniform Testimonial Privilege for Mental Health Professionals" (1990), 51 <i>Ohio St. L.J.</i> 741	579
Nations Unies. <i>Principes fondamentaux relatifs à l'indépendance de la magistrature</i> . Septième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants tenu à Milan en 1985. New York: Département de l'information de l'Organisation des Nations Unies, 1988.....	331
Neuhauser, Maxine Hoffman. "The Privilege of Confidentiality and Rape Crisis Counselors" (1985), 8 <i>Women's Rts. L. Rep.</i> 185	560
<i>Nouveau Petit Robert</i> , Paris: Le Robert, 1994	385

Ouellette, Yves. "L'imprécision des codes de déontologie professionnelle" (1977), 37 <i>R. du B.</i> 669	333
Paciocco, David M. "The Stay of Proceedings as a Remedy in Criminal Cases: Abusing the Abuse of Process Concept" (1991), 15 <i>Crim. L.J.</i> 315	457
Pelland, Léo. "Aperçu historique de notre organisation judiciaire depuis 1760" (1933-1934), 12 <i>R. du D.</i> 14	303
Peppin, Patricia. "Drug/Vaccine Risks: Patient Decision-Making and Harm Reduction in the Pharmaceutical Company Duty to Warn Action" (1991), 70 <i>Can. Bar Rev.</i> 473	657
<i>Petit Larousse illustré 1994</i> , Paris: Larousse, 1993	385
Popovici, Adrian. <i>L'outrage au tribunal</i> . Montréal: Thémis, 1977.....	745
Roberts, Julian V. "Criminal Justice Processing of Sexual Assault Cases" (1994), 14:7 <i>Juristat</i> 1	571
Roberts, Julian V. «L'administration de la justice pénale dans les cas d'agression sexuelle» (1994), 14:7 <i>Juristat</i> 1	571
Saltzburg, Stephen A. "Privileges and Professionals: Lawyers and Psychiatrists" (1980), 66 <i>Va. L. Rev.</i> 597	561
Saltzburg, Stephen A. "The Required Records Doctrine: Its Lessons for the Privilege Against Self-Incrimination" (1986), 53 <i>U. Chi. L. Rev.</i> 6.....	184
Scarmeas, Carrie J. "Rape Victim-Rape Crisis Counselor Communications: A New Testimonial Privilege" (1982), 86 <i>Dick. L. Rev.</i> 539	570
Shepherd, J. C. <i>The Law of Fiduciaries</i> , Toronto: Carswell, 1981	379
Sopinka, John, Sidney N. Lederman and Alan W. Bryant. <i>The Law of Evidence in Canada</i> . Toronto: But- terworths, 1992.....	577
Stone, Scott N., and Robert K. Taylor. <i>Testimonial Privileges</i> , 2nd ed. Colorado Springs, Colo.: Shep- ard's/McGraw-Hill, 1993	565
Stuart, Don. <i>Canadian Criminal Law: A Treatise</i> , 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995.....	64
Stuesser, Lee. "Abuse of Process: The Need to Reconsider" (1994), 29 C.R. (4th) 92.....	459
Stuesser, Lee. "Reconciling Disclosure and Privilege" (1994), 30 C.R. (4th) 67	503, 587
Tacon, S. A. "A Question of Privilege: Valid Protection or Obstruction of Justice?" (1979), 17 <i>Osgoode Hall L.J.</i> 332	576
Tessier, Pierre. "La vérité et la justice" (1988), 19 <i>R.G.D.</i> 29.....	575
Thomas, James Burrows. <i>Judicial Ethics in Australia</i> . North Ryde, N.S.W.: Law Book Co., 1988.....	332
United Kingdom. House of Lords. <i>Parliamentary Debates</i> (Hansard), Fifth Series, Vol. 197, Col. 745. State- ment by the Lord Chancellor, Viscount Kilmuir, Crown Privilege for Documents and Oral Evidence. London: H.M. Stationery Office, 1956	569
United Nations. <i>Basic Principles on the Independence of the Judiciary</i> . Seventh United Nations Congress on the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders held in Milan in 1985. New York: United Nations Department of Public Information, 1988	331
<i>Universal Declaration on the Independence of Justice</i> , adopted at the First World Conference on the Indepen- dence of Justice, Montreal, June 10, 1983. In Shimon Shetreet and Jules Deschênes, eds., <i>Judicial Inde- pendence: The Contemporary Debate</i> . Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985	331
Webber, Jeremy. "The Limits to Judges' Free Speech: A Comment on the Report of the Committee of Investi- gation into the Conduct of the Hon. Mr. Justice Berger" (1984), 29 <i>McGill L.J.</i> 369.....	332
Weisberg, Robert. "Defendant v. Witness: Measuring Confrontation and Compulsory Process Rights Against Statutory Communications Privileges" (1978), 30 <i>Stan. L. Rev.</i> 935	560
White, Welsh S. "Evidentiary Privileges and the Defendant's Constitutional Right to Introduce Evidence" (1989), 80 <i>J. Crim. L. & Criminology</i> 377	566

Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 1, 3rd ed. Boston: Little, Brown & Co., 1940	497
Wigmore, John Henry. <i>Evidence in Trials at Common Law</i> , vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.....	563
Williams, Glanville. <i>Criminal Law: The General Part</i> , 2nd ed. London: Stevens & Sons, 1961	110
Williamson, Kim E. "Confidentiality of Sexual Assault Victim-Counselor Communication: A Proposed Model Statute" (1984), 26 <i>Ariz. L. Rev.</i> 461.....	570
Ziegel, Jacob S., et al. <i>Cases and Materials on Partnerships and Canadian Business Corporations</i> , vol. 1, 3rd ed. Toronto: Carswell, 1994.....	40

Réjean Hinse *Applicant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. v. HINSE

File No.: 24320.

1995: October 2; 1995: November 30.

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

APPLICATION FOR RECONSIDERATION OF AN ORDER REFUSING LEAVE TO APPEAL

Practice — Supreme Court of Canada — Application for reconsideration of order refusing leave to appeal from Court of Appeal's judgment — Policy governing such applications — Unique question of jurisdiction raised by application — Whether application for reconsideration should be allowed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rules 7, 51(12).

Appeal — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Accused appealing conviction for armed robbery 27 years later on basis of fresh evidence — Court of Appeal allowing accused's appeal and setting aside his conviction but entering stay of proceedings for abuse of process instead of ordering new trial or acquittal — Whether Supreme Court has jurisdiction to entertain application for leave to appeal from Court of Appeal's order entering stay of proceedings — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(8).

The applicant was convicted of armed robbery in 1964. The Quebec Court of Appeal allowed his appeal and set aside his conviction in 1994 on the basis of fresh evidence. However, instead of directing a verdict of acquittal or ordering a new trial pursuant to s. 686(2) of the *Criminal Code*, the Court of Appeal invoked its inherent authority and entered a stay of proceedings for abuse of process. Although successful in the result, the applicant, perceiving that he had been deprived of the opportunity to obtain a judicial pronouncement of innocence through a directed verdict of acquittal, or alterna-

Réjean Hinse *Requérant*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. c. HINSE

N^o du greffe: 24320.

1995: 2 octobre; 1995: 30 novembre.

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

DEMANDE DE RÉEXAMEN D'UNE ORDONNANCE REFUSANT UNE AUTORISATION DE POURVOI

Pratique — Cour suprême du Canada — Demande de réexamen d'une ordonnance refusant l'autorisation de pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel — Politique régissant ces demandes — Caractère exceptionnel de la question de compétence soulevée par la demande — Y a-t-il lieu d'accueillir la demande de réexamen? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 7, 51(12).

Appel — Cour suprême du Canada — Compétence — Accusé interjetant appel contre sa déclaration de culpabilité de vol qualifié 27 ans plus tard sur la foi de nouveaux éléments de preuve — Cour d'appel accueillant l'appel de l'accusé et annulant sa déclaration de culpabilité, mais ordonnant l'arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure, au lieu d'ordonner un nouveau procès ou d'imposer un verdict d'acquiescement — La Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre une demande d'autorisation de pourvoi contre l'ordonnance de la Cour d'appel prescrivant un arrêt des procédures? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(8).

Le requérant a été reconnu coupable de vol qualifié en 1964. La Cour d'appel du Québec a accueilli son appel et annulé sa déclaration de culpabilité en 1994, sur la foi de nouveaux éléments de preuve. Cependant, au lieu d'imposer un verdict d'acquiescement ou d'ordonner un nouveau procès conformément au par. 686(2) du *Code criminel*, la Cour d'appel a invoqué son pouvoir inhérent et a ordonné un arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure. Bien qu'il ait eu gain de cause quant au résultat, le requérant, estimant qu'on l'avait privé de la possibilité d'obtenir une reconnaissance judi-

tively, through the granting of a new trial, sought leave to appeal the order imposing the stay to this Court. His application for leave was denied. The applicant then filed an application for reconsideration of the order refusing leave. The sole issue in this case is whether an accused may seek review in this Court of an appellate court order directing a stay of proceedings rendered in the context of a larger judgment setting aside an accused's conviction.

Held (L'Heureux-Dubé J. dissenting): The application for reconsideration of the order refusing leave to appeal should be allowed and leave to appeal should be granted.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.: The Court does not normally reconsider its decisions regarding leave to appeal. This judicial policy is well enshrined in Rule 51(12) of the Supreme Court Rules, which provides that "[t]here shall be no re-hearing on an application for leave or a motion". Given the large number of leave applications processed annually, it is simply not feasible for this Court to second-guess its initial determinations of leave regularly without significantly undermining its indispensable role as a general court of appeal for the better administration of the laws of Canada. Notwithstanding the strict language of Rule 51(12), however, this Court may, in exceptional cases, direct a hearing to reconsider a decision made on an application for leave by virtue of its residual authority under Rule 7. Circumstances warranting reconsideration will be exceedingly rare. Given the exceptional and unique question of jurisdiction which came to light in the course of this application, this Court should exercise its discretion under Rule 7 to hear the present application.

The question of jurisdiction arises in this case because the Court of Appeal allowed the applicant's appeal and set aside his conviction for an indictable offence. Under the *Criminal Code*, an accused's right to appeal a conviction to this Court for an indictable offence is limited to cases where the accused's conviction at trial is affirmed by the court of appeal rather than set aside. The applicant has thus no right to appeal the order of a stay of proceedings under the procedural regime set out in the *Code*. He may, however, seek

ciaire de son innocence au moyen d'un verdict imposé d'acquiescement ou, subsidiairement, d'une ordonnance de nouveau procès, a demandé l'autorisation de se pourvoir devant notre Cour contre l'ordonnance imposant l'arrêt des procédures. Sa demande d'autorisation a été rejetée. Le requérant a alors présenté une demande de réexamen de l'ordonnance refusant l'autorisation. La seule question soulevée en l'espèce est de savoir si un accusé peut demander à notre Cour d'examiner une ordonnance prescrivant un arrêt des procédures qu'une cour d'appel a rendue dans le contexte d'un jugement plus large annulant sa déclaration de culpabilité.

Arrêt (le juge L'Heureux-Dubé est dissidente): La demande de réexamen de l'ordonnance refusant l'autorisation de pourvoi est accueillie et l'autorisation de pourvoi est accordée.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major: La Cour n'a pas l'habitude de réexaminer ses décisions en matière d'autorisation de pourvoi. Cette politique judiciaire est consacrée au par. 51(12) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, qui prévoit qu'«[a]ucune requête en autorisation ou autre requête ne peut faire l'objet d'une nouvelle audition». Étant donné le grand nombre de demandes d'autorisation que notre Cour traite chaque année, il ne lui est tout simplement pas possible de réexaminer régulièrement les décisions qu'elle a rendues en matière d'autorisation, sans miner de façon importante le rôle indispensable qu'elle joue comme cour générale d'appel propre à améliorer l'application du droit canadien. Toutefois, nonobstant le texte précis du par. 51(12), la Cour peut exceptionnellement, en vertu du pouvoir résiduel que lui confère l'art. 7 des Règles, tenir une audience en vue de réexaminer une décision relative à une demande d'autorisation. Les circonstances justifiant le réexamen seront extrêmement rares. En raison du caractère exceptionnel de la question de compétence soulevée au cours de la demande, notre Cour devrait exercer le pouvoir discrétionnaire, que lui confère l'art. 7 des Règles, d'entendre la présente demande.

La question de compétence est soulevée en l'espèce parce que la Cour d'appel a accueilli l'appel du requérant et annulé sa déclaration de culpabilité relative à un acte criminel. En vertu du *Code criminel*, le droit d'un accusé de se pourvoir devant notre Cour contre une déclaration de culpabilité relative à un acte criminel se limite aux cas où la déclaration de culpabilité de l'accusé à son procès est confirmée, plutôt qu'annulée, par la cour d'appel. Le régime procédural du *Code* n'accorde donc au requérant aucun droit de se pourvoir

leave to appeal this particular order under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. Such an appeal is not prohibited by the language of either s. 674 of the *Code* or s. 40(3) of the *Act*.

A trial court has the power to suspend a course of abusive proceedings which offend the community's sense of fair play, and an appellate court also possesses an analogous power to direct a stay of proceedings. Although a court of appeal's power to order a stay of proceedings for abuse of process traces its origins to the common law, when the court of appeal imposes such a stay it is necessarily engaged in an exercise of its residual order power under s. 686(8) of the *Criminal Code* to "make any order . . . that justice requires". The statutory form of this judicial power does not alter the substantive constraints imposed on the exercise of the power by the common law. Unlike orders for an acquittal or for a new trial under s. 686(2) of the *Code*, which are inextricably linked to the resolution of the merits of an appeal, an order under s. 686(8) is by nature ancillary to the underlying judgment rendered by the court. The court's s. 686(8) power is often exercised with regard to considerations that are well removed from the issue of the accused's innocence or culpability and may even be exercised independently of a prior order under s. 686(2). Given the inherently supplementary and remedial nature of an order imposed under s. 686(8), such an order does not represent a functionally integral part of a "judgment . . . setting aside or affirming a conviction" within a purposive interpretation of s. 40(3) and the definition of "judgment" in s. 2 of the *Supreme Court Act*. Rather, an order rendered under s. 686(8) represents a separate, divisible judicial act from which the accused or the Crown may independently seek leave to appeal under s. 40(1).

Such an interpretation is in accordance with sound judicial policy. When a court of appeal allows an accused's appeal and enters an order for an acquittal or for a new trial under s. 686(2) of the *Code*, it is necessarily entering an order in furtherance of its underlying judgment. But when a court of appeal enters an order under s. 686(8), there is a risk that it may enter an order which is at direct variance with its underlying judgment. Given this troubling concern, a more generous interpretation of s. 40(1) (and a correspondingly more narrow interpretation of s. 40(3)) should be adopted, thereby

contre l'ordonnance prescrivant l'arrêt des procédures. Le requérant peut cependant demander l'autorisation de se pourvoir contre cette ordonnance particulière, en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Un tel pourvoi n'est pas interdit aux termes de l'art. 674 du *Code* ou du par. 40(3) de la *Loi*.

Un tribunal de première instance a le pouvoir de suspendre des procédures abusives qui violent le sens du franc-jeu qu'a la société, et une cour d'appel possède également un pouvoir analogue d'ordonner un arrêt des procédures. Bien que le pouvoir d'une cour d'appel d'ordonner un arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure ait son origine dans la common law, lorsqu'une cour d'appel ordonne un tel arrêt, elle exerce nécessairement le pouvoir résiduel, que lui confère le par. 686(8) du *Code criminel*, de «rendre toute ordonnance que la justice exige». La forme législative de ce pouvoir judiciaire ne modifie pas les contraintes de fond imposées à son exercice par la common law. Contrairement aux ordonnances d'acquiescement ou de nouveau procès rendues en vertu du par. 686(2) du *Code*, qui sont inextricablement liées à la décision sur le fond de l'appel, une ordonnance fondée sur le par. 686(8) est, de par sa nature, accessoire au jugement prononcé par la cour. Le pouvoir que le par. 686(8) confère à la cour est souvent exercé relativement à des facteurs qui n'ont rien à voir avec la question de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé, et peut même être exercé indépendamment d'une ordonnance antérieure fondée sur le par. 686(2). Compte tenu de la nature intrinsèquement supplémentaire et réparatrice d'une ordonnance fondée sur le par. 686(8), en pratique, une telle ordonnance ne fait pas partie intégrante d'un «jugement [. . .] annulant ou confirmant [une déclaration de culpabilité]», selon une interprétation fondée sur l'objet tant du par. 40(3) que de la définition de «jugement» figurant à l'art. 2 de la *Loi sur la Cour suprême*. Au contraire, une ordonnance fondée sur le par. 686(8) est un acte judiciaire distinct et divisible contre lequel l'accusé ou le ministère public peut indépendamment demander une autorisation de pourvoi en vertu du par. 40(1).

Une telle interprétation est conforme à une saine politique judiciaire. Lorsqu'une cour d'appel accueille l'appel d'un accusé et impose un verdict d'acquiescement ou ordonne un nouveau procès en vertu du par. 686(2) du *Code*, elle se trouve nécessairement à rendre une ordonnance à l'appui de son jugement sous-jacent. Mais lorsqu'une cour d'appel rend une ordonnance en vertu du par. 686(8), il y a un risque qu'elle rende une ordonnance qui soit directement incompatible avec son jugement sous-jacent. En raison de cette préoccupation troublante, il y a lieu d'adopter une interprétation plus

facilitating this Court's supervisory role in ensuring the underlying consistency of appellate court orders rendered under the procedural regime of the *Criminal Code*. An accused or the Crown ought to be permitted to seek leave to appeal the legality of an order rendered under s. 686(8) independently as a "final or other judgment . . . of the highest court of final resort in a province" under this Court's general jurisdiction under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

Accordingly, the applicant may seek leave to appeal the legality of the stay of proceedings for abuse of process entered by the Court of Appeal notwithstanding the fact that the court allowed his original appeal and set aside his conviction. Since the application for reconsideration raises a genuine and serious question of law of sufficient public importance to warrant review by this Court, this application should be allowed and leave to appeal granted. It is unnecessary to offer any further comment on the legality and constitutionality of the stay of proceedings. Consistent with the Court's established practice of refusing to elaborate justifications for granting or denying leave to appeal, any potential discussion of substantive issues raised by this case should be postponed until the Court is seized with the merits of the appeal.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): It was agreed with the majority that a court of appeal may render orders which are ancillary and of supplemental character to its judgment under s. 686(8) of the *Criminal Code* and this Court has jurisdiction to entertain an application for leave to appeal from such an order under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. Similar to orders in *Kienapple* or entrapment situations, orders directing a stay of proceedings, as in this case, can be entered by appellate courts.

The application for reconsideration of this Court's order refusing leave to appeal should be dismissed. The Court of Appeal held that ordering a new trial would constitute an abuse of process and entered a stay of proceedings. It is well-settled law that courts can order a stay of proceedings. Whether or not the Court of Appeal was right in exercising its discretion in this way in this case, the exercise by provincial appellate courts of their

libérale du par. 40(1) (et, en contrepartie, une interprétation plus stricte du par. 40(3)), qui faciliterait le rôle de surveillance de notre Cour pour ce qui est d'assurer la cohérence sous-jacente des ordonnances rendues par les cours d'appel sous le régime procédural du *Code criminel*. Un accusé ou le ministère public doit pouvoir demander indépendamment l'autorisation de se pourvoir relativement à la légalité d'une ordonnance fondée sur le par. 686(8), comme s'il s'agissait d'un «jugement, définitif ou autre, rendu [. . .] par le plus haut tribunal de dernier ressort [. . .] dans une province», en vertu de la compétence générale conférée à notre Cour par le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

Par conséquent, le requérant peut demander l'autorisation de se pourvoir relativement à la légalité de l'arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure, ordonné par la Cour d'appel, en dépit du fait que celle-ci a accueilli son appel initial et annulé sa déclaration de culpabilité. Étant donné que la demande de réexamen soulève une question de droit véritable et sérieuse d'une importance pour le public suffisante pour justifier un examen par notre Cour, il y a lieu de l'accueillir et d'accorder l'autorisation de pourvoi. Il n'est pas nécessaire de commenter davantage la légalité et la constitutionnalité de l'arrêt des procédures. Conformément à la pratique établie de la Cour, qui consiste à refuser d'expliquer les raisons d'accorder ou de refuser une autorisation de pourvoi, il y a lieu de reporter toute analyse éventuelle des questions de fond soulevées en l'espèce, jusqu'à ce que la Cour ait été saisie de la question du bien-fondé du pourvoi.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Il y a accord avec les juges majoritaires qu'une cour d'appel peut, en vertu du par. 686(8) du *Code criminel*, rendre des ordonnances accessoires et d'une nature complémentaire à son arrêt, et que notre Cour a, en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, compétence pour entendre une demande d'autorisation de pourvoi contre une telle ordonnance. À l'instar des ordonnances rendues dans des situations du type *Kienapple* ou dans des cas de provocation policière, des ordonnances prescrivant un arrêt des procédures, comme en l'espèce, peuvent être rendues par des cours d'appel.

La demande de réexamen de l'ordonnance de notre Cour refusant l'autorisation de pourvoi devrait être rejetée. La Cour d'appel a décidé qu'ordonner un nouveau procès constituerait un abus de procédure et a ordonné l'arrêt des procédures. Il est bien établi en droit que les tribunaux ont le pouvoir d'ordonner un arrêt des procédures. Peu importe que la Cour d'appel ait eu raison ou non d'exercer ainsi son pouvoir discrétionnaire en

discretionary power to enter a stay of proceedings does not raise a genuine and serious question of law of sufficient "public importance" to warrant granting leave to appeal.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Referred to: *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480; *Reekie v. Messervey*, [1990] 1 S.C.R. 219; *Johnson v. The Queen*, [1994] 3 S.C.R. viii; *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449; *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212; *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965; *Meddoui v. The Queen*, [1991] 3 S.C.R. ix; *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701; *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381; *R. v. O'Connor* (1994), 89 C.C.C. (3d) 109; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601; *R. v. E. (L.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 228; *R. v. B. (A.J.)* (1994), 90 C.C.C. (3d) 210, rev'd [1995] 2 S.C.R. 413; *R. v. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407; *Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827; *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3; *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393; *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *Terlecki v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 483; *R. v. Sullivan*, [1991] 1 S.C.R. 489; *R. v. Wade* (1994), 29 C.R. (4th) 327, rev'd [1995] 2 S.C.R. 737.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Terlecki (1983), 4 C.C.C. (3d) 522, aff'd [1985] 2 S.C.R. 483; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3; *R. v. Sullivan*, [1991] 1 S.C.R. 489; *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449; *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979; *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 24(1). *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 674, 683(3), 686(1)(a) [am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 8)], (2), (4) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 145], (8), 691 [am. c. 34 (3rd Supp.), s. 10; 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 9)], 693(1) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 146; am. c. 34 (3rd Supp.), s. 12].

l'espèce, l'exercice par les cours d'appel provinciales de leur pouvoir discrétionnaire d'ordonner un arrêt des procédures ne soulève pas une question de droit véritable et sérieuse, dont «l'importance pour le public» est suffisante pour justifier d'accorder l'autorisation de pourvoi.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêts mentionnés: *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480; *Reekie c. Messervey*, [1990] 1 R.C.S. 219; *Johnson c. La Reine*, [1994] 3 R.C.S. viii; *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449; *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212; *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965; *Meddoui c. La Reine*, [1991] 3 R.C.S. ix; *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701; *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381; *R. c. O'Connor* (1994), 89 C.C.C. (3d) 109; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601; *R. c. E. (L.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 228; *R. c. B. (A.J.)* (1994), 90 C.C.C. (3d) 210, inf. par [1995] 2 R.C.S. 413; *R. c. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407; *Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827; *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3; *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393; *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *Terlecki c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 483; *R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489; *R. c. Wade* (1994), 29 C.R. (4th) 327, inf. par [1995] 2 R.C.S. 737.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Terlecki (1983), 4 C.C.C. (3d) 522, conf. par [1985] 2 R.C.S. 483; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3; *R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489; *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449; *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979; *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 24(1). *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 674, 683(3), 686(1)(a) [mod. 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 8)], (2), (4) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 145], (8), 691 [mod. ch. 34 (3^e suppl.), art. 10; 1991, ch. 43, art. 9 (ann., art. 9)], 693(1) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 146; mod. ch. 34 (3^e suppl.), art. 12].

Criminal Code, S.C. 1953-54, c. 51, s. 288(d) [now R.S.C., 1985, c. C-46, s. 343(d)].

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rules 7, 29(1) [rep. & sub. SOR/93-488, s. 2], 51(12).

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 2 "judgment", 40(1) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 37], (3).

Code criminel, S.C. 1953-54, ch. 51, art. 288d) [maintenant L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 343d)].

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 2 «jugement», 40(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 37], (3).

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 7, 29(1) [abr. & rempl. DORS/93-488, art. 2], 51(12).

Authors Cited

Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Current Legal Problems* 23.

APPLICATION for reconsideration of an order of the Supreme Court of Canada, [1995] 1 S.C.R. viii, refusing leave to appeal from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1994), 64 Q.A.C. 53, setting aside the accused's conviction for armed robbery and ordering a stay of proceedings. Application allowed and leave to appeal granted, L'Heureux-Dubé J. dissenting.

Jean-François Longtin and Josée Ferrari, for the applicant.

Pierre Sauvé, for the respondent.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

LAMER C.J. —

I. Introduction

¹ This is an application for reconsideration of an order of this Court refusing leave to appeal. The applicant, Réjean Hinse, was convicted of armed robbery over 30 years ago. In 1991, on the presentation of fresh evidence, the Quebec Court of Appeal allowed his appeal and set aside his conviction. However, instead of directing a verdict of acquittal or ordering a new trial, the Court of Appeal invoked its inherent authority and entered a stay of proceedings for abuse of process. The applicant, perceiving that he had been denied a clear judicial pronouncement of his innocence, sought leave to appeal the legality and constitutionality of the stay. His initial request for leave

Doctrine citée

Jacob, I. H. «The Inherent Jurisdiction of the Court» (1970), 23 *Current Legal Problems* 23.

DEMANDE de réexamen d'une ordonnance de la Cour suprême du Canada, [1995] 1 R.C.S. viii, refusant une autorisation de pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1994), 64 Q.A.C. 53, qui avait annulé la déclaration de culpabilité de vol qualifié de l'accusé et ordonné un arrêt des procédures. Demande accueillie et autorisation de pourvoi accordée, le juge L'Heureux-Dubé est dissidente.

Jean-François Longtin et Josée Ferrari, pour le requérant.

Pierre Sauvé, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER —

I. Introduction

Il s'agit d'une demande de réexamen d'une ordonnance de notre Cour refusant une autorisation de pourvoi. Le requérant, Réjean Hinse, a été reconnu coupable de vol qualifié il y a plus de 30 ans. En 1991, à la suite de la présentation de nouveaux éléments de preuve, la Cour d'appel du Québec a accueilli son appel et annulé sa déclaration de culpabilité. Cependant, au lieu d'imposer un verdict d'acquiescement ou d'ordonner un nouveau procès, la Cour d'appel a invoqué son pouvoir inhérent et a ordonné l'arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure. Le requérant, estimant que la cour avait refusé de reconnaître clairement son innocence, a demandé l'autorisation de

was denied, and he promptly filed an application for reconsideration. Given the serious and exceptional question of jurisdiction presented by this application, we convened an oral hearing to consider the application and directed the parties to limit their argument to the threshold question of this Court's jurisdiction. Accordingly, the sole issue presented by these proceedings concerns whether or not an accused may seek review in this Court of a discrete order entered by a court of appeal in the context of a larger judgment setting aside an accused's conviction.

II. Factual and Procedural Background

On the evening of December 14, 1961, five armed individuals forced their way into a private home in Mont-Laurier, beating and robbing Mr. and Mrs. Henriot Grenier. A short time afterwards, through a casual encounter, the victims identified the applicant as one of the armed perpetrators. In a subsequent police line-up, the victims confirmed their identification of the applicant. On September 23, 1964, on the basis of this identification and other circumstantial evidence, Judge Omer Côté of the Court of Sessions of the Peace found the applicant guilty of armed robbery under s. 288(d) of the *Criminal Code*, S.C. 1953-54, c. 51 (now s. 343(d) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46) and sentenced him to 15 years imprisonment. After approximately five years in prison, the applicant was released on parole. During the period of his incarceration up to the present day, the applicant has consistently maintained his innocence.

In June 1991, the Quebec Court of Appeal granted the applicant's motion to extend the operative limitation periods for appeal. In November of the same year, the court granted the applicant's motion to submit fresh evidence which challenged the reliability of the original line-up identification and the veracity of the surrounding circumstantial evidence. On the basis of this new body of evi-

se pourvoir relativement à la légalité et à la constitutionnalité de cet arrêt des procédures. Sa demande d'autorisation initiale ayant été rejetée, il a promptement présenté une demande de réexamen. Étant donné la gravité et le caractère exceptionnel de la question de compétence soulevée par la présente demande, nous avons convoqué une audience pour examiner la demande et ordonné aux parties de limiter leurs plaidoiries à la question préliminaire de la compétence de notre Cour. Par conséquent, la seule question soulevée en l'espèce est de savoir si un accusé peut demander à notre Cour d'examiner une ordonnance particulière rendue par une cour d'appel dans le contexte d'un jugement plus large annulant sa déclaration de culpabilité.

II. Les faits et l'historique des procédures

Le soir du 14 décembre 1961, cinq individus armés sont entrés de force dans une résidence privée de Mont-Laurier, rouant de coups et volant M. et M^{me} Henriot Grenier. Peu après, lors d'une rencontre fortuite, les victimes ont identifié le requérant comme étant l'un des criminels armés. Ultérieurement, lors d'une séance d'identification tenue par la police, les victimes ont confirmé leur identification du requérant. Le 23 septembre 1964, sur la foi de cette identification et d'autres éléments de preuve circonstancielle, le juge Omer Côté de la Cour des sessions de la paix a déclaré le requérant coupable de vol qualifié en vertu de l'al. 288d) du *Code criminel*, S.C. 1953-54, ch. 51 (maintenant l'al. 343d) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46) et l'a condamné à 15 ans d'emprisonnement. Après avoir purgé environ cinq ans de sa peine, le requérant a obtenu sa libération conditionnelle. Tout au long de son incarcération et jusqu'à maintenant, le requérant a constamment proclamé son innocence.

En juin 1991, la Cour d'appel du Québec a fait droit à la requête du requérant visant à proroger le délai applicable en matière d'appel. En novembre de la même année, la cour a fait droit à la requête du requérant visant le dépôt de nouveaux éléments de preuve qui mettaient en doute la fiabilité de la séance d'identification initiale et la véracité des autres éléments de preuve circonstancielle. Se fon-

2

3

dence, the Quebec Court of Appeal allowed the appeal and set aside the applicant's conviction under s. 686(1)(a) of the *Criminal Code*. Applying the standard set out by this Court in *R. v. Stolar*, [1988] 1 S.C.R. 480, the Court of Appeal held that the original conviction could not be maintained in light of the fresh evidence presented by the applicant. Steinberg J.A., speaking for the court, turned to the question of the appropriate disposition for the case. The strict wording of s. 686(2) of the *Criminal Code* appeared to present the court with only two options: the entry of a verdict of acquittal or the order of a new trial. Steinberg J.A., however, rejected both alternatives. To begin, he concluded that a verdict of acquittal was not warranted given the remaining evidence submitted at trial which had not been impugned on appeal. Furthermore, he held that a new trial was also not appropriate given the immense lapse of time since the original conviction. But Steinberg J.A. ruled that the binary structure of s. 686(2) did not exhaust his inherent powers to dispose of the case. More specifically, he held that he had the authority to direct a stay of proceedings pursuant to a number of recent Supreme Court precedents. As he wrote:

The Supreme Court of Canada has recognized that despite the wording of Section 686 of the Criminal Code, there remains vested in a court of appeal a residual power to order a stay of proceedings in the most exceptional circumstances. *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659; *R. v. Power* [[1994] 1 S.C.R. 601]. [Parallel citations omitted.] The circumstances outlined render this one of those exceptional cases which justifies the use of the residual power of this court to order a stay of proceedings.

((1994), 64 Q.A.C. 53, at p. 60.)

4 Accordingly, Steinberg J.A. vacated the applicant's conviction, and entered a stay of proceedings rather than directing a verdict of acquittal or granting a new trial. As an aside, it should be noted that Steinberg J.A. appeared to locate his power to

dant sur ce nouvel ensemble d'éléments de preuve, la Cour d'appel du Québec a accueilli l'appel et annulé la déclaration de culpabilité du requérant, en vertu de l'al. 686(1)a) du *Code criminel*. Appliquant la norme énoncée par notre Cour dans l'arrêt *R. c. Stolar*, [1988] 1 R.C.S. 480, la Cour d'appel a conclu que la déclaration de culpabilité initiale ne pouvait pas être maintenue compte tenu des nouveaux éléments de preuve présentés par le requérant. Le juge Steinberg s'est interrogé, au nom de la cour, sur la façon de statuer sur l'affaire. D'après le texte précis du par. 686(2) du *Code criminel*, la cour semblait n'avoir que deux possibilités: inscrire un verdict d'acquiescement ou ordonner un nouveau procès. Le juge Steinberg a toutefois rejeté ces deux possibilités. Il a d'abord conclu qu'un verdict d'acquiescement n'était pas justifié, compte tenu des autres éléments de preuve qui avaient été soumis au procès et qui n'avaient pas été attaqués en appel. Il a conclu, en outre, qu'un nouveau procès n'était pas approprié non plus, étant donné le délai considérable qui s'était écoulé depuis la déclaration de culpabilité initiale. Cependant, le juge Steinberg a statué que la structure binaire du par. 686(2) n'épuisait pas son pouvoir inhérent de statuer sur l'affaire. Plus précisément, il a conclu qu'il avait le pouvoir d'ordonner un arrêt des procédures, conformément à un certain nombre d'arrêts récents de la Cour suprême. Comme il l'a écrit:

[TRADUCTION] La Cour suprême du Canada a reconnu que, en dépit du libellé de l'art. 686 du Code criminel, la cour d'appel conserve un pouvoir résiduel d'ordonner un arrêt des procédures dans les circonstances les plus exceptionnelles. *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659; *R. c. Power* [[1994] 1 R.C.S. 601]. [Références parallèles omises.] Les circonstances décrites font de la présente affaire l'un de ces cas exceptionnels qui justifient l'exercice du pouvoir résiduel de notre cour d'ordonner un arrêt des procédures.

((1994), 64 Q.A.C. 53, à la p. 60.)

Par conséquent, le juge Steinberg a annulé la déclaration de culpabilité du requérant et ordonné l'arrêt des procédures, plutôt que d'imposer un verdict d'acquiescement ou d'ordonner un nouveau procès. Il y a lieu de souligner, en passant, que le

impose a stay of proceedings for abuse of process at common law. Steinberg J.A. made no finding of a constitutional abuse of process contrary to the "principles of fundamental justice" which triggered his remedial powers to impose a stay of proceedings under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

In October 1994, the applicant filed an application for leave to appeal to this Court challenging the legality and constitutionality of the stay. More specifically, he sought leave to appeal on the following grounds:

[TRANSLATION]

A- First Question

- 1- Having allowed the appeal and set aside the conviction of the applicant for the reason that: "The fresh evidence as well as the various irregularities which occurred are more than sufficient to justify allowing the appeal under [s.] 686(1)(a) of the Criminal Code", and having ruled to the effect that "Special circumstances militate against proceeding with a new trial in this case", did the Court of Appeal commit an error of law in ordering a stay of proceedings instead of entering a verdict of acquittal in accordance with s. 686(2)(a) Cr. C.?
- 2- In the circumstances of this case, did the stay of proceedings as opposed to an acquittal constitute a violation of the applicant's fundamental rights guaranteed under s. 7 of the Canadian Charter of Rights and Freedoms?

B- Second Question

Having admitted the body of fresh evidence presented under the aegis of s. 683 Cr. C. and having concluded that this fresh evidence was more than sufficient to allow the appeal under s. 686(1)(a) Cr. C., did the Court of Appeal commit an error of law in failing to acquit the applicant pursuant to s. 686(2)(a) Cr. C. on the basis of the criterion of s. 686(1)(a)(i) Cr. C., on the ground that, in light of the evidence *as a whole*, the trier of fact, properly instructed, could not have reasonably found the

juge Steinberg semblait puiser dans la common law son pouvoir d'ordonner un arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure. Le juge Steinberg n'a pas conclu à l'existence d'un abus de procédure contraire aux «principes de justice fondamentale» prévus dans la Constitution, qui lui aurait permis d'ordonner l'arrêt des procédures en vertu du pouvoir de redressement que lui conférait le par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

En octobre 1994, le requérant a déposé une demande d'autorisation de pourvoi devant notre Cour afin de contester la légalité et la constitutionnalité de l'arrêt des procédures. Plus précisément, il a demandé l'autorisation de se pourvoir, en invoquant les moyens suivants:

A- Première question

- 1- Ayant accueilli l'appel et annulé la condamnation du requérant au motif que: [TRANSLATION] «Les nouveaux éléments de preuve de même que les diverses irrégularités qui sont survenues sont plus que suffisants pour justifier d'accueillir l'appel en vertu de [l'al.] 686(1)a) du Code criminel», et ayant statué à l'effet que: [TRANSLATION] «Des circonstances spéciales militent contre la tenue d'un nouveau procès en l'espèce», la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en ordonnant une suspension des procédures plutôt que l'inscription d'un jugement d'acquiescement conformément à l'article 686(2)a) Cr. C.?
- 2- Dans les circonstances de la présente affaire, la suspension des procédures plutôt que l'acquiescement constitue-t-elle pour le requérant une violation de ses droits fondamentaux garantis par l'article 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

B- Deuxième question

Ayant admis l'ensemble de la preuve nouvelle produite au dossier le tout sous l'égide de l'article 683 Cr. C. et ayant par ailleurs conclu que la preuve nouvelle était plus que suffisante pour accorder l'appel selon l'article 686(1)a) Cr. C., la Cour d'appel a-t-elle commis une erreur de droit en n'acquiesçant pas le requérant conformément à l'article 686(2)a) Cr. C. sur la base du critère d'application de l'article 686(1)a)(i) Cr. C. à savoir que, compte tenu de l'ensemble de la preuve, le juge des faits, convenable-

accused guilty beyond a reasonable doubt? [Emphasis in original.]

6

The applicant's initial request for leave to appeal was denied by this Court: *Hinse v. The Queen*, [1995] 1 S.C.R. viii. He subsequently filed an application for reconsideration of the order refusing leave. This Court convened an oral hearing to address the issue, and directed the parties to limit their arguments to the threshold question of jurisdiction. The application was heard by this Court on October 2, 1995, and we reserved judgment.

III. Relevant Statutory Provisions

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

674. No proceedings other than those authorized by this Part and Part XXVI shall be taken by way of appeal in proceedings in respect of indictable offences.

686. . . .

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

(a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or

(b) order a new trial.

. . . .

(4) Where an appeal is from an acquittal, the court of appeal may

(a) dismiss the appeal; or

(b) allow the appeal, set aside the verdict and

(i) order a new trial, or

(ii) except where the verdict is that of a court composed of a judge and jury, enter a verdict of guilty with respect to the offence of which, in its opinion, the accused should have been found guilty but for the error in law, and pass a sentence that is warranted in law, or remit the matter to the trial court and direct the trial court to impose a sentence that is warranted in law.

. . . .

ment instruit, n'aurait pu raisonnablement déclarer l'accusé coupable hors de tout doute raisonnable? [En italique dans l'original.]

Notre Cour a rejeté la demande initiale d'autorisation de pourvoi présentée par le requérant: *Hinse c. La Reine*, [1995] 1 R.C.S. viii. Ce dernier a déposé par la suite une demande de réexamen de l'ordonnance lui refusant l'autorisation de se pourvoir. Notre Cour a convoqué une audience pour examiner la question, et a ordonné aux parties de limiter leurs plaidoiries à la question préliminaire de la compétence. Notre Cour a entendu la demande le 2 octobre 1995, et a mis son jugement en délibéré.

III. Dispositions législatives pertinentes

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

674. Nulle procédure autre que celles qui sont autorisées par la présente partie et la partie XXVI ne peut être intentée par voie d'appel dans des procédures concernant des actes criminels.

686. . . .

(2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)a), elle annule la condamnation et, selon le cas:

a) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquittal;

b) ordonne un nouveau procès.

. . . .

(4) Lorsqu'un appel est interjeté d'un acquittal, 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,

(ii) sauf dans le cas d'un verdict rendu par un tribunal composé d'un juge et d'un jury, consigner un verdict de culpabilité à l'égard de l'infraction dont, à son avis, l'accusé aurait dû être déclaré coupable, et prononcer une peine justifiée en droit ou renvoyer l'affaire au tribunal de première instance en lui ordonnant d'infliger une peine justifiée en droit.

. . . .

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires.

691. (1) A person who is convicted of an indictable offence and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents; or

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

(2) A person

(a) who is acquitted of an indictable offence other than by reason of a verdict of not criminally responsible on account of mental disorder and whose acquittal is set aside by the court of appeal, or

(b) who is tried jointly with a person referred to in paragraph (a) and is convicted and whose conviction is sustained by the court of appeal,

may appeal to the Supreme Court of Canada on a question of law.

693. (1) Where a judgment of a court of appeal sets aside a conviction pursuant to an appeal taken under section 675 or dismisses an appeal taken pursuant to paragraph 676(1)(a), (b) or (c) or subsection 676(3), the Attorney General may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law on which a judge of the court of appeal dissents; or

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada.

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26

2. . . .

“judgment”, when used with reference to the court appealed from, includes any judgment, rule, order, decision, decree, decretal order or sentence thereof

40. (1) Subject to subsection (3), an appeal lies to the Supreme Court from any final or other judgment of the Federal Court of Appeal or of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof, in which judgment can be had in the particular case sought to be appealed to the Supreme Court, whether or not leave to appeal to the Supreme Court has been refused by any other court, where, with respect to the particular case sought to be appealed, the Supreme Court is of the opin-

(8) Lorsqu’une cour d’appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

691. (1) La personne déclarée coupable d’un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d’appel peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada:

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d’appel est dissident;

b) sur toute question de droit, si l’autorisation d’appel est accordée par la Cour suprême du Canada.

(2) Une personne qui, selon le cas:

a) est acquittée de l’accusation d’un acte criminel — sauf dans le cas d’un verdict de non-responsabilité criminelle pour cause de troubles mentaux — et dont l’acquittement est annulé par la cour d’appel,

b) est jugée conjointement avec une personne mentionnée à l’alinéa a) et est déclarée coupable et dont la condamnation est maintenue par la cour d’appel,

peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada sur une question de droit.

693. (1) Lorsqu’un jugement d’une cour d’appel annule une déclaration de culpabilité par suite d’un appel interjeté aux termes de l’article 675 ou rejette un appel interjeté aux termes de l’alinéa 676(1)a), b) ou c) ou du paragraphe 676(3), le procureur général peut interjeter appel devant la Cour suprême du Canada:

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d’appel est dissident;

b) sur toute question de droit, si l’autorisation d’appel est accordée par la Cour suprême du Canada.

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26

2. . . .

«jugement» [...] toute décision d’une juridiction inférieure . . .

40. (1) Sous réserve du paragraphe (3), il peut être interjeté appel devant la Cour de tout jugement, définitif ou autre, rendu par la Cour d’appel fédérale ou par le plus haut tribunal de dernier ressort habilité, dans une province, à juger l’affaire en question, ou par l’un des juges de ces juridictions inférieures, que l’autorisation d’en appeler à la Cour ait ou non été refusée par une autre juridiction, lorsque la Cour estime, compte tenu de l’importance de l’affaire pour le public, ou de l’import-

ion that any question involved therein is, by reason of its public importance or the importance of any issue of law or any issue of mixed law and fact involved in that question, one that ought to be decided by the Supreme Court or is, for any other reason, of such a nature or significance as to warrant decision by it, and leave to appeal from that judgment is accordingly granted by the Supreme Court.

(3) No appeal to the Court lies under this section from the judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence or, except in respect of a question of law or jurisdiction, of an offence other than an indictable offence.

Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74

7. Whenever these Rules contain no provision for exercising any right, any procedure that is specified by the Court, a Judge or the Registrar and that is not inconsistent with these Rules or the Act may be adopted.

29. (1) A respondent who seeks to set aside or vary the whole or any part of the disposition of the judgment appealed from shall apply for leave to cross-appeal . . .

51. . . .

(12) There shall be no re-hearing on an application for leave or a motion.

IV. Analysis

⁷ This application raises an important jurisdictional question concerning this Court's authority to entertain appeals from orders entered by a court of appeal under its residual power of s. 686(8) of the *Criminal Code*. However, at the outset, I have a number of comments concerning the nature of the applicant's motion. More specifically, given that this case represents a rare instance where this Court has chosen to hear argument and write reasons in relation to an application for reconsideration of an order refusing leave to appeal, it would be appropriate to clarify this Court's long-standing policy governing the treatment of such applications.

tance des questions de droit ou des questions mixtes de droit et de fait qu'elle comporte, ou de sa nature ou importance à tout égard, qu'elle devrait en être saisie et lorsqu'elle accorde en conséquence l'autorisation d'en appeler.

(3) Le présent article ne permet pas d'en appeler devant la Cour d'un jugement prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant l'une ou l'autre de ces décisions dans le cas d'un acte criminel ou, sauf s'il s'agit d'une question de droit ou de compétence, d'une infraction autre qu'un acte criminel.

Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74

7. Lorsque l'exercice d'un droit n'est pas régi par les présentes règles, la Cour, un juge ou le registraire peut préciser une procédure qui n'est pas incompatible avec les présentes règles et avec la Loi.

29. (1) L'intimé qui cherche à faire infirmer ou modifier en tout ou en partie le dispositif du jugement du tribunal de juridiction inférieure doit déposer une demande d'autorisation d'appel incident . . .

51. . . .

(12) Aucune requête en autorisation ou autre requête ne peut faire l'objet d'une nouvelle audition.

IV. Analyse

La présente demande soulève une question de compétence importante concernant le pouvoir de notre Cour d'entendre les pourvois contre des ordonnances rendues par une cour d'appel en vertu du pouvoir résiduel que lui confère le par. 686(8) du *Code criminel*. Toutefois, je veux dès maintenant faire certains commentaires quant à la nature de la demande du requérant. Plus précisément, étant donné qu'il s'agit ici d'un rare cas où notre Cour a décidé d'entendre des plaidoiries et de rédiger des motifs relativement à une demande de réexamen d'une ordonnance refusant une autorisation de pourvoi, il conviendrait de clarifier la politique que notre Cour applique depuis longtemps au traitement de ces demandes.

A. *The Application for Reconsideration of an Order Refusing Leave*

This Court does not normally make a habit of reconsidering its decisions regarding leave to appeal. The ability to grant or deny leave represents the sole means by which this Court is able to exert discretionary control over its docket. In order to ensure that this Court enjoys complete flexibility in allocating its scarce judicial resources towards cases of true public importance, as a sound rule of practice, we generally do not convene oral hearings on applications for leave, nor do we produce written reasons for our grants and denials of leave. The same practical considerations govern our treatment of applications for reconsideration of orders granting or refusing leave. Given the hundreds of leave applications processed by this Court on an annual basis, it is simply not feasible for this Court to regularly second-guess its initial determinations of leave without significantly undermining this Court's indispensable role as a general court of appeal for the better administration of the laws of Canada. This judicial policy is well enshrined in Rule 51(12) of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, which provides that "[t]here shall be no re-hearing on an application for leave or a motion."

However, as with all rules of practice, Rule 51(12) must occasionally yield to circumstance. In exceptional cases, this Court may direct a hearing to reconsider the merits of an initial order refusing leave. For the same policy rationale addressed above, in order to allow this Court the widest degree of flexibility in controlling access to its docket, we have not barred ourselves from revisiting an original decision on leave in the appropriate case. As such, notwithstanding the strict language of Rule 51(12), we have interpreted our residual authority under Rule 7 of the Rules to authorize the Court to reconsider a decision made on an application for leave. See *Reekie v. Messervey*, [1990] 1 S.C.R. 219, at pp. 222-23. We have also interpreted Rule 7 to permit this Court, to reconsider and quash a previous ruling on leave on its

A. *La demande de réexamen d'une ordonnance refusant une autorisation de pourvoi*

Notre Cour n'a pas l'habitude de réexaminer ses décisions en matière d'autorisation de pourvoi. La capacité d'accorder ou de refuser cette autorisation constitue le seul moyen qu'a la Cour d'exercer un contrôle discrétionnaire sur son rôle. Afin de nous assurer que la Cour a toute la latitude requise pour consacrer ses ressources peu abondantes aux causes qui ont une véritable importance pour le public, nous jugeons bon, en général, de ne pas convoquer d'audience pour les demandes d'autorisation et de ne pas motiver par écrit notre décision d'accorder ou de refuser une autorisation. Les mêmes considérations pratiques régissent notre traitement des demandes de réexamen d'ordonnances accordant ou refusant une autorisation. Étant donné les centaines de demandes d'autorisation que notre Cour traite chaque année, il ne lui est tout simplement pas possible de réexaminer régulièrement les décisions qu'elle a rendues en matière d'autorisation, sans miner de façon importante le rôle indispensable qu'elle joue comme cour générale d'appel propre à améliorer l'application du droit canadien. Cette politique judiciaire est consacrée au par. 51(12) des *Règles de la Cour suprême du Canada*, qui prévoit qu'«[a]ucune requête en autorisation ou autre requête ne peut faire l'objet d'une nouvelle audition.»

Toutefois, comme pour toutes les règles de pratique, le par. 51(12) doit parfois céder devant les circonstances. Exceptionnellement, notre Cour peut tenir une audience en vue de réexaminer le bien-fondé d'une ordonnance initiale refusant l'autorisation. Pour la même raison de principe mentionnée plus haut, afin que notre Cour ait la plus grande latitude pour contrôler l'accès à son rôle, nous ne nous sommes pas interdit de réexaminer une décision en matière d'autorisation lorsque cela est indiqué. Ainsi, nonobstant le texte précis du par. 51(12), nous avons interprété notre pouvoir résiduel, conféré par l'art. 7 des Règles, comme nous autorisant à réexaminer une décision relative à une demande d'autorisation. Voir *Reekie c. Messervey*, [1990] 1 R.C.S. 219, aux pp. 222 et 223. Nous avons aussi interprété l'art. 7 comme

own motion. See *Johnson v. The Queen*, [1994] 3 S.C.R. viii. But while this Court is not precluded from revisiting its original rulings on leave, for the policy reasons outlined above, circumstances warranting reconsideration will be exceedingly rare. For all intents and purposes, litigants before this Court should consider a grant or denial of leave to appeal as a final and binding statement on whether their case raises a question of law of sufficient public importance to merit review by this nation's highest court of appeal.

permettant à notre Cour de réexaminer et d'annuler, de sa propre initiative, une décision antérieure en matière d'autorisation. Voir *Johnson c. La Reine*, [1994] 3 R.C.S. viii. Mais bien qu'il ne soit pas interdit à notre Cour de réexaminer ses décisions en matière d'autorisation, pour les raisons de principe exposées plus haut, les circonstances justifiant le réexamen seront extrêmement rares. À toutes fins pratiques, les parties qui plaident devant notre Cour devraient considérer que la décision d'accorder ou de refuser l'autorisation de pourvoi est finale et définitive quant à savoir si l'affaire soulève une question de droit suffisamment importante pour le public pour mériter d'être examinée par le plus haut tribunal d'appel de notre pays.

10 In this instance, given the exceptional and unique question of jurisdiction which came to light in the course of this application, we chose to exercise our discretion under Rule 7 to hear the applicant's motion for reconsideration of our initial order denying leave.

En l'espèce, en raison du caractère exceptionnel et unique de la question de compétence soulevée au cours de la demande, nous avons choisi d'exercer le pouvoir discrétionnaire, que nous confère l'art. 7 des Règles, d'entendre la demande de réexamen de notre ordonnance refusant l'autorisation, présentée par le requérant.

B. Jurisdiction

B. La compétence

(1) General Principles

(1) Les principes généraux

11 The question of jurisdiction arises in this case because the Quebec Court of Appeal allowed the applicant's appeal and set aside the applicant's conviction for an indictable offence. Under such circumstances, the Crown is free to appeal the decision of the Court of Appeal, either by leave or as of right based on a dissent, under s. 693(1) of the *Criminal Code*. But in this instance, it is the accused who is seeking to review the ruling of the Court of Appeal. More specifically, while the applicant was successful in the result he obtained before that court, he seeks to appeal the particular order entered by the Court of Appeal. The applicant was presumably pleased that his original conviction was set aside. However, as I understand his motivations, he is seeking to challenge the stay of proceedings imposed by the court because he feels he has been improperly deprived of the opportunity to obtain a judicial pronouncement of inno-

La question de compétence est soulevée en l'espèce parce que la Cour d'appel du Québec a accueilli l'appel du requérant et annulé sa déclaration de culpabilité relative à un acte criminel. Dans ces circonstances, il est loisible au ministère public de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel, soit après en avoir obtenu l'autorisation, soit de plein droit en cas de dissidence, en vertu du par. 693(1) du *Code criminel*. Mais en l'espèce, c'est l'accusé qui demande l'examen de la décision de la Cour d'appel. Plus précisément, bien qu'il ait eu gain de cause quant au résultat obtenu devant la Cour d'appel, le requérant cherche à se pourvoir contre l'ordonnance particulière de cette cour. Le requérant était probablement heureux que sa déclaration de culpabilité initiale soit annulée. Toutefois, si je comprends bien ses motivations, il cherche à contester l'arrêt des procédures ordonné par la cour, parce qu'il estime qu'on l'a irrégulièrement privé de la possibilité d'obtenir une reconnaissance judiciaire de son innocence au moyen

cence through a directed verdict of acquittal, or alternatively, through the granting of a new trial.

However, the *Criminal Code* does not expressly provide for any avenue of appeal for an accused who has secured a favourable result before the highest court of last resort of a province. An accused's right to appeal a conviction to the Supreme Court of Canada under the procedural regime for indictable offences is limited to cases where the accused's conviction was affirmed rather than set aside on appeal. As s. 691(1) of the *Code* reads:

691. (1) A person who is convicted of an indictable offence and whose conviction is affirmed by the court of appeal may appeal to the Supreme Court of Canada

(a) on any question of law in which a judge of the court of appeal dissents; or

(b) on any question of law, if leave to appeal is granted by the Supreme Court of Canada. [Emphasis added.]

Furthermore, in the past, this Court has held quite consistently in the context of Crown appeals under s. 693(1)(b), that once the Crown has secured a favourable result before a provincial court of appeal, it may not seek leave to appeal the particular order of the court of appeal entered under s. 686(4)(b) (i.e., the order of a new trial as opposed to the entry of verdict of guilty). In *R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449, the accused was convicted, but the trial judge entered a stay of proceedings for entrapment. The Court of Appeal allowed the Crown's appeal on the finding of entrapment, set aside the stay, and ordered a new trial. Upon the accused's appeal to this Court, the Crown sought an order dismissing the appeal and entering a conviction. Speaking for the majority of the Court, I held that this Court lacked jurisdiction to vary the Court of Appeal's order at the prosecution's request in the absence of a Crown appeal, and more importantly, that the Crown had no

d'un verdict imposé d'acquiescement ou, subsidiairement, d'une ordonnance de nouveau procès.

Toutefois, le *Code criminel* ne prévoit pas expressément de voies d'appel pour l'accusé qui a obtenu un résultat favorable devant le plus haut tribunal de dernier ressort d'une province. Le droit de l'accusé de se pourvoir devant la Cour suprême du Canada contre une déclaration de culpabilité, en vertu du régime procédural applicable aux actes criminels, se limite aux cas où la déclaration de culpabilité de l'accusé a été confirmée, plutôt qu'annulée, en appel. Le paragraphe 691(1) du *Code criminel* se lit ainsi:

691. (1) La personne déclarée coupable d'un acte criminel et dont la condamnation est confirmée par la cour d'appel peut interjeter appel à la Cour suprême du Canada:

a) sur toute question de droit au sujet de laquelle un juge de la cour d'appel est dissident;

b) sur toute question de droit, si l'autorisation d'appel est accordée par la Cour suprême du Canada. [Je souligne.]

De plus, dans le passé, notre Cour a statué de façon tout à fait constante, dans le contexte des pourvois du ministère public fondés sur l'al. 693(1)b), qu'une fois que le ministère public a obtenu un résultat favorable devant une cour d'appel provinciale, il ne peut pas demander l'autorisation de se pourvoir contre l'ordonnance particulière rendue par la cour d'appel en vertu de l'al. 686(4)b) (c.-à-d. l'ordonnance de nouveau procès par opposition à l'inscription d'un verdict de culpabilité). Dans *R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449, l'accusé a été déclaré coupable, mais le juge du procès a ordonné l'arrêt des procédures pour cause de provocation policière. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté par le ministère public quant à la conclusion de provocation policière, a annulé l'arrêt des procédures et a ordonné un nouveau procès. Lors du pourvoi de l'accusé devant notre Cour, le ministère public a demandé à la Cour de rejeter le pourvoi et d'inscrire une déclaration de culpabilité. J'ai conclu, au nom des juges formant la majorité, que notre Cour n'avait pas compétence pour modifier, à la demande de la poursuite, l'ordonnance de la Cour d'appel en l'ab-

12

13

underlying right of appeal under s. 693(1)(b). As I wrote (at p. 466):

The Crown is not given by statute the ability to appeal to this Court a decision which allowed its appeal from an acquittal or judicial stay of proceedings, but which gave the Crown less than what had been requested. As a result, there is no statutory provision which would allow the Crown to appeal from the Court of Appeal's judgment. Absent a statutory right of appeal, there is no right of appeal. [Emphasis in original.]

I further held, at p. 465, that the Crown had no right to seek leave to appeal the order of a new trial by virtue of s. 40(3) of the *Supreme Court Act*. The principle of *Barnes* was subsequently affirmed and applied in *R. v. MacKenzie*, [1993] 1 S.C.R. 212. As La Forest J. elaborated in *MacKenzie*, at pp. 228-29:

The problem for the Crown in this case is that the Court of Appeal allowed the Crown's appeal, albeit on a different issue than that which the Crown sought to pursue in this Court. The Crown's overall success in the court below precluded any further appeal, or cross-appeal, to this Court.

As in *Barnes*, a court of appeal has allowed a Crown appeal, thereby precluding any appeal, or cross-appeal, by the Crown to this Court. The subdivision of a case on appeal into discrete grounds does not assist the Crown in this regard: an unfavourable ruling by a court of appeal on one point of law is overtaken by the Crown's success on other grounds. [Emphasis in original.]

See, also, *R. v. Laba*, [1994] 3 S.C.R. 965, at pp. 978-81, where I reiterated that this Court has no jurisdiction under s. 693(1)(b) of the *Code* or s. 40(1) of the *Supreme Court Act* to entertain an appeal by the Crown of the particular order or reasons entered by a court of appeal where the prosecution's underlying appeal was allowed before that court.

sence d'un pourvoi du ministère public, et, ce qui est plus important encore, que l'al. 693(1)b) n'accorderait au ministère public aucun droit d'appel sous-jacent. Comme je l'ai écrit, à la p. 466:

Le ministère public n'est pas, de par la loi, habilité à se pourvoir devant notre Cour contre une décision qui a accueilli l'appel qu'il avait interjeté d'un verdict d'acquiescement ou d'un arrêt des procédures, mais qui lui a donné moins que ce qui avait été demandé. Par conséquent, il n'existe aucune disposition législative qui permettrait au ministère public de se pourvoir contre l'arrêt de la Cour d'appel. Sans droit d'appel prévu par la loi, il n'y a pas de droit d'appel. [Souligné dans l'original.]

J'ai aussi conclu, à la p. 465, que le par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême* n'accordait pas au ministère public le droit de demander l'autorisation de se pourvoir contre l'ordonnance de nouveau procès. Le principe dégagé dans l'arrêt *Barnes* a été, par la suite, confirmé et appliqué dans l'arrêt *R. c. MacKenzie*, [1993] 1 R.C.S. 212. Comme le juge La Forest l'explique, aux pp. 228 et 229:

Le problème du ministère public en l'espèce est que la Cour d'appel a accueilli l'appel qu'il avait interjeté, bien que sur une question différente de celle qu'il a tenté de faire valoir devant nous. C'est la victoire globale qu'il a remportée devant la juridiction inférieure qui empêche le ministère public de se pourvoir, en appel ou en appel incident, devant notre Cour.

Comme dans *Barnes*, une cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, empêchant ainsi tout pourvoi ou pourvoi incident de ce dernier devant notre Cour. La subdivision des moyens d'appel n'aide pas le ministère public à cet égard: la décision défavorable d'une cour d'appel sur un point de droit est compensée par le succès du ministère public sur d'autres moyens. [Souligné dans l'original.]

Voir aussi l'arrêt *R. c. Laba*, [1994] 3 R.C.S. 965, aux pp. 978 à 981, où j'ai réaffirmé que notre Cour n'a pas compétence, en vertu de l'al. 693(1)b) du *Code* ou du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, pour entendre un pourvoi du ministère public contre une ordonnance ou des motifs particuliers prononcés par une cour d'appel quand l'appel sous-jacent, interjeté par le ministère public, a été accueilli par cette cour.

Along similar lines, we have held that an accused has no right to appeal the order of a court of appeal directing a new trial under s. 686(2)(b) where the accused was ultimately successful in the result before that court. In *Meddoui v. The Queen*, [1991] 3 S.C.R. ix, the accused sought leave to appeal a ruling of the Alberta Court of Appeal setting aside his original conviction, but which entered a new trial as opposed to a verdict of acquittal under s. 686(2)(b). This Court denied leave for want of jurisdiction, since the text of s. 691(1) limits an accused's right to appeal in indictable cases to circumstances where the court of appeal below affirmed an accused's conviction or set aside an acquittal. As well, the text of s. 40(3) precludes an accused from appealing such an order of a new trial through resort to this Court's general jurisdiction under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. See *R. v. Keegstra*, [1995] 2 S.C.R. 381, at pp. 399-400.

(2) Submissions

On the basis of these authorities, the Attorney General of Quebec argues that the applicant Hinse does not enjoy any right to appeal a discrete order of the Quebec Court of Appeal directing a stay of proceedings after having obtained a favourable result on appeal (i.e., his conviction was set aside). Furthermore, the Attorney General contends that the applicant is precluded from seeking leave pursuant to this Court's general jurisdiction under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, since s. 40(3) expressly excludes jurisdiction over the "judgment of any court . . . setting aside or affirming a conviction . . . of an indictable offence".

The applicant offers two arguments in favour of this Court's jurisdiction. First, the applicant argues that since he is raising a constitutional objection to the stay of proceedings, this Court has jurisdiction to independently address the constitutional ques-

De façon similaire, nous avons conclu qu'un accusé n'a pas le droit de se pourvoir contre l'ordonnance d'une cour d'appel prescrivant la tenue d'un nouveau procès en vertu de l'al. 686(2)(b), dans le cas où l'accusé a finalement eu gain de cause quant au résultat en appel. Dans l'arrêt *Meddoui c. La Reine*, [1991] 3 R.C.S. ix, l'accusé avait demandé l'autorisation de se pourvoir contre une décision de la Cour d'appel de l'Alberta qui avait annulé sa déclaration de culpabilité initiale, mais qui avait ordonné un nouveau procès en vertu de l'al. 686(2)(b), au lieu de prononcer un verdict d'acquittement. Notre Cour a rejeté cette demande pour cause d'absence de compétence, étant donné que le libellé du par. 691(1) limite le droit d'appel de l'accusé, dans le cas d'un acte criminel, aux circonstances dans lesquelles la cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité de l'accusé ou a annulé son acquittement. De même, le libellé du par. 40(3) empêche un accusé de se pourvoir contre une telle ordonnance de nouveau procès en invoquant la compétence générale conférée à notre Cour par le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Voir *R. c. Keegstra*, [1995] 2 R.C.S. 381, aux pp. 399 et 400.

(2) Les arguments

S'appuyant sur ces arrêts, le procureur général du Québec allègue que le requérant Hinse n'a aucun droit de se pourvoir contre une ordonnance particulière de la Cour d'appel du Québec prescrivant un arrêt des procédures, après avoir obtenu un résultat favorable en appel (c.-à-d. l'annulation de sa déclaration de culpabilité). De plus, le Procureur général soutient qu'il est interdit au requérant de demander autorisation en invoquant la compétence générale conférée à notre Cour par le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, étant donné que le par. 40(3) prévoit expressément que la Cour n'a pas compétence à l'égard «d'un jugement [. . .] annulant ou confirmant [une déclaration de culpabilité] [. . .] dans le cas d'un acte criminel».

Le requérant avance deux arguments à l'appui de la compétence de notre Cour. Premièrement, il allègue que, puisqu'il s'oppose à l'arrêt des procédures en faisant valoir qu'il est inconstitutionnel, notre Cour a compétence pour examiner de façon

tion under s. 40(1) under the “dual proceedings” framework articulated in *Laba, supra*, at pp. 981-84. The “dual proceedings” approach, it will be recalled, permits the Crown or the accused to independently seek leave to appeal on constitutional questions which arise in the context of a criminal case, even when no appeal would otherwise be available by virtue of the appeal provisions of the *Criminal Code* and s. 40(3) of the *Supreme Court Act*. See, e.g., *R. v. Finta*, [1994] 1 S.C.R. 701, and *Keegstra, supra*, at pp. 390-96. While the “dual proceedings” analysis was originally conceived as a means of appealing “ruling[s]” by a provincial court of appeal “on the constitutionality of a *Criminal Code* provision” (*Keegstra*, at p. 392), the applicant argues that the approach is equally applicable as a means of appealing an act or order of a provincial court of appeal which itself raises a constitutional question. Second, the applicant contends that Rule 29 of the *Rules of the Supreme Court of Canada* explicitly anticipates an avenue for the appeal of an order of a final court of appeal of a province. While the respondent cross-appeals under Rule 29 must have an independent statutory foundation (*Keegstra*, at p. 403), the applicant argues that Rule 29 at least contemplates the existence of some statutory appeal mechanism for seeking “to set aside or vary the whole or any part of the disposition of the judgment appealed from”.

indépendante la question constitutionnelle en vertu du par. 40(1), suivant le cadre méthodologique des «doubles procédures» énoncé dans l’arrêt *Laba*, précité, aux pp. 981 à 984. La méthode des «doubles procédures», on s’en souviendra, permet au ministère public ou à l’accusé de demander de façon indépendante l’autorisation de pourvoi relativement à des questions constitutionnelles qui se posent dans le contexte d’une affaire criminelle, même dans le cas où il serait par ailleurs impossible de se pourvoir en vertu des dispositions en matière d’appel du *Code criminel* et le par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême*. Voir, par exemple, *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701, et *Keegstra*, précité, aux pp. 390 à 396. Alors que la méthode analytique des «doubles procédures» a d’abord été conçue comme moyen de se pourvoir contre des «décision[s]» d’une cour d’appel provinciale «sur la constitutionnalité d’une disposition du *Code criminel*» (*Keegstra*, à la p. 392), le requérant fait valoir que la méthode est également applicable pour se pourvoir contre une mesure ou une ordonnance d’une cour d’appel provinciale qui soulève elle-même une question constitutionnelle. Deuxièmement, le requérant prétend que l’art. 29 des *Règles de la Cour suprême du Canada* prévoit explicitement un moyen de se pourvoir contre une ordonnance du tribunal d’appel de dernier ressort d’une province. Même si les pourvois incidents formés par un intimé en vertu de l’art. 29 doivent avoir un fondement légal indépendant (*Keegstra*, à la p. 403), le requérant allègue que l’art. 29 envisage au moins l’existence d’un certain mécanisme légal d’appel permettant de chercher à «faire infirmer ou modifier en tout ou en partie le dispositif du jugement du tribunal de juridiction inférieure».

17 Since I am of the view that this Court has jurisdiction to hear this appeal on alternative grounds, it is unnecessary for me to dispose of the merits of the applicant’s two arguments for the existence of jurisdiction.

18 On the basis of the foregoing authorities, I am in agreement with the respondent that the applicant has no right to appeal the imposition of the stay under the procedural regime set out in the *Criminal*

Étant donné que je suis d’avis que notre Cour a compétence pour entendre le présent pourvoi pour d’autres motifs, il n’est pas nécessaire que je statue sur le bien-fondé des deux arguments que le requérant invoque à l’appui de l’existence de compétence.

Compte tenu des arrêts mentionnés ci-dessus, je suis d’accord avec l’intimé pour dire que le régime procédural du *Code criminel* n’accorde au requérant aucun droit de se pourvoir contre l’ordon-

Code. But I am not equally convinced that the applicant is prohibited from seeking leave to appeal the stay of proceedings issued by the Court of Appeal under this Court's general jurisdiction under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. More specifically, I do not believe that such an appeal is prohibited by the language of either s. 40(3) of Act or s. 674 of the *Code*. While s. 40(3) clearly precludes an accused or the Crown from seeking leave with regard to an order of a new trial in accordance with the principle of *Barnes, MacKenzie and Meddoui*, I do not think that the language of s. 40(3) necessarily prohibits an accused or the Crown from appealing an order of a stay of proceedings for abuse of process.

(3) The Nature of an Order for a Stay of Proceedings for Abuse of Process

As a preface to my discussion of this Court's jurisdiction, it is necessary to draw a preliminary distinction between the legal foundation of a court of appeal's power to direct a new trial in response to a successful appeal by the accused and a court of appeal's power to direct a stay of proceedings for abuse of process. Needless to say, I am reluctant to engage in an extensive discussion of the origins, nature and limits of a court's power to suspend abusive and vexatious criminal proceedings given the narrow focus of this application. Rather, such a comprehensive examination (if necessary) ought to occur during our consideration of the full merits of this appeal, following proper written and oral argument on the issue. Furthermore, it is unnecessary to delve into any discussion of the relationship between the power of a court to order a stay of proceedings for abuse of process at common law or by statute, and the power of a court to order a stay of proceedings for abuse of process under ss. 7 and 24 of the *Charter*. See, e.g., *R. v. O'Connor* (1994), 89 C.C.C. (3d) 109 (B.C.C.A.). Nonetheless, I am required to engage in a brief examination of the source of a court of appeal's power to suspend criminal proceedings whether at common law or by statute, as this legal foundation

nance prescrivant l'arrêt des procédures. Cependant, je ne suis pas aussi convaincu qu'il soit interdit d'invoquer la compétence générale conférée à notre Cour par le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, pour demander l'autorisation de se pourvoir contre l'arrêt des procédures ordonné par la Cour d'appel. Plus précisément, je ne crois pas qu'un tel pourvoi soit interdit aux termes du par. 40(3) de la Loi ou de l'art. 674 du *Code*. Alors que le par. 40(3) interdit clairement à un accusé ou au ministère public de demander l'autorisation de se pourvoir contre une ordonnance de nouveau procès, conformément au principe dégagé dans les arrêts *Barnes, MacKenzie et Meddoui*, je ne pense pas que les termes du par. 40(3) interdisent nécessairement à l'accusé ou au ministère public de se pourvoir contre une ordonnance prescrivant l'arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure.

(3) La nature d'une ordonnance prescrivant l'arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure

À titre d'introduction à l'analyse que je ferai de la compétence de notre Cour, il est nécessaire d'établir une distinction préliminaire entre le fondement juridique du pouvoir d'une cour d'appel d'ordonner un nouveau procès en réponse à un appel fructueux de l'accusé, et celui du pouvoir qu'elle a d'ordonner l'arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure. Il va sans dire que j'hésite à m'engager dans une analyse en profondeur des origines, de la nature et des limites du pouvoir d'une cour de suspendre des procédures abusives et vexatoires en matière criminelle, étant donné l'objet limité de la présente demande. Un tel examen en profondeur (si nécessaire) devra être entrepris lors de notre étude de tout le bien-fondé du présent pourvoi, à la suite de l'argumentation orale et écrite qui nous sera soumise sur la question. Il n'est pas non plus nécessaire d'analyser en profondeur le lien entre le pouvoir d'une cour d'ordonner un arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure, que ce soit en common law ou en vertu d'une loi, et le pouvoir qu'elle a d'ordonner un arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure en vertu des art. 7 et 24 de la *Charte*. Voir, par exemple, *R. c. O'Connor* (1994), 89 C.C.C. (3d) 109 (C.A.C.-B.). Néanmoins, je me dois d'entre-

of the court's power necessarily impacts my discussion of the more immediate question of this Court's jurisdiction under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

prendre un bref examen de la source du pouvoir d'une cour d'appel de suspendre des procédures en matière criminelle, peu importe qu'il s'agisse de la common law ou d'une loi, étant donné que ce fondement juridique du pouvoir de la cour a nécessairement une incidence sur mon étude de la question plus immédiate de la compétence de notre Cour en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

20

Once a court of appeal has allowed an accused's appeal and set aside his or her conviction, the court is empowered by s. 686(2) of the *Code* to enter one of two orders: an order for a directed verdict of acquittal, or an order for a new trial. The statutory provision is set out as follows:

686. . . .

(2) Where a court of appeal allows an appeal under paragraph (1)(a), it shall quash the conviction and

- (a) direct a judgment or verdict of acquittal to be entered; or
- (b) order a new trial.

However, notwithstanding the apparently exhaustive language of this provision, it seems clear from recent decisions of this Court that a court of appeal may also direct a stay of proceedings for abuse of process as an alternative to these two orders under the appropriate circumstances.

Une fois qu'une cour d'appel a accueilli l'appel d'un accusé et annulé sa déclaration de culpabilité, la cour est habilitée, par le par. 686(2) du *Code*, à rendre l'une ou l'autre des deux ordonnances suivantes: une ordonnance imposant l'inscription d'un verdict d'acquittal, ou une ordonnance de nouveau procès. Cette disposition se lit ainsi:

686. . . .

(2) Lorsqu'une cour d'appel admet un appel en vertu de l'alinéa (1)a), elle annule la condamnation et, selon le cas:

- a) ordonne l'inscription d'un jugement ou verdict d'acquittal;
- b) ordonne un nouveau procès.

Cependant, en dépit du libellé apparemment exhaustif de cette disposition, il semble clair, compte tenu des récents arrêts de notre Cour, qu'une cour d'appel peut aussi, lorsque cela est indiqué, ordonner un arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure, comme solution de rechange aux deux ordonnances mentionnées ci-dessus.

21

To begin, it is now well established that a trial court has the power to suspend a course of abusive criminal proceedings which offend the community's sense of fair play. In *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, at pp. 136-37, citing *R. v. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289 (Ont. C.A.), at p. 329, this Court acknowledged that "there is a residual discretion in a trial court judge to stay proceedings where compelling an accused to stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings". We noted in *Jewitt*, at p. 131, that the origin of this power derives from the inherent authority

Pour commencer, il est maintenant bien établi qu'un tribunal de première instance a le pouvoir de suspendre des procédures criminelles abusives qui violent le sens du franc-jeu qu'a la société. Dans l'arrêt *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, aux pp. 136 et 137, citant l'arrêt *R. c. Young* (1984), 40 C.R. (3d) 289 (C.A. Ont.), à la p. 329, notre Cour a reconnu que «le juge du procès a un pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre l'instance lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire». Nous avons fait remarquer dans l'arrêt

of a court of common law to control and discipline an abuse of its processes. As I. H. Jacob has argued in the seminal article, "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Current Legal Problems* 23, at p. 27:

[T]he essential character of a superior court of law necessarily involves that it should be invested with a power to maintain its authority and to prevent its process being obstructed and abused. Such a power is intrinsic in a superior court; it is its very life-blood, its very essence, its immanent attribute. Without such a power, the court would have form but would lack substance. The jurisdiction which is inherent in a superior court of law is that which enables it to fulfil itself as a court of law.

This Court has subsequently affirmed the inherent authority of a trial court judge to stay criminal proceedings for an abuse of process in a number of cases. See, e.g., *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, at pp. 658-59; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, at p. 941; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667; and *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at pp. 992-93.

More recently, we have indicated that an appellate court possesses an analogous power to direct a stay of proceedings. In *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, the Newfoundland Court of Appeal refused to allow the Crown's appeal of a directed verdict of acquittal for impaired driving, notwithstanding the presence of a reversible error, on the ground that the Crown's appeal amounted to an abuse of process (at trial, the Crown had declined the opportunity to present further evidence of impairment once the prosecution's breathalyser evidence had been excluded). L'Heureux-Dubé J. held for a 4-to-3 majority of this Court that there was no abuse of process on the facts, and that accordingly the Court of Appeal enjoyed no discretion beyond s. 686(4) of the *Code* to order a stay of proceedings. In so doing, however, she clearly implied, at p. 620, that a provincial court of appeal could order such a stay for vexatious and

Jewitt, à la p. 131, que ce pouvoir a son origine dans un pouvoir inhérent que possède un tribunal de common law de réfréner et de punir l'abus de ses procédures. Comme I. H. Jacob l'a soutenu dans l'article charnière intitulé «The Inherent Jurisdiction of the Court» (1970), 23 *Current Legal Problems* 23, à la p. 27:

[TRADUCTION] En raison de son caractère essentiel, une cour supérieure de justice doit nécessairement être investie du pouvoir de maintenir son autorité et d'empêcher qu'on fasse obstacle à sa procédure ou qu'on en abuse. Il s'agit d'un pouvoir intrinsèque d'une cour supérieure; c'est son âme et son essence mêmes, son attribut immanent. Dénuée de ce pouvoir, la cour serait une entité ayant une forme mais aucune substance. La compétence inhérente d'une cour supérieure est celle qui lui permet de se réaliser en tant que cour de justice.

Notre Cour a, par la suite, dans un certain nombre de cas, confirmé le pouvoir inhérent d'un juge du procès d'ordonner l'arrêt de procédures criminelles pour cause d'abus de procédure. Voir, par exemple, *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, aux pp. 658 et 659; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, à la p. 941; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, à la p. 1667, et *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, aux pp. 992 et 993.

Plus récemment, nous avons indiqué qu'une cour d'appel possède un pouvoir analogue d'ordonner un arrêt des procédures. Dans l'arrêt *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S. 601, la Cour d'appel de Terre-Neuve avait refusé d'accueillir l'appel interjeté par le ministère public contre un verdict imposé d'acquiescement relatif à une accusation de conduite avec facultés affaiblies, malgré la présence d'une erreur justifiant une annulation, pour le motif que l'appel du ministère public constituait un abus de procédure (au procès, le ministère public n'avait pas jugé opportun de présenter d'autres éléments de preuve d'intoxication une fois écartée sa preuve obtenue au moyen d'un alcootest). Le juge L'Heureux-Dubé a conclu dans un jugement rendu à la majorité de quatre juges contre trois que, d'après les faits, il n'y avait pas d'abus de procédure, et que, par conséquent, la Cour d'appel n'avait pas, au-delà du par. 686(4) du *Code*, le pouvoir discrétionnaire d'ordonner un arrêt des procédures. Ce faisant, le juge L'Heureux-Dubé a

abusive proceedings under the appropriate circumstances:

... I am of the view that s. 686(4) of the *Criminal Code* does not confer a court of appeal any discretion, however limited, beyond the general power to control its process in case of abuse. [Emphasis added.]

In his dissenting reasons, Sopinka J. endorsed the same proposition but in much more explicit terms. As he stated, at p. 644:

The Court of Appeal has, apart from the discretion defined in *Vézeau*, the power to correct an abuse of process While the more usual exercise of this power occurs in review of the decision of the trial judge with respect to an abuse of process that occurred at trial, exceptionally it may be exercised by the Court of Appeal in first instance where the abuse occurs during the appeal proceedings. See *R. v. Potvin*, [1993] 2 S.C.R. 880, at pp. 915-16.

In light of these passages, both the Ontario and Newfoundland Courts of Appeal have since interpreted *Power* as an affirmation of an appellate court's power to suspend proceedings to prevent an abuse of process. See *R. v. E. (L.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 228 (Ont. C.A.), at p. 249, and *R. v. B. (A.J.)* (1994), 90 C.C.C. (3d) 210 (Nfld. C.A.), at p. 232. (The latter case was reversed by this Court, [1995] 2 S.C.R. 413, for reasons unrelated to the appellate court's imposition of a stay of proceedings.) But while the majority in *Power* suggested in general terms, at p. 612, that the existence of such an appellate power to enter a stay of proceedings lay within an appellate court's "inherent and residual discretion", the majority refrained from elaborating the precise legal source of authority for such a discretionary power, whether at common law or under the broad statutory order powers of a court of appeal under the *Criminal Code*.

toutefois clairement donné à entendre, à la p. 620, qu'une cour d'appel provinciale pouvait, lorsque cela était indiqué, ordonner un tel arrêt des procédures dans le cas de procédures vexatoires et abusives:

... je suis d'avis que le par. 686(4) du *Code criminel* ne confère pas à une cour d'appel un pouvoir discrétionnaire, quelque restreint qu'il puisse être, autre que le pouvoir général de contrôler sa procédure en cas d'abus. [Je souligne.]

Dans ses motifs de dissidence, le juge Sopinka a souscrit à la même proposition, mais de manière beaucoup plus explicite. Comme il l'affirme, à la p. 644:

Indépendamment du pouvoir discrétionnaire défini dans l'arrêt *Vézeau*, la cour d'appel est investie du pouvoir de redresser un abus de procédure. [. . .] Quoique ce pouvoir s'exerce le plus fréquemment pour contrôler la décision du juge du procès lorsqu'il y a eu abus de procédure au procès, la Cour d'appel peut exceptionnellement l'exercer en première instance si l'abus se produit au cours de la procédure d'appel; voir l'arrêt *R. c. Potvin*, [1993] 2 R.C.S. 880, aux pp. 915 et 916.

À la lumière de ces passages, la Cour d'appel de l'Ontario et la Cour d'appel de Terre-Neuve ont, depuis, interprété l'arrêt *Power* comme confirmant le pouvoir d'une cour d'appel de suspendre des procédures dans le but d'empêcher qu'un abus de procédure ne soit commis. Voir *R. c. E. (L.)* (1994), 94 C.C.C. (3d) 228 (C.A. Ont.), à la p. 249, et *R. c. B. (A.J.)* (1994), 90 C.C.C. (3d) 210 (C.A.T.-N.), à la p. 232. (Ce dernier arrêt a été infirmé par notre Cour, [1995] 2 R.C.S. 413, pour des raisons n'ayant rien à voir avec l'arrêt des procédures ordonné par la Cour d'appel.) Cependant, bien que les juges majoritaires dans l'arrêt *Power* aient laissé entendre de manière générale, à la p. 612, que le pouvoir d'une cour d'appel d'ordonner l'arrêt des procédures fait partie de son «pouvoir discrétionnaire inhérent et résiduel», ceux-ci se sont gardés de donner des détails sur la source juridique précise de ce pouvoir discrétionnaire, peu importe qu'il s'agisse de la common law ou des vastes pouvoirs de rendre des ordonnances que le *Code criminel* confère à une cour d'appel.

In my view, when a court of appeal enters an order to suspend criminal proceedings which violate “the community’s sense of fair play and decency”, it is necessarily engaged in an exercise of its residual order power under s. 686(8) of the *Criminal Code*. The wording of the residual order provision is set out as follows:

686. . . .

(8) Where a court of appeal exercises any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7), it may make any order, in addition, that justice requires.

The power of an appellate court to impose a stay of criminal proceedings, similar to a trial court, derives its origin from the inherent jurisdiction of a superior court of record at common law. But given the breadth of the language of the residual order provision, I believe that the concrete exercise of that inherent power necessarily manifests itself through the statutory font of s. 686(8). When a court of appeal invokes its power to suspend a vexatious or oppressive course of criminal proceeding in the course of allowing or dismissing an appeal, in my view, it is clearly engaged in rendering an order “that justice requires”. While the power of a court of appeal to order a stay of proceedings for abuse of process traces its origins to the common law, the actual exercise of that authority inevitably carries a statutory gloss by virtue of s. 686(8) of the *Criminal Code*. Accordingly, in the few reported cases where provincial courts of appeal have suspended criminal proceedings for an apparent abuse of process, such courts have located their authority under the residual order provisions of the *Code*. See, e.g., *B. (A.J.)*, *supra*, at pp. 232-33, and *R. v. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407 (Que. C.A.), at pp. 420-21. The statutory form of this judicial power, needless to say, does not alter the substantive constraints imposed on the exercise of the power by the common law. In other words, notwithstanding the broad remedial language of s. 686(8), both trial and appellate courts may only impose a stay of proceedings for abuse of process in accordance with the principles and limits we

À mon avis, lorsqu’une cour d’appel ordonne la suspension de procédures criminelles qui violent «le sens du franc-jeu et de la décence qu’a la société», elle exerce nécessairement le pouvoir résiduel de rendre d’autres ordonnances que lui confère le par. 686(8) du *Code criminel*. La disposition relative au pouvoir résiduel de rendre d’autres ordonnances est rédigée ainsi:

686. . . .

(8) Lorsqu’une cour d’appel exerce des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7), elle peut en outre rendre toute ordonnance que la justice exige.

Le pouvoir d’une cour d’appel d’ordonner un arrêt de procédures criminelles, semblable à celui que possède un tribunal de première instance, a son origine dans le pouvoir inhérent d’une cour supérieure d’archives en common law. Mais compte tenu de la portée des termes de la disposition relative au pouvoir résiduel de rendre d’autres ordonnances, je crois que l’exercice concret de ce pouvoir inhérent se manifeste nécessairement par le biais du par. 686(8). Quand une cour d’appel invoque son pouvoir de suspendre des procédures criminelles vexatoires ou oppressives lorsqu’il s’agit d’accueillir ou de rejeter un appel, elle se trouve clairement, à mon avis, à rendre une ordonnance «que la justice exige». Bien que le pouvoir d’une cour d’appel d’ordonner un arrêt des procédures pour cause d’abus de procédure ait son origine dans la common law, l’exercice réel de ce pouvoir comporte inévitablement un certain éclat législatif en raison du par. 686(8) du *Code criminel*. Par conséquent, dans les rares cas publiés où des cours d’appel provinciales ont suspendu des procédures criminelles pour cause d’abus de procédure manifeste, ces cours ont puisé leur pouvoir de le faire dans les dispositions du *Code* relatives au pouvoir résiduel de rendre d’autres ordonnances. Voir, par exemple, *B. (A.J.)*, précité, aux pp. 232 et 233, et *R. c. Zurlo* (1990), 57 C.C.C. (3d) 407 (C.A. Qué.), aux pp. 420 et 421. La forme législative de ce pouvoir judiciaire ne modifie pas, il va sans dire, les contraintes de fond imposées à son exercice par la common law. Autrement dit, nonobstant la grande portée réparatrice des termes du par. 686(8), tant un tribunal de première instance qu’une cour d’appel ne peuvent ordonner

have set out in *Jewitt, Keyowski, Mack, Conway, and Scott*.

l'arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure qu'en conformité avec les principes et les limites que nous avons énoncés dans les arrêts *Jewitt, Keyowski, Mack, Conway et Scott*.

24 But while an appellate court's power to direct a stay of criminal proceedings ought to be properly understood as an exercise of its authority to enter an order under s. 686(8) of the *Code*, an order under s. 686(8) nonetheless represents a fundamentally distinct judicial order from an order for a new trial in accordance with s. 686(2)(b) within the structure of the appeals regime of the *Criminal Code*. As such, I do not believe that both types of orders are necessarily jointly excluded from this Court's general jurisdiction to grant leave by virtue of s. 40(3) of the *Supreme Court Act*.

Mais, bien que le pouvoir d'une cour d'appel d'ordonner un arrêt de procédures criminelles doit être correctement interprété comme un exercice de son pouvoir de rendre une ordonnance fondée sur le par. 686(8) du *Code*, une ordonnance fondée sur le par. 686(8) n'en est pas moins une ordonnance judiciaire fondamentalement distincte d'une ordonnance de nouveau procès rendue en vertu de l'al. 686(2)b), conformément à la structure du régime d'appels établi par le *Code criminel*. Je ne crois pas que ces deux types d'ordonnances soient, en vertu du par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, nécessairement et conjointement exclus, comme tels, de la compétence générale que possède notre Cour pour accorder une autorisation.

(4) Appeals of Orders Issued under Section 686(8) of the Code

(4) Pourvois contre des ordonnances fondées sur le par. 686(8) du Code

25 Section 40(1) of the *Supreme Court Act* vests this Court with a comprehensive jurisdiction to hear appeals by leave on questions of federal and provincial law. In criminal matters involving indictable offences, however, this Court's general jurisdiction is subject to the limitations stipulated in both s. 674 of the *Criminal Code* and s. 40(3) of the Act. The two provisions read as follows:

Le paragraphe 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* confère à notre Cour une compétence large pour entendre, avec son autorisation, des pourvois relatifs à des questions de droit fédéral et provincial. Toutefois, dans le cas d'actes criminels, la compétence générale de notre Cour est assujettie aux restrictions précisées tant à l'art. 674 du *Code criminel* qu'au par. 40(3) de la Loi. Ces deux dispositions sont rédigées ainsi:

674. No proceedings other than those authorized by this Part and Part XXVI shall be taken by way of appeal in proceedings in respect of indictable offences.

674. Nulle procédure autre que celles qui sont autorisées par la présente partie et la partie XXVI ne peut être intentée par voie d'appel dans des procédures concernant des actes criminels.

40. . . .

40. . . .

(3) No appeal to the Court lies under this section from the judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence or, except in respect of a question of law or jurisdiction, of an offence other than an indictable offence.

(3) Le présent article ne permet pas d'en appeler devant la Cour d'un jugement prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant l'une ou l'autre de ces décisions dans le cas d'un acte criminel ou, sauf s'il s'agit d'une question de droit ou de compétence, d'une infraction autre qu'un acte criminel.

The meaning of "judgment" in s. 40(3), it should be noted, is defined in s. 2 of the *Supreme Court*

Il y a lieu de noter que le sens du mot «jugement», au par. 40(3), inclut, selon la définition qu'en

Act so as to include particular orders and decrees related to a judgment. Section 2 reads as follows:

2. . . .
 “judgment”, when used with reference to the court appealed from, includes any judgment, rule, order, decision, decree, decretal order or sentence thereof

While s. 674 would appear to place a strict limit on the exercise of this Court’s general jurisdiction under s. 40(1) “in respect of indictable offences”, we have consistently held in light of the legislative history and purpose of both the *Criminal Code* and the *Supreme Court Act* that s. 40(1) “confers some jurisdiction in criminal matters beyond that existing under the *Criminal Code*” (*Hill v. The Queen*, [1977] 1 S.C.R. 827, at p. 850). See also *R. v. Gardiner*, [1982] 2 S.C.R. 368, at p. 400; *Dagenais v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1994] 3 S.C.R. 835, at pp. 858-59. More recently, we have indicated that the operative limit on this Court’s general jurisdiction over criminal matters ought to be found in the language of s. 40(3) of the Act as opposed to s. 674 of the *Code*, as s. 40(3) represents the Parliament’s most recent expression of intent on the scope of this Court’s appellate jurisdiction. As I emphasized in *Dagenais*, *supra*, at pp. 859-60, the relevant boundary for interpreting this Court’s jurisdiction to consider a third party appeal of a publication ban issued in relation to a criminal proceedings lies within the words of s. 40(3):

Section 40 of the *Supreme Court Act* contains its own limiting provision in s. 40(3). That subsection excludes the granting of leave under s. 40(1) from a judgment “acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence”. However, s. 40(3) does not prevent this Court from granting leave under s. 40(1) to consider questions of criminal law not excluded by s. 40(3) such as those arising in the sentencing process as in *Gardiner* . . . and those arising from the provisions in the *Criminal Code* authorizing the review of the parole eligibility date for those convicted of high treason and first or second degree murder

donne l’art. 2 de la *Loi sur la Cour suprême*, toute décision liée à un jugement. L’article 2 est rédigé comme suit:

2. . . .
 «jugement» [. . .] toute décision d’une juridiction inférieure . . .

Alors que l’art. 674 paraît imposer une limite stricte à l’exercice de la compétence générale que le par. 40(1) confère à notre Cour «concernant des actes criminels», nous avons toujours conclu, à la lumière de l’historique législatif et de l’objet tant du *Code criminel* que de la *Loi sur la Cour suprême*, que le par. 40(1) «confère [. . .] en matière pénale une juridiction allant au-delà de celle qui existe en vertu du *Code criminel*» (*Hill c. La Reine*, [1977] 1 R.C.S. 827, à la p. 850). Voir aussi *R. c. Gardiner*, [1982] 2 R.C.S. 368, à la p. 400; *Dagenais c. Société Radio-Canada*, [1994] 3 R.C.S. 835, aux pp. 858 et 859. Plus récemment, nous avons indiqué que la limite applicable à la compétence générale que notre Cour possède en matière criminelle doit se trouver dans le texte du par. 40(3) de la Loi, plutôt qu’à l’art. 674 du *Code*, étant donné que le par. 40(3) représente la plus récente expression d’intention quant à la portée de la compétence de notre Cour en matière d’appel. Comme je l’ai souligné dans l’arrêt *Dagenais*, précité, aux pp. 859 et 860, la limite appropriée quant à l’interprétation de la compétence que possède notre Cour pour examiner un pourvoi formé par un tiers relativement à une interdiction de publier imposée relativement à des procédures criminelles se trouve dans les termes du par. 40(3):

L’article 40 de la *Loi sur la Cour suprême* contient, au par. 40(3), sa propre disposition limitative. Aux termes de ce paragraphe, il ne peut être accordé d’autorisation en vertu du par. 40(1) à l’encontre d’un jugement «prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant l’une ou l’autre de ces décisions dans le cas d’un acte criminel». Cependant, le par. 40(3) n’interdit pas à notre Cour d’accorder l’autorisation prévue au par. 40(1) afin d’analyser des questions de droit criminel qui ne sont pas exclues par le par. 40(3), comme celles qui se posent au cours du processus de détermination de la peine, comme dans l’arrêt

as in *R. v. Vaillancourt* (1990), 76 C.C.C. (3d) 384 (S.C.C.), and *R. v. Swietlinski*, [1994] 3 S.C.R. 481.

For these reasons, I find that s. 674 of the Criminal Code does not limit our jurisdiction to grant leave in cases such as this under s. 40(1) of the Supreme Court Act. [Emphasis added.]

Thus, the appropriate inquiry in this instance is whether or not the applicant's application is excluded by the joint operation of s. 2 and s. 40(3) of the Act. More specifically, we must determine whether or not the order issued by the Quebec Court of Appeal represents a necessary component of a "judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence".

27

As I held in *Barnes*, when a court of appeal allows a Crown appeal and directs an order for a new trial (as opposed to a verdict of guilty) pursuant to its statutory power under s. 686(4)(a)(i) of the *Code*, the court is quite clearly rendering an order which constitutes an essential part of a "judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence". And as this Court implicitly held in *Meddoui*, when a court of appeal allows an accused's appeal and directs an analogous order for a new trial (as opposed to a verdict of acquittal) pursuant to its statutory power under s. 686(2)(b), the court is similarly rendering an order which falls within the ambit of the jurisdictional exclusion clause of s. 40(3) of the *Supreme Court Act*. In both circumstances, the court is issuing an order which is integrally related to its underlying ruling allowing the Crown's or the accused's appeal. Both provisions vest a court of appeal with the power to direct a particular form of disposition which is inextricably linked to the resolution of the merits of the appeal. For instance, in the case of a successful appeal by the accused, once the court has allowed appeal, the text of

Gardiner [. . .] et celles qui procèdent des dispositions du *Code criminel* autorisant la révision de la date d'admissibilité à la libération conditionnelle des personnes déclarées coupables de haute trahison et de meurtre au premier ou au deuxième degré, comme dans *R. c. Vaillancourt* (1990), 76 C.C.C. (3d) 384 (C.S.C.), et *R. c. Swietlinski*, [1994] 3 R.C.S. 481.

Pour ces motifs, je suis d'avis que l'art. 674 du Code criminel ne limite pas notre compétence d'accorder une autorisation en vertu du par. 40(1) de la Loi sur la Cour suprême dans des cas comme la présente affaire. [Je souligne.]

Par conséquent, la question qu'il faut se poser en l'espèce est de savoir si la demande du requérant est exclue par l'effet combiné de l'art. 2 et du par. 40(3) de la Loi. Plus précisément, nous devons déterminer si l'ordonnance de la Cour d'appel du Québec constitue un élément essentiel d'un «jugement prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant l'une ou l'autre de ces décisions dans le cas d'un acte criminel».

Comme je l'ai conclu dans l'arrêt *Barnes*, lorsqu'une cour d'appel accueille un appel du ministère public et ordonne un nouveau procès (au lieu de prononcer un verdict de culpabilité), conformément au pouvoir que lui confère le sous-al. 686(4)a(i) du *Code*, elle se trouve alors très clairement à rendre une ordonnance qui constitue une partie essentielle d'un «jugement prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant l'une ou l'autre de ces décisions dans le cas d'un acte criminel». Et comme notre Cour l'a conclu implicitement dans *Meddoui*, lorsqu'une cour d'appel accueille l'appel d'un accusé et rend une ordonnance analogue de nouveau procès (au lieu de prononcer un verdict d'acquittement) conformément au pouvoir que lui confère l'al. 686(2)b), la cour rend de la même façon une ordonnance qui relève de la clause d'exclusion de compétence du par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême*. Dans les deux cas, la cour se trouve à rendre une ordonnance liée intégralement à sa décision sous-jacente d'accueillir l'appel du ministère public ou de l'accusé. Les deux dispositions accordent à la cour d'appel le pouvoir d'imposer un dispositif particulier qui est inextricable-

s. 686(2) directs the court to quash the conviction and enter one of two orders for the disposition of the appeal. Accordingly, given the close functional nexus between a judgment of court allowing an appeal and an order of a new trial under the current structure of the *Criminal Code*, we have held that an order under s. 686(2)(b) (and equally an order under s. 686(4)(b)(i)) constitutes an essential part of a “judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence”.

However, in my view, when a court of appeal exercises its power to impose an order under s. 686(8), it is not rendering an order which constitutes an integral part of a “judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence”. Rather, as I shall endeavour to explain, the court is imposing an order which is by nature ancillary to the underlying judgment rendered by the court. As such, I am of the view that in accordance with a purposive interpretation of ss. 2 and 40(3), an accused or the Crown is entitled to seek leave to appeal a s. 686(8) order under this Court’s general jurisdiction as defined in s. 40(1) of *Supreme Court Act*.

To begin, it would be instructive to review the nature of an order under s. 686(8). The text of the subsection endows a court of appeal with broad remedial power to enter “any order, in addition, that justice requires”. In *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3, at p. 20, Wilson J., speaking for the Court, underlined the independent, supplemental nature of a court’s power under the legislative predecessor of the provision:

ment lié à la décision sur le fond de l’appel. Par exemple, dans le cas où l’accusé a gain de cause, une fois que la cour a accueilli l’appel, le libellé du par. 686(2) oblige la cour à annuler la déclaration de culpabilité et à rendre l’une ou l’autre de deux ordonnances pour statuer sur l’appel. Par conséquent, étant donné le lien étroit qui existe, en pratique, entre un jugement accueillant un appel et une ordonnance de nouveau procès sous le régime actuel du *Code criminel*, nous avons conclu qu’une ordonnance fondée sur l’al. 686(2)b) (de même qu’une ordonnance fondée sur l’al. 686(4)b)(i)) constitue une partie essentielle d’un «jugement prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant l’une ou l’autre de ces décisions dans le cas d’un acte criminel».

Toutefois, j’estime que, lorsqu’une cour d’appel exerce son pouvoir de rendre une ordonnance en vertu du par. 686(8), celle-ci ne se trouve pas à rendre une ordonnance qui fait partie intégrante d’un «jugement prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant l’une ou l’autre de ces décisions dans le cas d’un acte criminel». Elle se trouve plutôt, comme je vais tenter de l’expliquer, à rendre une ordonnance qui, de par sa nature, est accessoire au jugement qu’elle a prononcé. C’est pourquoi, je suis d’avis que, conformément à une interprétation fondée sur l’objet de l’art. 2 et du par. 40(3), l’accusé ou le ministère public a le droit de demander l’autorisation de se pourvoir contre une ordonnance fondée sur le par. 686(8), en vertu de la compétence générale conférée à notre Cour par le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

D’abord, il serait intéressant d’examiner la nature d’une ordonnance fondée sur le par. 686(8). Le texte de ce paragraphe confère à la cour d’appel un pouvoir général de redressement qui lui permet de rendre «en outre [...] toute ordonnance que la justice exige». Dans l’arrêt *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3, à la p. 20, le juge Wilson a souligné, au nom de la Cour, la nature indépendante et supplémentaire du pouvoir qui était conféré au tribunal par l’ancienne version de cette disposition:

There is, in my respectful view, no reasonable alternative to a broad reading of the Court of Appeal's ancillary jurisdiction under s. 613(8) given its broad wording and remedial purpose. The section gives the Court of Appeal a broad supplementary power to make any order that justice requires when it exercises its appellate powers under the enumerated subsections of s. 613. [Emphasis added.]

For instance, under s. 686(8), as part of the ordering of a new trial, a court of appeal may amend a count of the indictment. See *Elliott v. The Queen*, [1978] 2 S.C.R. 393, at p. 432. In a multiple conviction situation which attracts the rule of *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729, where a court of appeal sets aside the conviction of an accused for an offence, a court of appeal may order the dissolution of the conditional stay imposed on a lesser included offence under the residual order power. See *Terlecki v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 483, at pp. 483-84; and *Provo*, *supra*, at pp. 18-21. But as I noted for a majority in *R. v. Sullivan*, [1991] 1 S.C.R. 489, at p. 505, such an exercise of s. 686(8) would not extend "[o]utside of a *Kienapple* situation". Or, as an alternative to the order of a new trial or the entry of an acquittal, a court of appeal may enter a stay of criminal proceedings for abuse of process under certain limited circumstances. See *Power*, *supra*, at pp. 615 and 618.

À mon avis, il n'y a pas d'alternative raisonnable à une interprétation large du pouvoir accessoire que le par. 613(8) confère à la Cour d'appel, compte tenu de sa formulation générale et des fins réparatrices visées. Cette disposition confère à la Cour d'appel un pouvoir supplémentaire général de prononcer toute ordonnance que la justice exige, dans l'exercice de ses pouvoirs en matière d'appel prévus aux paragraphes précédents de l'art. 613. [Je souligne.]

Par exemple, en ordonnant la tenue d'un nouveau procès, une cour d'appel peut, en vertu du par. 686(8), modifier un chef d'accusation. Voir *Elliott c. La Reine*, [1978] 2 R.C.S. 393, à la p. 432. Dans une situation de déclarations de culpabilité multiples qui entraîne l'application de la règle de l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729, la cour d'appel qui annule la déclaration de culpabilité d'un accusé, à l'égard d'une infraction, peut ordonner la levée de l'arrêt conditionnel des procédures prescrit à l'égard d'une infraction moindre incluse, en vertu de son pouvoir résiduel de rendre d'autres ordonnances. Voir *Terlecki c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 483, aux pp. 483 et 484, et *Provo*, précité, aux pp. 18 à 21. Mais, comme je l'ai fait remarquer dans *R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489, à la p. 505, une telle application du par. 686(8) ne serait pas possible «[m]is à part les situations du type *Kienapple*». Ou encore, au lieu de rendre une ordonnance de nouveau procès ou d'inscrire un acquittement, une cour d'appel peut ordonner un arrêt de procédures criminelles pour cause d'abus de procédure dans certaines circonstances précises. Voir *Power*, précité, aux pp. 615 et 618.

30

Of course, this Court has interpreted the meaning of "in addition" in s. 686(8) in a generous manner which reflects the broad remedial purpose underlying the provision. More specifically, we have held that a court of appeal may enter an order under its residual power even if the court of appeal has not previously and independently "exercise[d] any of the powers conferred by subsection (2), (4), (6) or (7)" of s. 686. For instance, in *Elliott*, *supra*, the Court held that a court of appeal could order the amendment of a count of an indictment "in addition" to the order of a new trial, even though the amendment constituted a legal prerequisite to

Évidemment, notre Cour a interprété les mots «en outre», au par. 686(8), d'une manière libérale qui reflète la fin réparatrice générale qui sous-tend cette disposition. Plus précisément, nous avons conclu qu'une cour d'appel peut rendre une ordonnance en vertu de son pouvoir résiduel, même si elle n'a pas déjà et indépendamment «exerc[é] des pouvoirs conférés par le paragraphe (2), (4), (6) ou (7)» de l'art. 686. Par exemple, dans l'arrêt *Elliott*, précité, notre Cour a conclu qu'une cour d'appel pouvait ordonner la modification d'un chef d'accusation et «en outre» ordonner un nouveau procès, même si la modification constituait une condition

the granting of a new trial. As Ritchie J. explained for the majority (at pp. 431-32):

In my view when Parliament authorized the Court of Appeal, in the exercise of its power, to order a new trial, to “make any order, in addition, which justice requires” it must be taken as having authorized that Court under those circumstances to make *any additional order* which the ends of justice require whether the order for a new trial is dependent upon the additional order or not. I do not think that the wide powers conferred on the Court of Appeal by s. 613(8) are to be narrowly construed but rather that they are designed to ensure that the requirements of the ends of justice are met, and are to be liberally construed in light of that overriding consideration. [Emphasis in original.]

Similarly, the Court adopted a flexible interpretation of the words “in addition” in *Provo, supra*. In that case, Wilson J., speaking for the Court, articulated the proper “conditional stay” procedure that both trial and appellate courts ought to adhere to in administering the rule against multiple convictions set out in *Kienapple, supra*. In so doing, at pp. 19-20, she held that a court of appeal has the authority to enter an order under s. 686(8) dissolving the conditional stay of a *Kienappled* offence following a successful appeal of a conviction of the non-*Kienappled* offence, even though such an order is not strictly “in addition” to the order rendered in connection with the non-*Kienappled* offence. More recently, this court implicitly endorsed a broad understanding of the provision in *Power, supra*. In that case, this Court implicitly recognized that a court of appeal could enter a stay of proceedings for abuse of process under s. 686(8), even though such a stay would not literally function as an order “in addition” to the order of a verdict of acquittal or a new trial under s. 686(2)(b).

juridique préalable à l’ordonnance de nouveau procès. Comme le juge Ritchie l’a expliqué au nom de la majorité (aux pp. 431 et 432):

À mon avis, lorsque le Parlement a autorisé la Cour d’appel, dans l’exercice de ses pouvoirs, à ordonner un nouveau procès et «en outre (à) rendre toute ordonnance que la justice exige», il voulait l’autoriser à rendre, dans ces circonstances, *toute ordonnance additionnelle* que les fins de la justice peuvent exiger, que le nouveau procès dépende ou non de la délivrance de cette ordonnance additionnelle. Je ne pense pas qu’on doive interpréter restrictivement les larges pouvoirs conférés aux cours d’appel par le par. 613(8): ils sont plutôt destinés à assurer que les fins de la justice soient respectées. Compte tenu de cette considération essentielle, on doit leur donner une interprétation large. [En italique dans l’original.]

De même, la Cour a adopté une interprétation souple des mots «en outre» dans l’arrêt *Provo*, précité. Dans cet arrêt, le juge Wilson a formulé, au nom de la Cour, la procédure de «suspension conditionnelle» appropriée que les tribunaux de première instance et les cours d’appel se doivent de suivre en appliquant la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, énoncée dans l’arrêt *Kienapple*, précité. Ce faisant, aux pp. 19 et 20, elle a conclu qu’une cour d’appel a, en vertu du par. 686(8), le pouvoir de rendre une ordonnance mettant fin à la suspension conditionnelle dans le cas d’une infraction du type *Kienapple*, à la suite d’un appel fructueux contre une déclaration de culpabilité d’une infraction qui n’est pas du type *Kienapple*, même si une telle ordonnance n’est pas rendue, à strictement parler, en plus de l’ordonnance relative à l’infraction qui n’est pas du type *Kienapple*. Plus récemment, notre Cour a souscrit implicitement à une interprétation large de cette disposition dans l’arrêt *Power*, précité. Dans cet arrêt, notre Cour a implicitement reconnu qu’une cour d’appel pouvait, en vertu du par. 686(8), ordonner un arrêt des procédures pour cause d’abus de procédure, même si cet arrêt des procédures ne constituerait pas littéralement une ordonnance rendue en plus d’une ordonnance de verdict d’acquiescement ou de nouveau procès, fondée sur l’al. 686(2)(b).

31 But the mere fact that a court of appeal may exercise its power under s. 686(8) of the *Criminal Code* independently of a prior order under s. 686(2)(b) does not, in my view, change the fundamentally ancillary and supplemental character of such an order. When an appellate court allows an accused's appeal and sets aside his or her original conviction, the court's judgment necessarily triggers the court's power to enter a verdict of acquittal under s. 686(2)(a), or to grant a new trial under s. 686(2)(b). The court's power under s. 686(8), however, is not so inextricably wound up with the fate of the appeal. Indeed, the court's power under s. 686(8) is often exercised with regard to considerations that are well removed from the issue of the accused's innocence or culpability. For instance, an order imposing a stay of proceedings will often be motivated by an analysis of whether or not an "abuse of process" occurred which prejudiced the accused.

32 As such, given the inherently supplementary and remedial nature of an order imposed under s. 686(8), I do not believe that such an order represents a functionally integral part of a "judgment . . . setting aside or affirming a conviction" within a purposive interpretation of the meaning of both s. 2 and s. 40(3) of the *Supreme Court Act*. Rather, an order rendered under s. 686(8) represents a separate, divisible judicial act from which the accused or the Crown may independently seek leave to appeal under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

33 I believe that such an interpretation is in accordance with sound judicial policy. When a court of appeal allows an accused's appeal and enters a s. 686(2)(a) order directing an acquittal or a s. 686(2)(b) order for a new trial, it is necessarily entering an order in furtherance of its underlying judgment. While the accused in the situation of *Meddoui* may not be entirely satisfied with the order of a new trial, the order entered by the court of appeal is at least consistent with the court's

Mais le seul fait qu'une cour d'appel puisse exercer le pouvoir que lui confère le par. 686(8) du *Code criminel*, indépendamment d'une ordonnance antérieure fondée sur l'al. 686(2)(b), ne change pas, à mon avis, le caractère fondamentalement accessoire et supplémentaire d'une telle ordonnance. Lorsqu'une cour d'appel accueille l'appel d'un accusé et annule sa déclaration de culpabilité initiale, le jugement de la cour enclenche nécessairement l'exercice de son pouvoir d'inscrire un verdict d'acquiescement en vertu de l'al. 686(2)(a), ou d'ordonner un nouveau procès en vertu de l'al. 686(2)(b). Le pouvoir que possède la cour en vertu du par. 686(8) n'est toutefois pas si inextricablement lié au sort de l'appel. En fait, le pouvoir que le par. 686(8) confère à la cour est souvent exercé relativement à des facteurs qui n'ont rien à voir avec la question de l'innocence ou de la culpabilité de l'accusé. Par exemple, une ordonnance prescrivant l'arrêt des procédures est souvent le résultat d'une analyse de la question de savoir s'il y a eu «abus de procédure» qui a causé un préjudice à l'accusé.

Ainsi, compte tenu de la nature intrinsèquement supplémentaire et réparatrice d'une ordonnance fondée sur le par. 686(8), je ne crois pas qu'en pratique une telle ordonnance fait partie intégrante d'un «jugement [. . .] annulant ou confirmant [une déclaration de culpabilité]», selon une interprétation fondée sur l'objet tant de l'art. 2 que du par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême*. Au contraire, une ordonnance fondée sur le par. 686(8) est un acte judiciaire distinct et divisible contre lequel l'accusé ou le ministère public peut indépendamment demander une autorisation de pourvoi en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

Je crois qu'une telle interprétation est conforme à une saine politique judiciaire. Lorsqu'une cour d'appel accueille l'appel d'un accusé et impose un verdict d'acquiescement en vertu de l'al. 686(2)(a), ou ordonne un nouveau procès en vertu de l'al. 686(2)(b), elle se trouve nécessairement à rendre une ordonnance à l'appui de son jugement sous-jacent. Bien qu'il se puisse que l'accusé qui se trouve dans la situation décrite dans l'arrêt *Meddoui* ne soit pas entièrement satisfait de l'or-

judgment setting aside the original conviction. Accordingly, there is no compelling policy need for subsequent scrutiny of such orders at the Supreme Court level. But a court of appeal's residual order power under s. 686(8) is not subject to the same rigorous textual constraints as the court's power under s. 686(2)(b). Under its remedial power, a court of appeal may impose "any order" which, in its discretion, "justice requires". As such, there is a risk that a court of appeal may enter an order under s. 686(8) which is at direct variance with its underlying judgment. A court of appeal may allow an accused's appeal and enter an acquittal under s. 686(2)(a), but then, hypothetically, impose an order for costs against the accused for no apparent reason notwithstanding the language of s. 683(3). Or a court of appeal could conceivably set aside an accused's conviction, and then impose a stay of proceedings for reasons completely unrelated to any alleged abuse of process, thus transcending the limits upon a court of appeal's discretion which this Court articulated in *Power, supra*, at p. 620. In both such circumstances, the relevant discretionary order entered under s. 686(8) would be of questionable legality. More importantly, the discretionary order would be fundamentally incongruous with the court's disposition of the appeal, arguably undermining the accused's success on the merits of her appeal. But if we were to agree with the position of the respondent, such orders would be virtually immune from Supreme Court review; the Crown has no direct and immediate incentive to appeal an order which only affected the accused, and the accused would have no right to appeal by virtue of s. 40(3) of the *Supreme Court Act*.

To illustrate my point, I draw attention to the type of order rendered in *R. v. Wade* (1994), 29 C.R. (4th) 327 (Ont. C.A.). In *Wade*, the accused was charged with second degree murder, and at

donnance de nouveau procès, l'ordonnance de la cour d'appel est au moins compatible avec le jugement de la cour annulant la déclaration de culpabilité initiale. Par conséquent, il n'y a, en principe, aucun besoin impérieux que de telles ordonnances soient subséquemment examinées par la Cour suprême. Cependant, le pouvoir résiduel conféré à une cour d'appel par le par. 686(8) n'est pas soumis aux mêmes contraintes textuelles rigoureuses que le pouvoir conféré à la cour par l'al. 686(2)(b). En vertu de son pouvoir de redressement, la cour d'appel peut rendre «toute ordonnance» que «la justice exige» selon elle. Il y a donc un risque qu'une cour d'appel rende, en vertu du par. 686(8), une ordonnance qui soit directement incompatible avec son jugement sous-jacent. Une cour d'appel peut accueillir l'appel d'un accusé et inscrire un verdict d'acquiescement en vertu de l'al. 686(2)(a), pour ensuite, supposons-le, condamner, sans raison manifeste, l'accusé à payer des dépens, nonobstant le libellé du par. 683(3). Ou encore, une cour d'appel pourrait, en théorie, annuler la déclaration de culpabilité d'un accusé, et ensuite ordonner l'arrêt des procédures pour des raisons n'ayant absolument rien à voir avec quelque allégation d'abus de procédure, dépassant ainsi les limites du pouvoir discrétionnaire d'une cour d'appel, que notre Cour a énoncées dans l'arrêt *Power*, précité, à la p. 620. Dans les deux cas, la légalité de l'ordonnance discrétionnaire pertinente, rendue en vertu du par. 686(8), serait douteuse. Qui plus est, l'ordonnance discrétionnaire serait fondamentalement incompatible avec la façon dont la cour statuerait sur l'appel, et, pourrait-on soutenir, minerait le gain de cause obtenu par l'accusé quant au fond de l'appel. Toutefois, si nous devons retenir la position de l'intimée, de telles ordonnances seraient pratiquement soustraites à l'examen de la Cour suprême; le ministère public n'a aucun intérêt direct et immédiat à se pourvoir contre une ordonnance qui ne touche que l'accusé, et l'accusé n'aurait aucun droit d'appel aux termes du par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême*.

Pour illustrer ce que je viens de dire, j'attire l'attention sur le type d'ordonnance rendu dans *R. v. Wade* (1994), 29 C.R. (4th) 327 (C.A. Ont.). Dans cette affaire, l'accusé était inculpé de meurtre au

trial presented a non-insane automatism defence. The accused was nonetheless found guilty by a jury, but the Court of Appeal allowed the accused's appeal on the ground that the trial judge had failed to instruct the jury as to the possibility of a conviction on the included offence of manslaughter. Doherty J.A. then addressed the question of whether it was appropriate to order a full new trial under s. 686(2)(b) given that the jury had rejected the accused's automatism defence. Concluding that a full new trial would not be appropriate, Doherty J.A., at p. 349, invoked the court's residual power s. 686(8) to order a new trial limited to a determination "of whether the [accused] was guilty of second degree murder or manslaughter". The accused appealed the order and the Crown cross-appealed the judgment to this Court. This Court dismissed the accused's appeal of the s. 686(8) order, but allowed the Crown's appeal on the grounds that there was no error committed by the trial judge. As such, we accordingly vacated the order entered by Doherty J.A.: *R. v. Wade*, [1995] 2 S.C.R. 737 (Lamer C.J. and Sopinka J., dissenting). However, for my reasons above, in the absence of our particular resolution of the Crown's cross-appeal, I have no doubt that this Court would have had jurisdiction to consider the accused's appeal of the legality of the order on its own merits. Assuming without deciding the problematic question of whether a court of appeal has the power under s. 686(8) to direct a new trial on certain limited issues, the policy risk presented by the unsupervised exercise of this power is readily apparent. A court of appeal could effectively undermine an accused's success on appeal by ordering a new trial only on certain limited issues which are completely unrelated to the accused's underlying innocence or culpability. The accused's success in procuring a new trial under s. 686(2)(b) would be eviscerated by the court's "additional order" under s. 686(8). To deny the existence of an appeal to this Court in such an instance would deprive the accused of any mechanism to vindicate his substantive right to a new trial or an acquittal under s. 686(2) following a successful appeal. Given this troubling concern, I am inclined to adopt a more generous interpretation of s. 40(1) (and a correspondingly more narrow interpretation

deuxième degré, et a invoqué, à son procès, l'automatisme sans aliénation mentale comme moyen de défense. L'accusé a néanmoins été déclaré coupable par le jury, mais la Cour d'appel a accueilli l'appel de l'accusé pour le motif que le juge du procès n'avait pas mentionné, dans ses directives au jury, la possibilité de déclarer l'accusé coupable de l'infraction incluse d'homicide involontaire. Le juge Doherty a alors examiné la question de savoir s'il convenait d'ordonner un nouveau procès au complet en vertu de l'al. 686(2)b), étant donné que le jury avait rejeté le moyen de défense fondé sur l'automatisme invoqué par l'accusé. Concluant qu'un nouveau procès au complet ne serait pas approprié, le juge Doherty a invoqué, à la p. 349, le pouvoir résiduel de la cour d'ordonner, en vertu du par. 686(8), la tenue d'un nouveau procès sur la seule question de [TRADUCTION] «savoir si [l'accusé] était coupable de meurtre au deuxième degré ou d'homicide involontaire». Devant notre Cour, l'accusé a formé un pourvoi contre l'ordonnance en question et le ministère public a formé un pourvoi incident contre le jugement prononcé. La Cour a rejeté le pourvoi de l'accusé contre l'ordonnance fondée sur le par. 686(8), mais a accueilli le pourvoi du ministère public pour le motif que le juge de première instance n'avait commis aucune erreur. Par conséquent, nous avons annulé l'ordonnance du juge Doherty (*R. c. Wade*, [1995] 2 R.C.S. 737 (le juge en chef Lamer et le juge Sopinka étant dissidents)). Cependant, pour les motifs que j'ai exposés plus haut, abstraction faite de la décision que nous avons rendue quant au pourvoi incident du ministère public, je n'ai aucun doute que notre Cour aurait eu compétence pour examiner le bien-fondé du pourvoi de l'accusé relativement à la légalité de l'ordonnance. En supposant, sans trancher cette épineuse question, qu'une cour d'appel a, en vertu du par. 686(8), le pouvoir d'ordonner un nouveau procès relativement à certaines questions litigieuses seulement, l'exercice non contrôlé de ce pouvoir pose en principe un risque évident. Une cour d'appel pourrait en fait miner le gain de cause obtenu en appel par un accusé, en ordonnant la tenue d'un nouveau procès relativement à certaines questions litigieuses seulement, qui n'auraient absolument rien à voir avec la question sous-jacente de la culpabilité

of s. 40(3)) which would facilitate this Court's supervisory role in ensuring the underlying consistency of appellate court orders rendered under the procedural regime of the *Criminal Code*.

For all the foregoing reasons, I am persuaded that an accused or the Crown ought to be permitted to independently seek leave to appeal the legality of an order rendered under s. 686(8) as a "final or other judgment . . . of the highest court of final resort in a province" under this Court's general jurisdiction under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. Given the inherently ancillary and supplementary nature of an order imposed under s. 686(8), I believe that such an order does not constitute a functionally integral part of a "judgment . . . setting aside or affirming a conviction" within a purposive interpretation of the meaning of both s. 2 and s. 40(3) of the *Supreme Court Act*. Accordingly, in this instance, I conclude that the applicant may seek leave to appeal the legality of the stay of proceedings for abuse of process entered by the Quebec Court of Appeal notwithstanding the fact that the Court of Appeal allowed his original appeal and set aside his conviction.

V. Disposition

In addition to finding that this Court has jurisdiction to grant leave to appeal in this instance, I believe that the applicant's application raises a

ou de l'innocence de l'accusé. Le succès remporté par l'accusé en obtenant une ordonnance de nouveau procès en vertu de l'al. 686(2)b) serait complètement dépouillé de son sens par l'«ordonnance supplémentaire» rendue par la cour en vertu du par. 686(8). Nier l'existence d'un pourvoi devant notre Cour dans ces circonstances priverait l'accusé de tout moyen de faire valoir, à la suite d'un appel couronné de succès, son droit substantiel à un nouveau procès ou à un acquittement en vertu du par. 686(2). En raison de cette préoccupation troublante, je suis porté à adopter une interprétation plus libérale du par. 40(1) (et, en contrepartie, une interprétation plus stricte du par. 40(3)), qui faciliterait le rôle de surveillance de notre Cour pour ce qui est d'assurer la cohérence sous-jacente des ordonnances rendues par les cours d'appel sous le régime procédural du *Code criminel*.

Pour tous les motifs qui précèdent, je suis convaincu qu'un accusé ou le ministère public doit pouvoir demander indépendamment l'autorisation de se pourvoir relativement à la légalité d'une ordonnance fondée sur le par. 686(8), comme s'il s'agissait d'un «jugement, définitif ou autre, rendu [. . .] par le plus haut tribunal de dernier ressort [. . .] dans une province», en vertu de la compétence générale conférée à notre Cour par le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Étant donné la nature intrinsèquement accessoire et supplémentaire d'une ordonnance fondée sur le par. 686(8), je ne crois pas qu'en pratique une telle ordonnance fait partie intégrante d'un «jugement [. . .] annulant ou confirmant [une déclaration de culpabilité]» selon l'interprétation fondée sur l'objet tant de l'art. 2 que du par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême*. Par conséquent, je conclus que le requérant peut, en l'espèce, demander l'autorisation de se pourvoir relativement à la légalité de l'arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure, ordonné par la Cour d'appel du Québec, en dépit du fait que celle-ci a accueilli son appel initial et annulé sa déclaration de culpabilité.

V. Dispositif

En plus de conclure que notre Cour a compétence pour accorder l'autorisation de pourvoi en l'espèce, je crois que la demande du requérant sou-

genuine and serious question of law of sufficient public importance to warrant review by this Court. Therefore, I would grant the applicant's motion for reconsideration of our previous order refusing leave to appeal, and grant leave. Unlike my colleague L'Heureux-Dubé J., however, I respectfully decline to offer any further comment on the legality or constitutionality of the stay of proceedings imposed by Steinberg J.A, and more generally on the question of whether the stay as ordered is "in line with the jurisprudence of this Court" (para. 42). In my view, such comments, however broadly framed and cautiously worded, may unnecessarily colour our consideration of the underlying appeal before counsel have enjoyed a full opportunity to present oral and written submissions before this Court. Rather, out of respect for the integrity of the leave to appeal process, and consistent with our established practice of refusing to elaborate our justifications for granting or denying leave to appeal, I would postpone any potential discussion of the substantive issues raised by this case until this Court has become formally seized with the merits of this appeal.

The following are the reasons delivered by

37 L'HEUREUX-DUBÉ J. (dissenting) — I have had the opportunity to read the reasons of Lamer C.J. and I agree that appellate courts have jurisdiction to render orders under s. 686(8) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, and that leave to appeal such orders falls within this Court's general jurisdiction under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. However, I disagree with the Chief Justice as to his disposition of the application for reconsideration of the application for leave to appeal.

38 As regards jurisdiction, this Court has had occasions in the past to recognize that orders which are ancillary and of a supplemental character to the

lève une question de droit véritable et sérieuse d'une importance pour le public suffisante pour justifier un examen par notre Cour. Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir la demande du requérant visant à obtenir le réexamen de notre ordonnance antérieure refusant l'autorisation de pourvoi, et de lui accorder cette autorisation. Toutefois, contrairement à ma collègue le juge L'Heureux-Dubé, je m'abstiens de commenter davantage la légalité ou la constitutionnalité de l'arrêt des procédures ordonné par le juge Steinberg, et, plus généralement, la question de savoir si l'arrêt des procédures ordonné «est conforme à la jurisprudence de notre Cour» (par. 42). Selon moi, pareils commentaires, peu importe qu'ils aient été formulés de manière générale ou avec prudence, peuvent fausser inutilement notre examen du pourvoi sous-jacent, avant même que les avocats aient eu pleinement l'occasion de soumettre à notre Cour une argumentation orale et écrite. Dans le but de préserver l'intégrité du processus d'autorisation de pourvoi, et conformément à notre pratique établie qui consiste à refuser d'expliquer nos raisons d'accorder ou de refuser une autorisation de pourvoi, je suis plutôt d'avis de reporter toute analyse éventuelle des questions de fond soulevées en l'espèce, jusqu'à ce que notre Cour ait été saisie formellement de la question du bien-fondé du présent pourvoi.

Les motifs suivants ont été rendus par

LE JUGE L'HEUREUX-DUBÉ (dissidente) — J'ai pris connaissance des motifs du juge en chef Lamer et je suis d'accord que les cours d'appel ont compétence pour rendre des ordonnances en vertu du par. 686(8) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, et que l'autorisation de pourvoi contre de telles ordonnances relève de la compétence générale de notre Cour en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. Je ne souscris toutefois pas au résultat auquel le Juge en chef en arrive quant à la requête nous demandant de réexaminer la requête en autorisation de pourvoi.

En ce qui concerne la question de juridiction, notre Cour a eu l'occasion dans le passé de reconnaître que les ordonnances accessoires et de nature

judgment rendered by a court of appeal can be appealed to this Court. This was the case in *Kienapple* situations (*R. v. Terlecki* (1983), 4 C.C.C. (3d) 522 (Alta. C.A.), aff'd [1985] 2 S.C.R. 483, per Dickson C.J. for the Court; *R. v. Provo*, [1989] 2 S.C.R. 3, at pp. 17-18, per Wilson J. for the Court; and *R. v. Sullivan*, [1991] 1 S.C.R. 489, at p. 507, per L'Heureux-Dubé J., dissenting) and in entrapment situations (*R. v. Barnes*, [1991] 1 S.C.R. 449, at pp. 476-78, per L'Heureux-Dubé J., dissenting in part). The rationale underlying the rule that, absent an appeal of court orders, a court of appeal is powerless to deal with such orders was discussed in *Barnes* where, dissenting in part, I said (at p. 468):

The reasons for such a rule are obvious — in most circumstances, to proceed otherwise would expose the accused to unfairness and prejudice, due to the lack of notice regarding the scope of the appellate proceedings and the lack of prior warning as to the degree to which the accused has been placed in jeopardy. [Emphasis added.]

It was my view that, similar to *Kienapple* situations, where a stay for entrapment entered at trial is set aside on appeal, the court of appeal has jurisdiction to remit the matter back to the trial judge for entry of convictions, even absent an appeal from the Crown, since no potential prejudice to the accused could result.

The same logic applies where, absent an appeal on the question of a stay of proceedings, an appellate court holds that the actual or potential abuse of process warrants such an order. In such a situation, the accused would not normally be prejudiced or treated unfairly and, as a result, the general rule should not limit appellate courts' jurisdiction to order a stay of proceedings. Consequently, similar to orders in *Kienapple* situations or entrapment situations, orders directing a stay of proceedings, as in the case here, can be entered by courts of appeal pursuant to s. 686(8) of the *Criminal Code* and the

complémentaire à l'arrêt d'une cour d'appel peuvent faire l'objet d'un pourvoi devant celle-ci. C'est ce qui s'est produit dans des situations du type *Kienapple* (*R. c. Terlecki* (1983), 4 C.C.C. (3d) 522 (C.A. Alb.), conf. par [1985] 2 R.C.S. 483, le juge en chef Dickson au nom de la Cour; *R. c. Provo*, [1989] 2 R.C.S. 3, aux pp. 17 et 18, le juge Wilson au nom de la Cour; et *R. c. Sullivan*, [1991] 1 R.C.S. 489, à la p. 507, le juge L'Heureux-Dubé, dissidente) et dans des cas de provocation policière (*R. c. Barnes*, [1991] 1 R.C.S. 449, aux pp. 476 à 478, le juge L'Heureux-Dubé, dissidente en partie). La raison d'être de la règle voulant qu'à moins qu'une ordonnance judiciaire ne fasse l'objet d'un appel, une cour d'appel n'a aucun pouvoir de l'examiner, a été analysée dans l'arrêt *Barnes* où, dissidente en partie, j'ai noté (à la p. 468):

Les motifs qui justifient une telle règle sont évidents: dans la plupart des cas, procéder autrement exposerait l'accusé à un risque d'injustice ou de préjudice, en raison de l'absence d'avis concernant la portée des procédures d'appel et de l'absence d'avertissement préalable concernant le degré de péril auquel il est exposé. [Je souligne.]

J'étais d'avis que, similairement aux situations du type *Kienapple*, lorsqu'un arrêt des procédures ordonné au procès, pour cause de provocation policière, est infirmé en appel, la cour d'appel a compétence pour renvoyer l'affaire au juge du procès pour qu'il inscrive les déclarations de culpabilité, même en l'absence d'appel du ministère public, puisqu'il n'en résulte aucun risque de préjudice pour l'accusé.

Le même raisonnement s'applique lorsque, en l'absence d'appel sur la question d'arrêt des procédures, une cour d'appel statue que l'abus de procédure, réel ou potentiel, justifie une telle ordonnance. Dans un tel cas, l'accusé ne sera normalement ni préjudicié ni traité d'une manière inéquitable et c'est pourquoi la règle générale ne devrait pas limiter la compétence des cours d'appel d'ordonner un arrêt des procédures. Par conséquent, à l'instar des ordonnances rendues dans des situations du type *Kienapple* ou dans des cas de provocation policière, les ordonnances prescrivant

parties can seek leave to appeal such orders under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*.

un arrêt des procédures, comme en l'espèce, peuvent être rendues par des cours d'appel, conformément au par. 686(8) du *Code criminel*, et les parties peuvent demander l'autorisation de se pourvoir contre ces ordonnances en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*.

40 On the merits of the leave application *per se*, I disagree with the Chief Justice and I would dismiss the motion for reconsideration for the following reasons.

En ce qui a trait au bien-fondé de la demande d'autorisation d'appel comme telle, je ne partage pas l'avis du Juge en chef et je rejeterais la demande de réexamen pour les motifs suivants.

41 In its judgment, the Quebec Court of Appeal held that ordering a new trial pursuant to s. 686(2)(b) of the *Code* would constitute an abuse of process. Steinberg J.A. stated:

Dans son arrêt, la Cour d'appel du Québec a décidé qu'ordonner un nouveau procès, conformément à l'al. 686(2)b) du *Code*, constituerait un abus de procédure. Le juge Steinberg affirmait:

Special circumstances militate against proceeding with a new trial in this case. These include the elapsed time of thirty-three (33) years since the commission of the criminal act, the fact that the principal issue in the trial was the identification of the appellant by the victims, the irregularities in the line-up, the changes that have occurred over the years in the appearance of the appellant and the inevitable weakening in the credibility of the victims attributable to such time passage, the present age of the victims who are in their eighties, and the fact that the appellant served the fifteen year sentence imposed following the original finding of guilt. Proceeding with a second trial of the appellant under these circumstances would be vexatious and oppressive, would violate the community's sense of fair play and decency and, therefore, would constitute an abuse of process. [Italics and underlining added.]

[TRADUCTION] L'existence de circonstances particulières milite contre la tenue d'un nouveau procès en l'espèce. Parmi celles-ci, il y a le délai de trente-trois (33) ans écoulé depuis la perpétration de l'acte criminel, le fait que la principale question en litige au procès était l'identification de l'appelant par les victimes, les irrégularités de la séance d'identification, les changements survenus au fil des ans dans l'apparence de l'appelant et l'affaiblissement inévitable de la crédibilité des victimes imputable au délai écoulé, l'âge actuel des victimes qui sont maintenant octogénaires et le fait que l'appelant a purgé la peine de quinze ans infligée à la suite de la déclaration de culpabilité initiale. Faire subir un nouveau procès à l'appelant, dans ces circonstances, serait vexatoire et oppressif, violerait le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société et, par conséquent, constituerait un abus de procédure. [Italiques et soulignement ajoutés.]

((1994), 64 Q.A.C. 53, at p. 60.)

((1994), 64 Q.A.C. 53, à la p. 60.)

42 The Court of Appeal's decision is in line with the jurisprudence of this Court that courts, whether at the trial or appellate level, have a discretionary power to order a stay of proceedings for abuse of process: see, for trial courts, *R. v. Jewitt*, [1985] 2 S.C.R. 128, at pp. 136-37; *R. v. Keyowski*, [1988] 1 S.C.R. 657, at pp. 658-59; *R. v. Mack*, [1988] 2 S.C.R. 903, at p. 941; *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659, at p. 1667; *R. v. Scott*, [1990] 3 S.C.R. 979, at pp. 992-93; and for courts of appeal, *R. v. Power*, [1994] 1 S.C.R. 601, at pp. 612-15. It is well-settled law that courts can order a stay of proceedings "where compelling an accused to

L'arrêt de la Cour d'appel est conforme à la jurisprudence de notre Cour selon laquelle les tribunaux, que ce soit de première instance ou d'appel, ont le pouvoir discrétionnaire d'ordonner un arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure: voir, en ce qui concerne les tribunaux de première instance, *R. c. Jewitt*, [1985] 2 R.C.S. 128, aux pp. 136 et 137; *R. c. Keyowski*, [1988] 1 R.C.S. 657, aux pp. 658 et 659; *R. c. Mack*, [1988] 2 R.C.S. 903, à la p. 941; *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, à la p. 1667; *R. c. Scott*, [1990] 3 R.C.S. 979, aux pp. 992 et 993; et en ce qui a trait aux cours d'appel, *R. c. Power*, [1994] 1 R.C.S.

stand trial would violate those fundamental principles of justice which underlie the community's sense of fair play and decency and to prevent the abuse of a court's process through oppressive or vexatious proceedings" (emphasis added) (see *Jewitt*, at pp. 136-37), the precise wording which the Court of Appeal used in the exercise of its discretion in this case.

Whether or not the Court of Appeal was right in exercising its discretion in this way in this particular case — and I specifically refrain from pronouncing on the merits of the appeal — I am of the view that the exercise by provincial appellate courts of their discretionary power to enter a stay of proceedings does not raise a genuine and serious question of law of sufficient "public importance" to warrant granting leave to appeal. Evidently, I do not agree with the Chief Justice's characterization of my dissent on the application for leave to appeal.

As a result, although this Court has jurisdiction to entertain an application for leave to appeal from the Court of Appeal's order staying the proceedings, I would dismiss the applicant's motion for reconsideration and confirm our previous decision to refuse leave to appeal to this Court.

Application for reconsideration allowed and leave to appeal granted, L'HEUREUX-DUBÉ J. dissenting.

Solicitors for the applicant: Langlois Robert, Montreal.

Solicitor for the respondent: The Attorney General of Quebec, Montreal.

601, aux pp. 612 à 615. Il est bien établi en droit que les tribunaux ont le pouvoir d'ordonner un arrêt des procédures «lorsque forcer le prévenu à subir son procès violerait les principes de justice fondamentaux qui sous-tendent le sens du franc-jeu et de la décence qu'a la société, ainsi que d'empêcher l'abus des procédures de la cour par une procédure oppressive ou vexatoire» (je souligne) (voir *Jewitt*, aux pp. 136 et 137), les termes exacts que la Cour d'appel a utilisés en exerçant son pouvoir discrétionnaire en l'espèce.

Peu importe que la Cour d'appel ait eu raison ou non d'exercer ainsi son pouvoir discrétionnaire dans ce cas particulier — et je m'abstiens expressément de me prononcer sur le bien-fondé de l'appel — je suis d'avis que l'exercice par les cours d'appel provinciales de leur pouvoir discrétionnaire d'ordonner un arrêt des procédures ne soulève pas une question de droit véritable et sérieuse, dont «l'importance pour le public» est suffisante pour justifier d'accorder l'autorisation de pourvoi. Évidemment, je ne suis pas d'accord avec la façon dont le Juge en chef qualifie ma dissidence sur la demande d'autorisation de pourvoi.

Par conséquent, bien que notre Cour ait compétence pour entendre une demande d'autorisation de pourvoi contre l'ordonnance de la Cour d'appel prescrivant un arrêt des procédures, je rejeterais la demande de réexamen présentée par le requérant et confirmerais notre décision antérieure de refuser l'autorisation de pourvoi.

Demande de réexamen accueillie et autorisation de pourvoi accordée, le juge L'HEUREUX-DUBÉ est dissidente.

Procureurs du requérant: Langlois Robert, Montréal.

Procureur de l'intimée: Le procureur général du Québec, Montréal.

43

44

Dow Corning Corporation *Appellant*

v.

Susan Hollis and John Robert Birch *Respondents*

INDEXED AS: HOLLIS v. DOW CORNING CORP.

File No.: 23776.

1995: February 2; 1995: December 21.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Torts — Manufacturers' duty to warn — Learned intermediary — Breast implant ruptured — Patient not previously warned by doctor of post-surgical risks or of possibility of implant rupture — Whether or not manufacturer had duty to warn patient and/or doctor — Whether or not principles of learned intermediary affecting duty of manufacturer to warn patient directly.

Torts — Causation — Whether subjective or objective test to patient's decision to undergo surgery knowing risks — Whether manufacturer entitled to escape liability on what doctor would have done if properly warned.

Practice — Appellate court powers — Finding of fact — Whether finding of fact can be made by appeal court or whether matter should be referred to trial court.

In 1983, Ms. Hollis, on the advice of her surgeon (Dr. Birch), underwent breast implant surgery to correct a congenital deformity. She was not warned by him of the risks of post-surgical complications or of the possibility that the implants might rupture inside her body. In 1984, after further surgery and an examination by Dr. Birch, who gave the opinion that there was no problem with her breasts, Ms. Hollis began a baker's course which required vigorous upper body movement. In 1985, Ms. Hollis noticed a lump in her right breast and began to feel pain there as well as in her right side. She attended another surgeon, Dr. Quayle, who operated to remove

Dow Corning Corporation *Appelante*

c.

Susan Hollis et John Robert Birch *Intimés*

RÉPERTORIÉ: HOLLIS c. DOW CORNING CORP.

N° du greffe: 23776.

1995: 2 février; 1995: 21 décembre.

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

Responsabilité délictuelle — Obligation de mise en garde du fabricant — Intermédiaire compétent — Rupture d'un implant mammaire — Omission par le médecin de mettre la patiente en garde contre les risques de complications postopératoires ou la possibilité de rupture de l'implant — Le fabricant avait-il l'obligation de mettre la patiente et/ou le médecin en garde? — Les principes de l'intermédiaire compétent modifient-ils l'obligation du fabricant de mettre la patiente en garde directement?

Responsabilité délictuelle — Causalité — Doit-on appliquer le critère subjectif ou objectif à la décision du patient de subir une opération chirurgicale en étant informé des risques? — Le fabricant peut-il échapper à toute responsabilité du fait de ce que le médecin aurait fait s'il avait été adéquatement mis en garde?

Pratique — Pouvoirs de la cour d'appel — Conclusion de fait — La cour d'appel peut-elle tirer une conclusion de fait ou l'affaire doit-elle être renvoyée en première instance?

En 1983, sur les conseils de son chirurgien (Dr Birch), M^{me} Hollis a subi une implantation de prothèses mammaires pour corriger une malformation congénitale. Le chirurgien ne l'a pas mise en garde contre les risques de complications postopératoires et ne l'a pas avertie de la possibilité d'une rupture interne des implants. En 1984, après une deuxième opération et un examen par le Dr Birch, lequel n'a diagnostiqué aucun problème, M^{me} Hollis a commencé à suivre un cours de boulangerie, qui l'obligeait à remuer énergiquement le torse et les bras. En 1985, M^{me} Hollis a remarqué la présence d'une masse au sein droit et a commencé à ressentir une dou-

the implant. He discovered that the left implant was intact but that the right implant had ruptured. Dr. Quayle removed the gel from the right implant but could not find the envelope. After the removal of the breast implants, Ms. Hollis' physical condition worsened. A visit to a third surgeon in 1987 resulted in Ms. Hollis' undergoing a successful subcutaneous mastectomy on both breasts and opting for a new, different model of breast implants.

Dr. Birch received little warning from the implant manufacturer as to the possibility of the implants' rupturing. Even as early as 1979, Dow was aware that implant ruptures could cause adverse reactions in the body arising from loose gel. While the 1985 warning referred to the dangers of "enlarged lymph nodes, scar formation, inflammation" and the potential, after a rupture, for "distant migration of the gel", the 1976 and 1979 warnings made no reference to any such potential consequences. Nor did these earlier warnings make reference to rupture occurring from anything less than "abnormal squeezing or trauma".

Ms. Hollis brought action in 1989 against Dow, Dow's Canadian agent, Dr. Birch and Dr. Quayle. At trial, she successfully claimed against Dow for the negligent manufacture of the breast implant and was awarded damages and costs; her other claims were dismissed. A majority of the Court of Appeal overturned the finding that Dow had negligently manufactured the implant, but dismissed the appeal on the ground that Dow had failed to warn Ms. Hollis adequately concerning the risks of rupture. A majority of the Court of Appeal allowed Ms. Hollis' appeal from the dismissal of her action against Dr. Birch and ordered a new trial in respect of that claim. The sole issue here is whether the Court of Appeal erred in finding Dow liable to the Ms. Hollis for failing to warn Dr. Birch adequately of the risk of a post-surgical implant rupture.

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

Per La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory and Iacobucci JJ.: A manufacturer of a product has a duty in tort to warn consumers of dangers it knows or ought to

leur dans cette région ainsi qu'au côté droit. Elle est allée consulter un autre chirurgien, le Dr Quayle, qui a procédé à l'enlèvement chirurgical de la prothèse. Il a découvert que la prothèse gauche était intacte mais qu'il y avait eu rupture de la prothèse droite. Le Dr Quayle a enlevé le gel mais n'a pu trouver l'enveloppe. Après l'enlèvement des prothèses mammaires, l'état de M^{me} Hollis s'est détérioré. Après avoir consulté un troisième chirurgien en 1987, M^{me} Hollis a subi une mastectomie sous-cutanée bilatérale bien réussie et a accepté l'implantation de deux prothèses mammaires d'une forme et d'un modèle différents des prothèses originales.

Le Dr Birch n'a reçu que peu d'information de la part du fabricant quant au risque de rupture de l'implant. Même dès 1979, Dow savait qu'une rupture des prothèses pouvait causer sur l'organisme des réactions indésirables résultant de la diffusion du gel. Alors que la mise en garde de 1985 évoquait les dangers tels une «adéno-pathie, la formation de cicatrices, une réaction inflammatoire» et la possibilité, après rupture, de «projection du gel à distance», les mises en garde de 1976 et de 1979 ne faisaient aucune mention de ces conséquences possibles. Ces premières mises en garde ne mentionnaient pas non plus la rupture due à un facteur moins important qu'«une pression anormale ou un traumatisme».

En 1989, M^{me} Hollis a intenté une action contre Dow, son agent canadien, le Dr Birch et le Dr Quayle. Au procès, elle a allégué avec succès la négligence de Dow dans la fabrication de la prothèse, de sorte que Dow a été condamnée à lui verser des dommages-intérêts ainsi que les dépens; ses autres demandes ont été rejetées. La Cour d'appel a écarté à la majorité la conclusion selon laquelle Dow avait fait preuve de négligence dans la fabrication de la prothèse, mais elle a rejeté l'appel pour le motif que Dow n'avait pas adéquatement mis M^{me} Hollis en garde contre les risques de rupture. Toujours à la majorité, la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès concernant l'action de M^{me} Hollis contre le Dr Birch, qui avait été rejetée. La seule question soulevée dans le présent pourvoi est de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en tenant Dow responsable envers M^{me} Hollis pour n'avoir pas adéquatement mis en garde le Dr Birch contre le risque de rupture postopératoire de l'implant.

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

Les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci: En droit de la responsabilité délictuelle, le fabricant d'un produit a le devoir de mettre les

know are inherent in the product's use. This duty is a continuing one, requiring manufacturers to warn not only of dangers known at the time of sale, but also of dangers discovered after the product has been sold and delivered. All warnings must be reasonably communicated, and must clearly describe any specific dangers that arise from the ordinary use of the product. The duty to warn serves to correct the knowledge imbalance between manufacturers and consumers by alerting consumers to any dangers and allowing them to make informed decisions concerning the safe use of the product. The nature and scope of this duty varies with the level of danger entailed by the ordinary use of the product. In the case of medical products, the standard of care to be met by manufacturers in ensuring that consumers are properly warned is necessarily high.

The principles underlying the doctrine of "informed consent" apply to the relationship between manufacturers of medical products and consumers. The manufacturer-consumer relationship, unlike the doctor-patient relationship, is characterized primarily by a lack of direct communication which creates a relationship of complete dependency between manufacturer and patient. Manufacturers, therefore, can be reasonably required to make clear, complete and current informational disclosure to consumers concerning the risks inherent in the ordinary use of their products. A high standard for disclosure protects public health and yet does not place an onerous burden on manufacturers.

The "learned intermediary" rule applies where an intermediate inspection of the product is anticipated because the product is highly technical in nature or where a consumer is placing primary reliance on the judgment of a "learned intermediary" and not the manufacturer. In such cases, a warning to the ultimate consumer may not be necessary and the manufacturer may satisfy its duty to warn the ultimate consumer by warning the learned intermediary of the risks inherent in the use of the product. This rule generally applies either where a product is highly technical in nature and is intended to be used only under the supervision of experts, or where the nature of the product is such that the consumer will not realistically receive a direct warning from the manufacturer before using the product. The rule, which is in essence an application of the common law principle of intermediate examination and intervening cause, is an exception to the general manufacturer's

consommateurs en garde contre les dangers inhérents à son utilisation, dont il est ou devrait être au courant. Il s'agit là d'une obligation constante, qui oblige les fabricants à prévenir les utilisateurs non seulement des dangers connus au moment de la vente, mais également de ceux qui sont découverts après l'achat et la livraison du produit. Toutes les mises en garde doivent être communiquées de façon raisonnable et doivent exposer clairement les dangers précis découlant de l'utilisation normale du produit. L'obligation de mise en garde vient corriger le déséquilibre des connaissances entre le fabricant et les consommateurs en prévenant ces derniers de l'existence d'un danger et en leur permettant de prendre des décisions éclairées concernant l'utilisation sécuritaire du produit. La nature et l'étendue de cette obligation varient selon le danger découlant de l'utilisation normale du produit. Dans le cas de produits médicaux, la norme de diligence à laquelle les fabricants doivent satisfaire en matière de mise en garde adéquate des consommateurs est forcément élevée.

Les principes qui sous-tendent la théorie du «consentement éclairé» sont applicables à la relation entre les fabricants de produits médicaux et les consommateurs. Contrairement à la relation médecin-patient, la relation fabricant-consommateur se caractérise principalement par une absence de communication directe qui crée une relation de totale dépendance entre le fabricant et le patient. Il est par conséquent raisonnable d'exiger que les fabricants divulguent aux consommateurs des renseignements clairs, complets et à jour concernant les risques inhérents à l'utilisation normale de leurs produits. Une norme élevée en matière de divulgation protège la santé publique et n'impose pas aux fabricants un fardeau onéreux.

La règle de l'«intermédiaire compétent» s'applique lorsqu'une inspection intermédiaire du produit est prévisible parce qu'il s'agit d'un produit à forte teneur technique ou que la confiance du consommateur repose principalement sur le jugement d'un «intermédiaire compétent» et non sur le fabricant. En pareil cas, il peut ne pas être nécessaire de mettre en garde le consommateur final, et le fabricant peut s'acquitter de son obligation à son égard en avertissant l'intermédiaire compétent des risques inhérents à l'utilisation du produit. De façon générale, la règle s'applique soit dans le cas d'un produit à forte teneur technique, destiné à être utilisé uniquement sous la surveillance d'experts, soit dans le cas d'un produit tel qu'il n'est pas réaliste de penser que le consommateur recevra une mise en garde directe du fabricant avant de l'utiliser. La règle, qui est essentiellement une application des principes en common law de l'examen intermédiaire et de la cause intermédiaire, est

duty to warn the consumer and operates to discharge the manufacturer's duty to the ultimate consumer, who has a right to full and current information about any risks inherent in the ordinary use of the product. The rule presumes that the intermediary is "learned", i.e., fully apprised of the risks associated with the use of the product. Accordingly, the manufacturer can only be said to have discharged its duty to the consumer when the intermediary's knowledge approximates that of the manufacturer. To allow manufacturers to claim the benefit of the rule where they have not fully warned the physician would undermine the policy rationale for the duty to warn, which is to ensure that the consumer is fully informed of all risks. Since the manufacturer is in the best position to know the risks attendant upon the use of its product and is also in the best position to ensure that the product is safe for normal use, the primary duty to give a clear, complete, and current warning must fall on its shoulders.

The "learned intermediary" rule is applicable in the context of this case. Dow's warning to the surgeon here was inadequate, however. There was sufficient evidence on the record to allow the Court of Appeal to make a full and proper re-assessment of the duty to warn issue without sending the case back to trial. While appellate courts are generally, and justifiably, wary of making findings of fact without having the advantage of seeing and hearing testimony first-hand, such concerns do not arise here because the bulk of the critical evidence adduced at trial was documentary, not testimonial.

The earlier warnings given the medical profession by the manufacturer implied that rupture would occur only in extreme cases of violent impact. The 1985 warning, however, made it clear that a patient who received an implant would have to consider altering her lifestyle to avoid rupture. A more accurate warning could quite reasonably have affected Ms. Hollis' choice of professional and her resulting exposure to unnecessary risk.

Dow knew or should have known of the risks referred to in the 1985 warning when the surgery was performed in 1983. Between 1976 and 1984, Dow received 78 field reports from doctors of post-operative "unexplained"

une exception à l'obligation générale du fabricant de mettre le consommateur en garde, et vient relever le fabricant de son obligation envers le consommateur final, qui a le droit de recevoir une information complète et à jour concernant les risques inhérents à l'utilisation normale du produit. La règle présume que l'intermédiaire est «compétent», c'est-à-dire qu'il est pleinement au fait des risques associés à l'utilisation du produit. Par conséquent, on ne peut dire que le fabricant s'est acquitté de son obligation envers le consommateur que lorsque le degré de connaissance de l'intermédiaire se rapproche de celui du fabricant. Permettre aux fabricants d'invoquer le bénéfice de la règle dans les cas où ils n'ont pas pleinement mis le médecin en garde saperait le fondement même de l'obligation de mise en garde, qui consiste à faire en sorte que le consommateur soit pleinement informé de tous les risques. Étant donné que c'est le fabricant qui est le mieux en mesure de connaître les risques que présente l'utilisation de ses produits, et aussi le mieux en mesure de s'assurer que leur utilisation normale est sans danger, c'est sur lui que doit retomber l'obligation première de faire une mise en garde claire, complète et à jour.

La règle de l'«intermédiaire compétent» est applicable dans le contexte de la présente affaire. La mise en garde faite par Dow au chirurgien n'était cependant pas adéquate. Il y avait une preuve suffisante au dossier pour permettre à la Cour d'appel de procéder légitimement et pleinement à une nouvelle appréciation de la question de l'obligation de mise en garde, sans qu'il soit nécessaire de renvoyer le tout en première instance. Même si les juridictions d'appel sont en général, et de façon compréhensible, réticentes à tirer des conclusions de fait sans avoir l'avantage de voir et d'entendre elles-mêmes les témoins, la présente espèce ne soulève pas de considérations de ce genre puisque l'essentiel de la preuve cruciale présentée au procès était de nature documentaire et non testimoniale.

Alors que les mises en garde antérieures faites au corps médical laissaient entendre que la rupture ne survenait que dans les cas extrêmes d'impact violent, celle de 1985 faisait clairement comprendre que la patiente recevant une prothèse devait envisager de modifier son mode de vie afin d'éviter tout risque de rupture. On peut raisonnablement penser qu'une mise en garde plus adéquate aurait influencé le choix de la profession de M^{me} Hollis et, partant, son exposition à un risque inutile.

Dow connaissait ou aurait dû connaître les risques évoqués dans la mise en garde de 1985 lorsque l'opération chirurgicale a été pratiquée en 1983. Entre 1976 et 1984, Dow a reçu 78 rapports de médecins concernant

ruptures occurring in its implants. It had a duty to convey its findings concerning both the "unexplained" rupture phenomenon and the possible harm caused by loose gel inside the body to the medical community much sooner than it did. Since implants are surgically placed inside the human body, and given that any defects in these products will obviously have a highly injurious effect on the user, the onus on Dow to be forthcoming with information was extremely high throughout the relevant period. The duty to warn is a continuing one and manufacturers of potentially hazardous products have an obligation to keep doctors abreast of developments even if they do not consider those developments to be conclusive.

Arguments based upon the assumption that Dow only had the obligation to warn once it had reached its own definitive conclusions with respect to the cause and effect of the "unexplained" ruptures necessarily failed. This assumption has no support in the law of Canada. Although the number of ruptures was statistically small over the relevant period and the cause of the ruptures was unknown, Dow had an obligation to take into account the seriousness of the risk posed by a potential rupture to each user of its implant. Indeed, it is precisely because the ruptures were "unexplained" that Dow should have been concerned. Certainly, it would not have been onerous for Dow to have included an update in their product inserts to the effect that "unexplained" ruptures had been reported which were not attributable to surgical procedures, and a list of the possible side-effects of such ruptures.

With respect to causation, the subjective test (established in *Buchan*) as to whether or not the patient would have undergone the surgery if fully informed was adopted. The most serious concern raised about its application is that the plaintiff, with the benefit of hindsight, will always claim that she would not have used the product if she had been properly warned. In a suit against a manufacturer for failure to warn, this concern can be adequately addressed at the trial level through cross-examination and through a proper weighing by the trial judge of the relevant testimony. A manufacturer of products cannot be considered coterminous with a physician whose duty is to give the best medical advice and service possible to a patient in a specific context. A manufacturer, given the greater likelihood to overvalue a product and underemphasize its risk, should from a policy perspective be held to a strict standard of warning consumers of dangerous side effects to these prod-

des ruptures postopératoires «inexpliquées» de ses prothèses. Elle avait l'obligation de transmettre au corps médical, beaucoup plus tôt qu'elle ne l'a fait, ses constatations concernant tant le phénomène de la rupture «inexpliquée» que le dommage susceptible d'être causé par la diffusion de gel dans l'organisme. Compte tenu du fait que les prothèses sont implantées chirurgicalement à l'intérieur du corps humain, et que tout défaut de ces produits aura de toute évidence un effet hautement dommageable sur la porteuse, le fardeau qui incombait à Dow quant à la divulgation franche de l'information était extrêmement élevé tout au long de la période pertinente. L'obligation de mise en garde est une obligation continue et les fabricants de produits potentiellement dangereux ont l'obligation de tenir les médecins au courant de tout élément nouveau, même de ceux qu'ils ne considèrent pas concluants.

Les arguments qui postulent que Dow n'avait une obligation de mise en garde qu'après avoir tiré ses propres conclusions définitives quant à la cause et à l'effet des ruptures «inexpliquées» ne sauraient être retenus. Ce postulat n'a aucun fondement en droit canadien. Bien que le nombre de ruptures ait été statistiquement faible pendant la période pertinente, et que leur cause ait été inconnue, il incombait à Dow de tenir compte de la gravité du risque que présentait pour chacune des porteuses une rupture possible de sa prothèse. D'ailleurs, c'est précisément parce que les ruptures étaient «inexpliquées» que Dow aurait dû s'en préoccuper. À n'en pas douter, il ne lui aurait pas été difficile d'inclure dans la documentation technique une mise à jour faisant état des cas signalés de ruptures «inexpliquées» non attribuables à l'intervention chirurgicale et dressant la liste des effets secondaires possibles de telles ruptures.

Pour ce qui est de la causalité, le critère subjectif (énoncé dans l'arrêt *Buchan*) pour déterminer si le patient aurait accepté de subir une opération chirurgicale s'il avait été pleinement informé des risques est adopté. La plus importante préoccupation que soulève l'application de ce critère est que la demanderesse, avec le recul, prétendra toujours qu'elle n'aurait pas utilisé le produit si on l'avait mise en garde de manière adéquate. Il est possible, dans le cas d'une poursuite contre un fabricant pour défaut de mise en garde, d'y répondre adéquatement en première instance par voie de contre-interrogatoire et par la juste appréciation par le juge des témoignages pertinents. Le devoir du fabricant de produits ne peut être considéré comme coïncidant avec celui du médecin, qui est de donner à son patient, dans un contexte donné, les meilleurs conseils et services médicaux possibles. Le fabricant, étant donné qu'il y a une plus grande probabilité que la valeur du produit soit exagérée

ucts. There is no reason, as in the case of a doctor, to modify the usual approach to causation followed in other tortious actions. Indeed the imbalance of resources and information between the manufacturer and the patient, and even the doctor, weighs in the opposite direction. Sufficient evidence was adduced here to satisfy the subjective test.

While some ambiguity existed as to Dr. Birch's warning practices in 1983, Dow cannot argue on this basis that no direct causal link existed between its breach of duty and the injuries suffered by the plaintiff. It is true that had Dr. Birch been adequately warned and not passed on the information to Ms. Hollis, Dow would have been absolved of liability by virtue of the learned intermediary doctrine. It does not follow from this, however, that, for Dow to be liable, Ms. Hollis must now establish that Dr. Birch would have informed her if he had known. To require her to do so would be to ask her to prove a hypothetical situation relating to her doctor's conduct — a situation only brought about by Dow's failure to perform its duty. While the legal and persuasive onus in a negligence case generally falls on the plaintiff, the plaintiff is not required to prove a hypothetical situation of this kind.

The victim's power of proof is seriously undermined if called upon to prove what a doctor would have done in a hypothetical situation. The governing principle in a case of this nature is informed consent, namely, the right of the patient to be fully informed by the manufacturer of all material risks associated with the use of a medical product. This right to informed consent was not respected in this case. Dow's failure to warn was a cause of her injury; whether Dr. Birch's actions in the hypothetical situation posited by Dow might also have been a cause is not a matter for Ms. Hollis to prove. Ms. Hollis, who was in a position of great informational inequality with respect to both the manufacturer and the doctor, played no part in creating the set of causal conditions leading to her injury. Justice dictates that she should not be penalized for the fact that had the manufacturer actually met its duty to warn, the doctor still might have been at fault.

et les risques minimisés, devrait, sur le plan des principes, être assujéti à une norme stricte en ce qui concerne les mises en garde contre les effets secondaires dangereux de ces produits. Il n'y a aucune raison, comme dans le cas du médecin, de modifier la conception de la causalité généralement appliquée en matière de responsabilité délictuelle. En fait, l'inégalité des ressources et de l'information entre le fabricant et le patient, voire le médecin, pointe dans la direction opposée. Il y avait une preuve suffisante en l'espèce pour satisfaire au critère subjectif.

Bien qu'il y ait une certaine ambiguïté concernant la pratique suivie en 1983 par le Dr Birch en matière de mise en garde, Dow ne peut, sur ce fondement, faire valoir qu'il n'y a pas de lien de causalité direct entre son manquement à l'obligation de mise en garde et le préjudice subi par la demanderesse. Si le Dr Birch avait reçu une mise en garde adéquate mais ne l'avait pas transmise à M^{me} Hollis, Dow aurait certes été exonérée de toute responsabilité conformément à la théorie de l'intermédiaire compétent. On ne peut en déduire toutefois que, pour engager la responsabilité de Dow, M^{me} Hollis doit maintenant établir que le Dr Birch l'aurait informée s'il avait été lui-même mis au courant. L'obliger à établir cette preuve serait lui demander de faire la preuve d'une situation hypothétique relativement au comportement de son médecin, situation résultant du manquement de Dow à son obligation. Si, dans une affaire de négligence, la charge ultime et de persuasion incombe généralement au demandeur, celui-ci n'est pas tenu de prouver une situation hypothétique de ce genre.

Les moyens de preuve à la disposition de la victime sont gravement affaiblis si elle est appelée à démontrer ce qu'un médecin aurait fait dans une situation hypothétique. Le principe directeur dans une affaire de ce type est le consentement éclairé, c'est-à-dire le droit du patient d'être pleinement informé par le fabricant de tous les risques importants associés à l'utilisation d'un produit médical. Ce droit au consentement éclairé n'a pas été respecté en l'espèce. Le manquement de Dow à son obligation de mise en garde a été une cause du préjudice qu'elle a subi; que les agissements du Dr Birch dans la situation hypothétique posée par Dow puissent également avoir été une cause, ce n'est pas à elle de l'établir. En position de grande inégalité sur le plan de l'information par rapport tant au fabricant qu'au médecin, M^{me} Hollis n'a aucunement contribué à créer la série de conditions causales ayant mené au préjudice. L'intérêt de la justice commande qu'elle ne soit pas pénalisée pour le fait que, si le fabricant avait effectivement rempli son obligation de mise en garde, le médecin aurait encore pu être en faute.

A manufacturer should not be able to escape liability for failing to give a warning it was under a duty to give by simply presenting evidence tending to establish that even if the doctor had been given the warning, he or she would not have passed it on to the patient, let alone putting an onus on the plaintiff to do so. Adopting such a rule would, in some cases, run the risk of leaving the plaintiff with no compensation for her injuries. She would not be able to recover against a doctor who had not been negligent with respect to the information that he or she did have; yet she also would not be able to recover against a manufacturer who, despite having failed in its duty to warn, could escape liability on the basis that, had the doctor been appropriately warned, he or she still would not have passed the information on to the plaintiff. Our tort law should not be held to contemplate such an anomalous result.

Per Sopinka and McLachlin JJ. (dissenting): La Forest J.'s analysis of the principles relating to the duty to warn, and in particular the way the learned intermediary principles apply, were agreed with.

The subjective test put forward in *Buchan v. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd.* places no reliance on evidence as to what a reasonable woman would do and also fails to take into account the inherent unreliability of the plaintiff's self-serving assertion. The most reliable approach in determining what would in fact have occurred is to test the plaintiff's assertion by reference to objective evidence as to what a reasonable person would have done. This difficult question of fact, notwithstanding the test adopted, should be determined at trial and not on appeal. The test for determining the same issue should not be different for the physician and the manufacturer.

To establish liability, the plaintiff must show not only a breach of duty by the defendant, but also that the breach in question was the cause of the plaintiff's injury. Here, Ms. Hollis must show that her doctor would have warned her of any dangers that had been brought to his attention and that if warned she would have refused the operation. Absent this form of proof, it cannot be said with any degree of certainty that the failure of Dow to warn physicians was the cause of the injuries suffered. The absence of cause cannot be finessed by sweeping it under the apportionment rug.

Un fabricant ayant omis la mise en garde qu'il avait l'obligation de faire ne devrait pas pouvoir se dégager de sa responsabilité simplement par une preuve tendant à établir que même si le médecin avait reçu la mise en garde, il ne l'aurait pas transmise à son patient, et encore moins en imposant cette charge à la demanderesse. L'adoption d'une telle règle entraînerait, dans certains cas, le risque que la demanderesse ne soit pas indemnisée pour le préjudice subi. Elle n'aurait aucun recours contre un médecin qui n'aurait pas fait preuve de négligence en ce qui concerne les renseignements qu'il avait effectivement à sa disposition, et elle n'aurait non plus aucun recours contre un fabricant qui, même s'il a manqué à son obligation de mise en garde, pourrait échapper à sa responsabilité en faisant valoir que, si le médecin avait été adéquatement mis en garde, il n'aurait pas transmis l'information à la demanderesse. Notre droit de la responsabilité délictuelle ne devrait pas être interprété comme envisageant un résultat aussi inusité.

Les juges Sopinka et McLachlin (dissidents): L'analyse que le juge La Forest fait des principes relatifs à l'obligation de mise en garde, et tout particulièrement de la façon dont les principes relatifs à l'intermédiaire compétent s'appliquent, est acceptée.

Le critère subjectif proposé dans l'arrêt *Buchan c. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd.* ne repose aucunement sur une preuve de ce qu'une femme raisonnable ferait et ne tient pas compte du manque de fiabilité inhérente de toute déclaration intéressée de la demanderesse. La méthode la plus fiable pour déterminer ce qui se serait vraiment produit consiste à examiner l'affirmation de la demanderesse en fonction d'une preuve matérielle de ce qu'une personne raisonnable aurait fait. Cette question de fait difficile, peu importe le critère adopté, doit être tranchée en première instance et non en appel. Il n'y a aucun motif d'appliquer, relativement à une même question, un critère différent pour le médecin et pour le fabricant.

Pour établir la responsabilité, le demandeur doit démontrer non seulement que le défendeur a manqué à son obligation, mais aussi que ce manquement a été la cause du préjudice qu'il a subi. En l'espèce, M^{me} Hollis doit établir que son médecin l'aurait mise en garde contre les risques dont il aurait été informé et qu'elle aurait refusé l'opération si elle avait été mise en garde. Sans cette preuve, on ne peut affirmer avec certitude que l'omission de mise en garde des médecins par Dow a été la cause du préjudice dont elle a été victime. On ne peut faire abstraction de l'absence de causalité en l'escamotant sous la question du partage de la responsabilité.

The cases referred to by La Forest J. with respect to reversal or relaxation of the burden of proof with respect to causation do not support treating causation as irrelevant. In any event the cases referred to do not support reversing the burden of proof in this case or, if they did, the issue of causation would not be resolved. There was abundant evidence to raise the issue of causation which should be weighed by the trial judge at a new trial.

A new trial should be ordered when disposing of an appeal on a legal basis that was not dealt with or resolved at trial and where crucial findings of fact concerning that issue were not made by the trial judge. A court of appeal is extremely reluctant to assume the role of the trial judge in making factual findings essential to resolving an issue. More importantly, there is considerable support for the view that the party affected is entitled to a new trial virtually as of right.

An appellate court may be in as good a position as a trial judge to make a factual finding in the following limited circumstances: (i) the trial judge has made the necessary findings albeit in respect of a different legal issue, or it can be safely assumed from findings actually made that but for the error of law the necessary findings would have been made; (ii) the evidence is not in dispute or conflict and no issue of credibility is involved; (iii) special circumstances exist in which the parties urge the appellate court to make necessary findings of fact. No circumstances were present which would bring this case within these criteria and this Court was clearly not in as good a position as the trial judge to make the requisite findings.

In addition to addressing issues relating to the duty, factual issues needed to be decided. No findings were made at trial as to whether Ms. Hollis would have consented to the operation, even if properly warned and as to whether Dr. Birch's conduct would have been the same whether or not Dow was in breach of the duty to warn. In the absence of a finding in this Court that evidence was lacking to raise the issues or that a weighing of the evidence cannot resolve the matter, a new trial would enable the trial judge to carry out this function. In any event, a new trial will be held with respect to Dr. Birch, and the judgment of this Court will not put an end

Les arrêts qu'invoquent le juge La Forest pour ce qui est de l'inversion ou de l'assouplissement du fardeau de la preuve en matière de causalité ne justifient pas de considérer la causalité comme non pertinente. Quoi qu'il en soit, les arrêts invoqués n'appuient pas l'inversion du fardeau de la preuve en l'espèce ou, s'ils l'appuient, cela ne permettrait pas de résoudre la question de la causalité. Il existait amplement d'éléments de preuve pour soulever la question de la causalité, qui devrait être examinée par le juge de première instance dans le cadre d'un nouveau procès.

Il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès dans les cas où la cour d'appel est appelée à trancher un appel fondé sur une question de droit qui n'a été ni examinée ni tranchée en première instance et où le juge de première instance n'a pas tiré de conclusions de fait importantes sur cette question. La cour d'appel hésitera grandement à assumer le rôle du juge de première instance pour tirer des conclusions de fait essentielles au règlement d'une question. Fait encore plus important, beaucoup s'entendent pour dire que la partie lésée a droit à un nouveau procès pratiquement de plein droit.

Une cour d'appel est en aussi bonne position que le juge de première instance pour tirer une conclusion de fait dans certaines circonstances: (i) le juge de première instance a tiré les conclusions nécessaires, mais relativement à une question de droit différente, ou encore on peut supposer sans risque, à partir des conclusions effectivement tirées, que le juge de première instance aurait tiré les conclusions nécessaires n'eût été l'erreur de droit; (ii) les éléments de preuve ne sont pas contestés ni contradictoires et aucune question de crédibilité n'a été soulevée; (iii) il existe des circonstances spéciales qui font que les parties exhortent la cour d'appel à tirer les conclusions de fait nécessaires. Il n'existe en l'espèce aucune circonstance de la nature de celles qui ont été énumérées et notre Cour n'est clairement pas en aussi bonne position que le juge de première instance pour tirer les conclusions requises.

Outre des questions relatives à l'obligation, des questions de fait doivent être résolues. Au procès, aucune conclusion n'a été tirée sur la question de savoir si M^{me} Hollis aurait consenti à l'opération, même si elle avait reçu une mise en garde adéquate, et si le comportement du D^r Birch aurait été le même, que Dow ait ou non manqué à son obligation de mise en garde. Faute d'une conclusion par notre Cour qu'il n'y avait pas de preuve permettant de soulever ces questions ou qu'une appréciation de la preuve ne peut trancher l'affaire, un nouveau procès permettrait au juge de première instance de s'acquitter de cette tâche. Il y aura de toute façon un

to the litigation. This Court should not decide the issue because a subsequent trial judge would then not be able to decide otherwise. Finally, under the *Negligence Act*, where damage or loss is caused by the fault of two or more persons, liability for the damage should be apportioned in accordance with the degrees of fault.

Cases Cited

By La Forest J.

Approved: *Buchan v. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd.* (1986), 12 O.A.C. 361; **considered:** *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830; **referred to:** *Lambert v. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] S.C.R. 569; *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189; *Setrakov Construction Ltd. v. Winder's Storage & Distributors Ltd.* (1981), 11 Sask. R. 286; *Meilleur v. U.N.I.-Crete Canada Ltd.* (1985), 32 C.C.L.T. 126; *Skelhorn v. Remington Arms Co.* (1989), 69 Alta. L.R. (2d) 298; *McCain Foods Ltd. v. Grand Falls Industries Ltd.* (1991), 116 N.B.R. (2d) 22; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Shandloff v. City Dairy*, [1936] 4 D.L.R. 712; *Arendale v. Canada Bread Co.*, [1941] 2 D.L.R. 41; *Zeppa v. Coca-Cola Ltd.*, [1955] 5 D.L.R. 187; *Rae and Rae v. T. Eaton Co. (Maritimes) Ltd.* (1961), 28 D.L.R. (2d) 522; *Heimler v. Calvert Caterers Ltd.* (1975), 8 O.R. (2d) 1; *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192; *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119; *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 105 N.E. 92 (1914); *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (1972); *Sterling Drug, Inc. v. Cornish*, 370 F.2d 82 (1966); *Reyes v. Wyeth Laboratories*, 498 F.2d 1264 (1974), cert. denied 419 U.S. 1096 (1974); *Schenebeck v. Sterling Drug, Inc.*, 423 F.2d 919 (1970); *Hoffman v. Sterling Drug, Inc.*, 485 F.2d 132 (1973); *Dunkin v. Syntex Laboratories, Inc.*, 443 F.Supp. 121 (1977); *Lindsay v. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 637 F.2d 87 (1980); *Timm v. Upjohn Co.*, 624 F.2d 536 (1980), cert. denied 449 U.S. 1112 (1981); *Stanback v. Parke, Davis and Co.*, 657 F.2d 642 (1981); *Walker v. Merck & Co.*, 648 F.Supp. 931 (1986), aff'd 831 F.2d 1069 (1987); *Plummer v. Lederle Laboratories*, 819 F.2d 349 (1987); *Davidson v. Connaught Laboratories* (1980), 14 C.C.L.T. 251; *Holmes v. Ashford*, [1950] 2 All E.R. 76; *MacDonald v. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 475 N.E.2d 65 (1985), cert. denied 474 U.S. 250 (1985); *Prudential Trust Co. v. Forseth*, [1960] S.C.R. 210; *Davie Shipbuilding Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 461; *Nova, An Alberta Corporation v. Guelph Engineering Co.* (1989),

nouveau procès concernant le Dr Birch et le présent arrêt ne mettra pas un terme au litige. Notre Cour ne doit pas trancher la question car un juge de première instance ne pourrait pas, dans un nouveau procès, arriver à une conclusion contraire. Enfin, en vertu de la *Negligence Act*, dans le cas où le préjudice ou la perte est imputable à la faute d'au moins deux personnes, il faut répartir la responsabilité conformément au degré de faute.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêt approuvé: *Buchan c. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd.* (1986), 12 O.A.C. 361; **arrêt examiné:** *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830; **arrêts mentionnés:** *Lambert c. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] R.C.S. 569; *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189; *Setrakov Construction Ltd. c. Winder's Storage & Distributors Ltd.* (1981), 11 Sask. R. 286; *Meilleur c. U.N.I.-Crete Canada Ltd.* (1985), 32 C.C.L.T. 126; *Skelhorn c. Remington Arms Co.* (1989), 69 Alta. L.R. (2d) 298; *McCain Foods Ltd. c. Grand Falls Industries Ltd.* (1991), 116 R.N.-B. (2d) 22; *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Shandloff c. City Dairy*, [1936] 4 D.L.R. 712; *Arendale c. Canada Bread Co.*, [1941] 2 D.L.R. 41; *Zeppa c. Coca-Cola Ltd.*, [1955] 5 D.L.R. 187; *Rae and Rae c. T. Eaton Co. (Maritimes) Ltd.* (1961), 28 D.L.R. (2d) 522; *Heimler c. Calvert Caterers Ltd.* (1975), 8 O.R. (2d) 1; *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192; *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119; *Schloendorff c. Society of New York Hospital*, 105 N.E. 92 (1914); *Canterbury c. Spence*, 464 F.2d 772 (1972); *Sterling Drug, Inc. c. Cornish*, 370 F.2d 82 (1966); *Reyes c. Wyeth Laboratories*, 498 F.2d 1264 (1974), cert. refusé 419 U.S. 1096 (1974); *Schenebeck c. Sterling Drug, Inc.*, 423 F.2d 919 (1970); *Hoffman c. Sterling Drug, Inc.*, 485 F.2d 132 (1973); *Dunkin c. Syntex Laboratories, Inc.*, 443 F.Supp. 121 (1977); *Lindsay c. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 637 F.2d 87 (1980); *Timm c. Upjohn Co.*, 624 F.2d 536 (1980), cert. refusé 449 U.S. 1112 (1981); *Stanback c. Parke, Davis and Co.*, 657 F.2d 642 (1981); *Walker c. Merck & Co.*, 648 F.Supp. 931 (1986), conf. par 831 F.2d 1069 (1987); *Plummer c. Lederle Laboratories*, 819 F.2d 349 (1987); *Davidson c. Connaught Laboratories* (1980), 14 C.C.L.T. 251; *Holmes c. Ashford*, [1950] 2 All E.R. 76; *MacDonald c. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 475 N.E.2d 65 (1985), cert. refusé 474 U.S. 250 (1985); *Prudential Trust Co. c. Forseth*, [1960] R.C.S. 210; *Davie Shipbuilding Ltd. c. La Reine* [1984] 1 C.F. 461; *Nova, An Alberta Corporation c. Guelph Engineering Co.* (1989),

70 Alta. L.R. (2d) 97; *McCue v. Norwich Pharmacal Co.*, 453 F.2d 1033 (1972); *Hamilton v. Hardy*, 549 P.2d 1099 (1976).

By Sopinka J. (dissenting)

Buchan v. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd. (1986), 12 O.A.C. 361; *Cobbs v. Grant*, 502 P.2d 1 (1972); *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880; *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830; *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311; *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 S.L.T.R. 14; *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] A.C. 1074; *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228; *Koschman v. Hay* (1977), 17 O.R. (2d) 557; *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 S.C.R. 593; *Davie Shipbuilding Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 461; *Jardine v. Northern Co-operative Timber and Mill Association*, [1945] 1 W.W.R. 533; *Nova, An Alberta Corporation v. Guelph Engineering Co.* (1989), 70 Alta. L.R. (2d) 97; *Glow v. Paquin*, [1932] 1 W.W.R. 737; *Patterson v. Township of Aldborough* (1913), 11 D.L.R. 437; *Colautti Construction Ltd. v. City of Ottawa* (1984), 9 D.L.R. (4th) 265; *Bank of Nova Scotia v. Dunphy Leasing Enterprises Ltd.* (1991), 83 Alta. L.R. (2d) 289; *Fitz Randolph v. Fitz Randolph* (1918), 41 D.L.R. 739; *McCarroll v. Powell*, [1955] 4 D.L.R. 631; *Hunt v. MacLeod Construction Co.*, [1958] S.C.R. 737.

Statutes and Regulations Cited

Negligence Act, R.S.B.C. 1979, c. 298, s. 2.
Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, c. 370.

Authors Cited

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.
McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed. By Edward W. Cleary, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.
Peppin, Patricia. "Drug/Vaccine Risks: Patient Decision-Making and Harm Reduction in the Pharmaceutical Company Duty to Warn Action" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 473.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 1, 103 D.L.R. (4th) 520, 48 W.A.C. 108, [1993] 6 W.W.R. 609, 16 C.C.L.T. (2d) 140, ordering a new trial (with respect to John Robert Birch) and dis-

70 Alta. L.R. (2d) 97; *McCue c. Norwich Pharmacal Co.*, 453 F.2d 1033 (1972); *Hamilton c. Hardy*, 549 P.2d 1099 (1976).

Citée par le juge Sopinka (dissident)

Buchan c. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd. (1986), 12 O.A.C. 361; *Cobbs c. Grant*, 502 P.2d 1 (1972); *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880; *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830; *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311; *McGhee c. National Coal Board*, [1973] 1 S.L.T.R. 14; *Wilsher c. Essex Area Health Authority*, [1988] A.C. 1074; *Just c. British Columbia*, [1989] 2 R.C.S. 1228; *Koschman c. Hay* (1977), 17 O.R. (2d) 557; *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593; *Davie Shipbuilding Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 461; *Jardine c. Northern Co-operative Timber and Mill Association*, [1945] 1 W.W.R. 533; *Nova, An Alberta Corporation c. Guelph Engineering Co.* (1989), 70 Alta. L.R. (2d) 97; *Glow c. Paquin*, [1932] 1 W.W.R. 737; *Patterson c. Township of Aldborough* (1913), 11 D.L.R. 437; *Colautti Construction Ltd. c. City of Ottawa* (1984), 9 D.L.R. (4th) 265; *Bank of Nova Scotia c. Dunphy Leasing Enterprises Ltd.* (1991), 83 Alta. L.R. (2d) 289; *Fitz Randolph c. Fitz Randolph* (1918), 41 D.L.R. 739; *McCarroll c. Powell*, [1955] 4 D.L.R. 631; *Hunt c. MacLeod Construction Co.*, [1958] R.C.S. 737.

Lois et règlements cités

Negligence Act, R.S.B.C. 1979, ch. 298, art. 2.
Sale of Goods Act, R.S.B.C. 1979, ch. 370.

Doctrine citée

Cross, Sir Rupert. *Cross on Evidence*, 7th ed. By the late Sir Rupert Cross and Colin Tapper. London: Butterworths, 1990.
Fleming, John G. *The Law of Torts*, 8th ed. Sydney: Law Book Co., 1992.
McCormick, Charles Tilford. *McCormick on Evidence*, 3rd ed. By Edward W. Cleary, General Editor. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1984.
Peppin, Patricia. «Drug/Vaccine Risks: Patient Decision-Making and Harm Reduction in the Pharmaceutical Company Duty to Warn Action» (1991), 70 *R. du B. can.* 473.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 1, 103 D.L.R. (4th) 520, 48 W.A.C. 108, [1993] 6 W.W.R. 609, 16 C.C.L.T. (2d) 140, qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès (relativement à John

missing an appeal (with respect to Dow Corning Corporation) from a judgment of Bouck J., [1990] B.C.J. No. 1059, allowing Susan Hollis' action against Dow Corning Corporation and dismissing her action against John Robert Birch. Appeal dismissed, Sopinka and McLachlin JJ. dissenting.

D. J. Mullan, Q.C., and D. W. Donohoe, for the appellant.

Donald J. McKinlay, for the respondent Susan Hollis.

James M. Lepp and William S. Clark, for the respondent John Robert Birch.

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

Robert Birch) et rejeté un appel (relativement à Dow Corning Corporation) interjeté contre une décision du juge Bouck, [1990] B.C.J. No. 1059, qui avait accueilli l'action intentée par Susan Hollis contre Dow Corning Corporation et rejeté son action contre John Robert Birch. Pourvoi rejeté, les juges Sopinka et McLachlin sont dissidents.

D. J. Mullan, c.r., et D. W. Donohoe, pour l'appelante.

Donald J. McKinlay, pour l'intimée Susan Hollis.

James M. Lepp et William S. Clark, pour l'intimé John Robert Birch.

Version française du jugement des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Cory et Iacobucci rendu par

¹ LA FOREST J. — The question raised in this appeal is whether a manufacturer of silicone breast implants may be held liable in tort to a patient who suffers injuries from an unexplained rupture in the implants when the manufacturer has failed to give adequate warning to the patient or the surgeon concerning the risks of rupture. The appellant, Dow Corning Corporation ("Dow"), is a United States corporation which, during the course of the 1970s and 1980s, developed and manufactured the silicone breast implant carrying the trade name "Silastic". On May 7, 1990, Bouck J. of the Supreme Court of British Columbia awarded damages and costs against Dow to the respondent, Susan Hollis, for the negligent manufacture of a Silastic breast implant that ruptured in her body approximately 17 months after it was implanted in 1983. Hollis' claims against the respondent Dr. John Robert Birch, who inserted the implant, Dr. James Quayle, who subsequently removed the implant, and Dow Corning Canada Inc. ("Dow Canada"), the Canadian sales agent for Dow, were dismissed. A majority of the Court of Appeal overturned Bouck J.'s finding that Dow had negligently manufactured the implant, but dismissed the appeal on the ground that Dow had failed to warn Ms. Hollis adequately concerning the risks of rup-

LE JUGE LA FOREST — Le présent pourvoi soulève la question de savoir si un fabricant de prothèses mammaires de silicone peut être tenu responsable sur le plan délictuel envers une patiente ayant subi un préjudice du fait de la rupture inexplicquée des prothèses, lorsque ce fabricant n'a pas mis adéquatement en garde la patiente ou le chirurgien contre les risques de rupture. L'appelante, Dow Corning Corporation («Dow»), est une entreprise américaine qui, dans les années 1970 et 1980, a mis au point et fabriqué la prothèse mammaire de silicone de marque «Silastic». Le 7 mai 1990, le juge Bouck de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a condamné Dow à verser à l'intimée, Susan Hollis, des dommages-intérêts ainsi que les dépens pour négligence dans la fabrication d'une prothèse mammaire Silastic qui s'est rompue dans son organisme environ 17 mois après y avoir été implantée en 1983. Les demandes que M^{me} Hollis avait formées contre le D^r John Robert Birch, qui a implanté la prothèse, le D^r James Quayle, qui l'a subséquemment retirée, et Dow Corning Canada Inc. («Dow Canada»), l'agent canadien de vente pour Dow, ont été rejetées. La Cour d'appel a écarté à la majorité la conclusion du juge Bouck selon laquelle Dow avait fait preuve de négligence dans la fabrication de la prothèse, mais elle a rejeté

ture. A majority of the Court of Appeal also ordered a new trial with respect to Ms. Hollis' claim against Dr. Birch.

Dow was granted leave by this Court to appeal the Court of Appeal's finding that Dow had breached its duty to warn, and asks this Court either to dismiss Ms. Hollis' claim or to order a new trial. For the reasons that follow, it is my view that Dow's appeal should be dismissed. The relevant facts are as follows.

Facts

In early June, 1983, Ms. Hollis, then 23 years old, was given a complete physical examination by her family physician, Dr. Ken Mills. Ms. Hollis was a shy and quiet woman who had never before had a complete physical examination. During the course of the examination, Dr. Mills determined that Ms. Hollis suffered from a congenital deformity of the breasts called "tubular breasts", which produced a cylinder-like shape in her breasts and caused blood to collect in the nipple area, resulting in a larger than normal areola. Ms. Hollis told Dr. Mills that she had suspected for several years that her breasts were deformed, and had been self-conscious about them, but that she had never felt the deformity was sufficiently serious to merit medical attention. Despite Ms. Hollis' reservations concerning her need for medical treatment, Dr. Mills suggested that she see Dr. John Birch, an experienced plastic surgeon, whom Ms. Hollis had seen earlier that year for treatment of a severe case of acne scarring on her cheeks.

Ms. Hollis met with Dr. Birch in July, 1983. During the meeting, Dr. Birch informed her that her breasts were indeed deformed and explained that surgery and implants could correct the shape of her breasts and the size of her areolae. Dr. Birch showed Ms. Hollis an implant and explained the surgical implantation procedure. He also told her that she would not be able to feel the implants inside her after the operation and that they would not prevent her from breast-feeding. However, Dr.

l'appel pour le motif que Dow n'avait pas adéquatement mis M^{me} Hollis en garde contre les risques de rupture. Toujours à la majorité, la Cour d'appel a ordonné la tenue d'un nouveau procès concernant la demande de M^{me} Hollis contre le D^r Birch.

Dow a obtenu l'autorisation de notre Cour pour se pourvoir contre la conclusion de la Cour d'appel suivant laquelle elle avait manqué à son obligation de mise en garde. Elle demande à la Cour soit de rejeter la demande de M^{me} Hollis soit d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis qu'il convient de rejeter le pourvoi de Dow. Voici les faits pertinents.

Les faits

Au début de juin 1983, M^{me} Hollis, alors âgée de 23 ans, a subi un examen physique complet chez son médecin de famille, le D^r Ken Mills. Timide et réservée, elle n'avait jamais subi auparavant d'examen complet. Pendant l'examen, le D^r Mills a constaté qu'elle souffrait d'une malformation congénitale des seins appelée «seins tubulaires», ce qui leur donnait un aspect cylindrique et causait une accumulation de sang dans la région du mamelon et, en conséquence, un élargissement anormal de l'aréole. Madame Hollis a dit au D^r Mills qu'elle se doutait depuis plusieurs années que ses seins étaient difformes, qu'elle en éprouvait de la gêne, mais qu'elle n'avait jamais jugé que cette malformation était grave au point d'avoir à consulter un médecin. Malgré les réserves de M^{me} Hollis quant à la nécessité d'un traitement médical, le D^r Mills lui a suggéré de consulter le D^r John Birch, plasticien d'expérience qu'elle avait vu plus tôt au cours de l'année pour des marques d'acné sévères sur les joues.

Madame Hollis a rencontré le D^r Birch en juillet 1983. Ce dernier lui a confirmé qu'elle souffrait effectivement d'une malformation et lui a expliqué que la chirurgie et les prothèses pouvaient corriger la forme de sa poitrine ainsi que la taille de l'aréole. Il lui a montré une prothèse et lui a expliqué l'intervention chirurgicale. Il a ajouté qu'elle ne sentirait aucunement les prothèses après l'opération et que cela ne l'empêcherait pas d'allaiter. Le D^r Birch ne l'a toutefois pas mise en

Birch did not warn Ms. Hollis that there were risks of post-surgical complications. He also failed to warn her of the possibility that the implants might rupture inside her body. On the basis of Dr. Birch's advice, Ms. Hollis consented to surgery.

garde contre les risques de complications postopératoires. Il ne l'a pas avertie non plus de la possibilité d'une rupture interne des implants. Suivant ses conseils, elle a consenti à l'opération.

5 On October 21, 1983, Ms. Hollis underwent surgery for the implantation of two Silastic silicone breast implants at the Kelowna General Hospital in Kelowna, B.C. The implants were "gel-filled, low profile round" Silastic implants manufactured by the appellant Dow and purchased by Dr. Birch from Dow's Canadian agent, Dow Canada. These implants are sold only to doctors or medical establishments and are not directly available to the public. The operation went smoothly and Ms. Hollis experienced a normal recovery. However, by the spring of 1984, the abnormality in Ms. Hollis' breasts had returned. Dr. Birch operated on Ms. Hollis a second time. During the second operation, the plastic surgeon assisting Dr. Birch stretched the areolae of the breasts, which involved the application of light pressure to the breasts. In April, 1984, Ms. Hollis was examined by Dr. Birch, who found no problems with the breasts. On May 15, 1984, Ms. Hollis started a baker's course, which involved heavy upper body and arm movements.

Le 21 octobre 1983, M^{me} Hollis a subi une intervention chirurgicale consistant en l'implantation de deux prothèses mammaires de silicone Silastic au Kelowna General Hospital de Kelowna (C.-B.). Il s'agissait de prothèses Silastic [TRADUCTION] «remplies de gel, de forme discrète et au contour sphérique», lesquelles avaient été fabriquées par l'appelante Dow et achetées par le D^r Birch à Dow Canada, l'agent canadien de Dow. Ces prothèses sont vendues uniquement à des médecins ou à des établissements médicaux et ne sont pas directement accessibles au public. L'opération s'est bien déroulée et M^{me} Hollis s'est rétablie normalement. Au printemps 1984 cependant, l'anormalité était réapparue. Le D^r Birch a donc opéré M^{me} Hollis une deuxième fois. Pendant cette deuxième opération, le plasticien qui assistait le D^r Birch a pratiqué l'extension de l'aréole par application d'une légère pression sur les seins. En avril 1984, M^{me} Hollis a été examinée par le D^r Birch, lequel n'a diagnostiqué aucun problème. Le 15 mai 1984, elle a commencé à suivre un cours de boulangerie qui l'obligeait à remuer énergiquement le torse et les bras.

6 In January, 1985, Ms. Hollis noticed a lump in her right breast, and began to feel pain there as well as in her right side. Concerned that the lump might be related to the implant, she went to see Dr. Quayle, another plastic surgeon, who referred her to Dr. Turner, an expert in breast surgery. Dr. Turner concluded that the lump was likely related to the downward slippage of the implants, although he noted that it could represent an area of benign breast disease. Dr. Turner recommended the removal of the implants. On January 29, 1985, Ms. Hollis was again examined by Dr. Quayle. He noted a degree of fullness in the right lower breast. She complained that her right side was becoming very painful.

En janvier 1985, M^{me} Hollis a remarqué la présence d'une masse au sein droit et a commencé à ressentir une douleur dans cette région ainsi qu'au côté droit. Pensant que la masse pouvait être reliée à la prothèse, elle est allée consulter le D^r Quayle, un autre plasticien, qui l'a renvoyée à un expert en chirurgie mammaire, le D^r Turner. Ce dernier a conclu que la masse était vraisemblablement reliée au glissement vers le bas des prothèses, tout en notant qu'il pouvait s'agir d'une maladie mammaire bénigne. Le D^r Turner a recommandé le retrait des prothèses. Le 29 janvier 1985, M^{me} Hollis a été examinée à nouveau par le D^r Quayle. Celui-ci a remarqué une certaine densité de la partie inférieure du sein droit. Madame Hollis s'est plainte que son côté droit était très douloureux.

On March 19, 1985, Dr. Quayle operated to remove the implants. He discovered that the left implant was intact but that the right implant had ruptured, causing irritation to the walls of the cavity in the right breast where the gel had come into contact with the tissue. The silicone gel from the right implant was lying in the breast cavity, which was red and swollen. Dr. Quayle removed the gel with sponges but was unable to find the silicone envelope that had surrounded the gel when the implant was originally inserted. Dr. Quayle did not preserve the gel for analysis, but returned the left implant to Ms. Hollis. The cause of the rupture of the implant in the right breast remains unknown.

After the removal of the breast implants, Ms. Hollis' physical condition worsened. Between May 1985 and February 1987, she continued to experience pain in her right breast and armpit and once again developed lumps in her right breast. The pain was especially severe when she raised her right arm and when she was busy at work. During that time, she met with several doctors and underwent numerous tests. On February 3, 1987, Dr. A. D. Courtemanche, a plastic surgeon, operated on Ms. Hollis and found a tender elongated mass in both lower quadrants of her right breast, which he thought was probably a remnant of the breast implant, although he did not find any silicone in the right breast. On June 10, 1987, Dr. Courtemanche performed a subcutaneous mastectomy on both breasts. For cosmetic purposes, Ms. Hollis elected to have Dr. Courtemanche implant two Dow Silastic II implants. These implants were of a different model and make-up than the original Silastic implants.

The subcutaneous mastectomy was successful, and Ms. Hollis has suffered no further complications since 1987. However, there is still residual scarring around the breasts and Ms. Hollis maintains a lingering belief that the ruptured envelope remains somewhere inside her body. She is worried that the new implants will break if she does routine exercises or returns to any vigorous job such as baking. These concerns have caused Ms.

7
Le 19 mars 1985, le Dr Quayle a procédé à l'enlèvement chirurgical des prothèses. Il a découvert que la prothèse gauche était intacte mais qu'il y avait eu rupture de la prothèse droite, ce qui avait causé une irritation des parois de la cavité mammaire droite où le gel était entré en contact avec les tissus. Le gel de silicone de la prothèse droite était répandu dans la cavité mammaire, qui était rouge et enflée. Le Dr Quayle a enlevé le gel à l'aide d'éponges mais n'a pu trouver l'enveloppe de silicone qui entourait l'implant à l'origine. Il n'a pas gardé le gel pour le faire analyser, mais a remis la prothèse gauche à M^{me} Hollis. La cause de la rupture de l'implant dans le sein droit demeure inconnue.

8
Après l'enlèvement des prothèses mammaires, l'état de M^{me} Hollis s'est détérioré. Entre mai 1985 et février 1987, elle a continué à ressentir une douleur à l'aisselle droite de même qu'au sein droit où des masses sont à nouveau apparues. La douleur se faisait particulièrement sentir lorsqu'elle levait le bras droit et qu'elle s'affairait au travail. À cette époque, elle a consulté plusieurs médecins et subi de nombreux tests. Au cours d'une intervention pratiquée le 3 février 1987, le Dr A. D. Courtemanche, plasticien, a découvert une masse allongée sensible dans les deux quadrants inférieurs du sein droit; il a estimé qu'il s'agissait probablement d'un reste de l'implant mammaire, bien qu'il n'ait trouvé aucune trace de silicone dans le sein droit. Le 10 juin 1987, le Dr Courtemanche a procédé à une mastectomie sous-cutanée bilatérale. Pour des raisons d'esthétique, M^{me} Hollis a accepté l'implantation de deux prothèses Silastic II de Dow, d'une forme et d'un modèle différents des prothèses originales.

9
La mastectomie sous-cutanée a bien réussi et M^{me} Hollis n'a pas connu d'autres complications depuis 1987. Toutefois, elle a des cicatrices résiduelles aux seins et elle a toujours l'impression que l'enveloppe rompue est restée quelque part dans son organisme. Elle craint de briser ses nouvelles prothèses en faisant de simples exercices ou un travail demandant un effort soutenu comme la boulangerie. En raison de ces préoccupations, elle

Hollis to suffer depression, for which she has received psychiatric help.

a souffert d'une dépression pour laquelle elle a reçu des traitements psychiatriques.

10 Ms. Hollis brought action in 1989 against Dow, Dow's Canadian agent, Dr. Birch and Dr. Quayle. The claim against Dow was for negligence in the manufacture of the implant placed in her right breast and, alternatively, for failure of a duty to give adequate warning to the medical profession or the public of the possibility that the implants could rupture. The claim against Dow's agent was for failure to warn about the possibility that the implant might rupture. The claims against Dr. Birch were for negligent advice and negligent surgery with respect to the original implants, as well as a claim, under the *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1979, c. 370, that he sold her the implants when they were not fit for their intended purpose. The claims against Dr. Quayle were for negligence in failing to operate and remove the implants promptly when he discovered there might be a defect, and for failing to remove all the remnants of the gel from her right breast.

En 1989, M^{me} Hollis a intenté une action contre Dow, son agent canadien, le D^r Birch et le D^r Quayle. Elle y a allégué la négligence de Dow dans la fabrication de la prothèse implantée dans son sein droit et, subsidiairement, le manquement à son obligation de mettre adéquatement en garde le corps médical ou le public contre la possibilité de rupture des implants. Contre l'agent de Dow, elle a invoqué l'absence de mise en garde quant à la possibilité de rupture. Contre le D^r Birch, elle a allégué la négligence dont il aurait fait preuve dans les conseils qu'il lui a donnés avant l'opération et dans l'implantation des premières prothèses, ainsi que la contravention à la *Sale of Goods Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 370, pour vente de prothèses impropres à la fin à laquelle elles étaient destinées. Quant au D^r Quayle, elle lui a reproché d'avoir été négligent en tardant à l'opérer pour lui enlever les implants lorsqu'il a découvert qu'il pouvait y avoir un défaut, et en omettant d'enlever tous les résidus de gel dans son sein droit.

Judgments of the Courts Below

British Columbia Supreme Court, [1990] B.C.J. No. 1059 (Bouck J.)

Les juridictions inférieures

La Cour suprême de la Colombie-Britannique, [1990] B.C.J. No. 1059 (le juge Bouck)

11 Bouck J. found Dow liable to Ms. Hollis for negligently manufacturing the Silastic implants. He proceeded on the basis that there were four possible causes of the rupture: (i) an act or omission by Dr. Birch in inserting the implant; (ii) an act or omission by Dr. Quayle in removing the implant; (iii) external trauma to the implant during the time it was in Ms. Hollis' body; and (iv) an inadequacy in the design or manufacture of the implant. He made findings of fact that eliminated all causes of rupture except faulty manufacturing and, on that basis, reasoned that Dow was negligent either by inference or through the application of the doctrine of *res ipsa loquitur*. He stated:

Le juge Bouck a conclu à la responsabilité de Dow envers M^{me} Hollis pour négligence dans la fabrication des prothèses Silastic. À son avis, la rupture pouvait être attribuable à quatre causes: (i) un acte ou une omission du D^r Birch dans l'implantation de la prothèse, (ii) un acte ou une omission du D^r Quayle au moment du retrait de la prothèse, (iii) un traumatisme externe qu'aurait subi la prothèse alors qu'elle était dans le corps de M^{me} Hollis, et (iv) un défaut dans la conception ou la fabrication de la prothèse. Les conclusions de fait qu'il a tirées l'ont amené à éliminer toutes les causes de rupture sauf la fabrication fautive et, sur ce fondement, il a estimé que la négligence de Dow pouvait s'établir soit par inférence soit par application de la maxime *res ipsa loquitur*. Il s'est exprimé en ces termes:

I already found Dr. Birch took proper care to ensure the prosthesis remained undamaged from the time he took possession of it until he finished the surgical implantation. There is no evidence Dr. Quayle punctured the envelope when he removed it from the right breast of Miss Hollis. All the evidence is to the effect the implant ruptured at some earlier time. Nor is there anything to indicate Miss Hollis intentionally or unintentionally abused the implant in any way. She made use of it in the normal manner contemplated by Dow Corporation. All of these findings rebut the defendants' suggestion that the implant was damaged by others who had control of it, thus allowing the application of the doctrine of *res ipsa loquitur*.

Bouck J. drew further support for his conclusion from the fact that Dow had "replaced" the Silastic implant during the mid-1980s with the thicker and more durable Silastic II model. He observed that Dow had introduced the Silastic II "to counteract that defect in the earlier Silastic implant" and in response to 78 field reports Dow had received between 1975 and 1984 of unexplained ruptures in the Silastic implants. This, he reasoned, "is a piece of evidence from which an inference of negligence can be drawn".

Having found Dow liable for negligent manufacture, Bouck J. did not proceed to address Ms. Hollis' subsidiary claim that Dow had breached its duty to warn Ms. Hollis or the medical profession of the possibility of post-surgical implant rupture.

Bouck J. dismissed the actions against Dow Canada, Dr. Birch and Dr. Quayle. With respect to the claim against Dr. Birch, he found that Dr. Birch had not fallen below the standard of care for doctors in 1983, when he performed the surgery on Ms. Hollis, because the possibility of rupture of gel-filled implants was neither well-known to the medical community in 1983 nor prevalent in the medical literature. With respect to the claim against Dr. Quayle, Bouck J. found no evidence of negligence, and concluded that Dr. Quayle had followed the correct medical procedures throughout. With respect to the claim against Dow Canada, he

[TRADUCTION] J'ai déjà conclu que le Dr Birch a pris les mesures appropriées pour garder la prothèse intacte depuis le moment où il a en pris possession jusqu'à la fin de l'implantation chirurgicale. Rien ne permet de croire que le Dr Quayle ait perforé l'enveloppe lorsqu'il l'a retirée du sein droit de M^{me} Hollis. Tous les éléments de preuve tendent à établir que la rupture de l'implant s'est produite antérieurement. Rien non plus n'indique que M^{me} Hollis ait de quelque façon, intentionnellement ou non, utilisé la prothèse de façon abusive. Elle l'a utilisée de la façon normale prévue par la société Dow. Toutes ces conclusions tendent à réfuter l'argument de la défenderesse selon lequel l'implant a été endommagé par des tiers qui en avaient le contrôle, permettant ainsi l'application de la maxime *res ipsa loquitur*.

Le juge Bouck a estimé que sa conclusion se trouvait renforcée du fait qu'au milieu des années 1980 Dow avait «remplacé» la prothèse Silastic par la prothèse Silastic II, plus épaisse et plus durable. Il a fait observer que Dow avait introduit la prothèse Silastic II [TRADUCTION] «pour remédier au défaut de la prothèse Silastic précédente» et en réponse aux 78 rapports d'utilisation qu'elle avait reçus entre 1975 et 1984 concernant des ruptures inexplicables de prothèses Silastic. C'est là, a-t-il estimé, [TRADUCTION] «un élément de preuve à partir duquel on peut inférer la négligence».

Ayant conclu à la responsabilité de Dow pour négligence dans la fabrication de la prothèse, le juge Bouck n'a pas examiné le moyen subsidiaire invoqué par M^{me} Hollis, soit le manquement de la société à son devoir de la mettre en garde, elle ou le corps médical, contre la possibilité d'une rupture postopératoire.

Le juge Bouck a rejeté les actions intentées contre Dow Canada, le Dr Birch et le Dr Quayle. En ce qui concerne le Dr Birch, il a conclu que l'intervention qu'il a pratiquée sur M^{me} Hollis n'était pas inférieure à la norme de diligence que devaient respecter les médecins en 1983, parce que la possibilité de rupture des prothèses remplies de gel n'était pas bien connue du corps médical à cette époque ni évoquée couramment dans les publications médicales. En ce qui concerne le Dr Quayle, le juge Bouck n'a retenu contre lui aucune preuve de négligence et a conclu qu'il avait suivi les procédures médicales appropriées. Pour ce qui est de

12

13

found that Dow Canada did not breach its duty to warn consumers or doctors about the risk of rupture because it was only a sales agent; he further found that it did not contribute any technical knowledge to the production of the product, and therefore had insufficient knowledge in 1983 that the implants were defectively manufactured.

British Columbia Court of Appeal (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 1 (Prowse J.A., McEachern C.J.B.C., Southin J.A.)

Dow Canada, il a estimé qu'elle n'avait pas manqué à son devoir de mettre les consommateurs ou les médecins en garde contre le risque de rupture puisqu'elle n'était qu'un simple agent de vente; il a ajouté que, n'ayant fourni aucune connaissance technique dans la fabrication du produit, elle ne pouvait être au courant en 1983 du défaut de fabrication des prothèses.

La Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 81 B.C.L.R. (2d) 1 (le juge Prowse, le juge en chef McEachern et le juge Southin)

14 A majority of the Court of Appeal dismissed Dow's appeal from Bouck J.'s finding of liability by Dow, but allowed Ms. Hollis' appeal from Bouck J.'s dismissal of the action against Dr. Birch, ordering a new trial solely to resolve the question of Dr. Birch's liability to Ms. Hollis.

La Cour d'appel a rejeté à la majorité l'appel de Dow contre le jugement du juge Bouck retenant sa responsabilité, mais elle a accueilli l'appel de M^{me} Hollis contre le rejet de l'action intentée contre le Dr Birch, ordonnant un nouveau procès uniquement pour trancher la question de la responsabilité de ce dernier envers M^{me} Hollis.

15 With respect to Dow's appeal, the Court of Appeal was unanimous in ruling that Bouck J. had erred in drawing an inference of negligence against Dow, finding that he had based his decision upon two erroneous factual findings: first, that the Silastic II implant "replaced" the Silastic I during the 1980s, when these two products in fact shared the market from mid-1983 until late 1987 and, second, that the evidence adduced at trial eliminated Ms. Hollis as a possible cause of the rupture. However, Prowse J.A., writing for a majority of the Court of Appeal on this issue (McEachern C.J.B.C. concurring), dismissed the appeal on the ground that Dow had failed to provide either Ms. Hollis or Dr. Birch with adequate warnings of the risk of post-surgical implant rupture arising from ordinary, non-traumatic, human activities.

Concernant l'appel de Dow, la Cour d'appel a unanimement conclu que le juge Bouck avait commis une erreur en inférant la négligence de la société, estimant qu'il avait fondé sa décision sur deux conclusions de fait erronées: d'abord en disant que la prothèse Silastic II avait «remplacé» la prothèse Silastic I dans les années 1980 alors qu'en fait les deux produits se sont partagé le marché du milieu de 1983 à la fin de 1987, puis en affirmant que les éléments de preuve présentés à l'audience éliminaient la possibilité que M^{me} Hollis ait pu elle-même causer la rupture. Toutefois, le juge Prowse, qui a rédigé le jugement majoritaire sur cette question (avec l'appui du juge en chef McEachern), a rejeté l'appel pour le motif que Dow avait omis de mettre adéquatement en garde M^{me} Hollis ou le Dr Birch contre le risque d'une rupture postopératoire résultant d'activités humaines ordinaires, non traumatiques.

16 Although Bouck J. declined to rule on the duty to warn issue, Prowse J.A. found there was sufficient evidence adduced at trial to substantiate Ms. Hollis' claim. In particular, Prowse J.A. found it significant that Dow had received reports of between 77 and 81 "unexplained" post-surgical implant ruptures during the period from 1975 to 1984, the majority of which were received prior to

Bien que le juge Bouck ait refusé de trancher la question de l'obligation de mise en garde, le juge Prowse a estimé que les éléments de preuve présentés au procès suffisaient à étayer la prétention de M^{me} Hollis. En particulier, le juge Prowse a qualifié de significatif le fait que Dow a reçu des rapports faisant état de 77 à 81 cas de rupture postopératoire «inexpliquée» des implants pour la

1984, yet failed to warn the medical community until 1985 that the life expectancy of any implant was unpredictable and that an implant could rupture for a variety of reasons, including normal use. Prowse J.A. also ruled that Dow's breach of its duty to warn was the cause of Ms. Hollis' injuries, finding that a reasonable woman in Ms. Hollis' position would not have consented to the surgery in the face of an adequate warning. In support of this conclusion, Prowse J.A. observed that the surgery on Ms. Hollis was not medically necessary and that, in contrast to many women who consent to breast implant surgery, Ms. Hollis was not "pre-sold" when she first went to see Dr. Birch.

Southin J.A. dissented with respect to the duty to warn, observing, at p. 34, that Bouck J.'s failure to rule on this issue had created an "absence of findings on crucial issues of fact". Southin J.A. also ruled (McEachern C.J.B.C. concurring) that a new trial was necessary to resolve the question of Dr. Birch's liability. Southin J.A. decided that Bouck J. had erred in concluding that Dr. Birch did not have knowledge of the risk of rupture in 1983, but concluded that a new trial was necessary to determine whether that risk was material and whether its non-disclosure caused Ms. Hollis' injury. Prowse J.A. dissented on this issue, deciding that Dr. Birch had knowledge of the risk in 1983 and, as a result, found him liable for negligently failing to warn Ms. Hollis of the risk of implant rupture.

Analysis

The sole issue raised in this appeal is whether the Court of Appeal erred in finding Dow liable to the respondent Ms. Hollis for failing adequately to warn the implanting surgeon, Dr. Birch, of the risk of a post-surgical implant rupture inside Ms. Hollis' body. The appellant Dow does not contest Bouck J.'s factual finding that Ms. Hollis' seven-

période allant de 1975 à 1984, dont la majorité ont été reçus avant 1984, et qu'elle a omis jusqu'en 1985 d'avertir le corps médical qu'il était impossible de prédire la durée de vie de la prothèse et qu'une rupture pouvait survenir pour un certain nombre de raisons, y compris l'usage normal. Elle a également conclu que le manquement de Dow à son devoir de mise en garde était la cause du préjudice subi par M^{me} Hollis, étant donné qu'une femme raisonnable dans sa situation n'aurait pas, en présence d'une mise en garde adéquate, consenti à l'intervention. À l'appui de sa conclusion, le juge Prowse a fait observer que l'intervention qu'a subie M^{me} Hollis n'était pas médicalement nécessaire et que, contrairement à de nombreuses femmes qui consentent à l'implantation mammaire, celle-ci n'était pas «déjà vendue» à cette idée lors de sa première rencontre avec le Dr Birch.

Le juge Southin a inscrit sa dissidence sur la question de l'obligation de mise en garde, soulignant, à la p. 34, que le refus du juge Bouck de trancher à cet égard avait entraîné une [TRADUCTION] «absence de conclusions sur des questions de fait cruciales». Elle a également conclu (avec l'appui du juge en chef McEachern) à la nécessité d'un nouveau procès pour résoudre la question de la responsabilité du Dr Birch. Estimant que le juge Bouck avait commis une erreur en concluant que le Dr Birch ne connaissait pas le risque de rupture en 1983, elle s'est néanmoins prononcée en faveur de la tenue d'un nouveau procès pour déterminer l'importance de ce risque et décider si sa non-divulgaration a causé le préjudice subi par M^{me} Hollis. Dissidente sur ce point, le juge Prowse a conclu que le Dr Birch connaissait le risque en 1983 et, en conséquence, l'a tenu responsable pour avoir négligemment omis de mettre M^{me} Hollis en garde contre le risque de rupture de la prothèse.

Analyse

La seule question soulevée dans le présent pourvoi est celle de savoir si la Cour d'appel a commis une erreur en tenant Dow responsable envers l'intimée M^{me} Hollis pour n'avoir pas adéquatement mis en garde le chirurgien ayant pratiqué l'implantation, le Dr Birch, contre le risque de rupture post-opératoire de l'implant dans l'organisme de la

year surgical ordeal caused her great physical and psychological pain, residual scarring on her breasts, and a loss of past and future income. However, Dow submits that it was not responsible for Ms. Hollis' injuries. In support of this submission, Dow argues, first, that the warning it gave Dr. Birch was adequate and sufficient to satisfy its duty to Ms. Hollis, and second, that even if it did breach its duty to warn Ms. Hollis, this breach was not the proximate cause of her injuries.

patiente. L'appelante Dow ne conteste pas que les sept années de supplice chirurgical qu'a subies M^{me} Hollis lui ont causé de grandes souffrances physiques et psychologiques, des cicatrices résiduelles sur les seins ainsi qu'une perte de revenus passés et futurs. Elle soutient toutefois qu'elle n'est pas responsable du préjudice ainsi subi. À l'appui de sa prétention, elle fait valoir, en premier lieu, que la mise en garde qu'elle a donnée au Dr Birch était adéquate et suffisante pour satisfaire à son obligation envers M^{me} Hollis et, en second lieu, que même si elle a manqué à son devoir de mise en garde envers M^{me} Hollis, ce manquement n'est pas la cause immédiate du préjudice.

19

For the reasons that follow, it is my view that the Court of Appeal reached the correct conclusion and that the appeal should be dismissed. Since Dow does not challenge the trial judge's findings concerning Ms. Hollis' injuries, I will concentrate on the issues of duty and causation which form the basis for Dow's submissions in this appeal. In the first part of these reasons, I will address the question whether Dow breached its duty to warn, and the related question whether Dow can rely on the so-called "learned intermediary" rule to absolve itself of liability. In the second part, I will consider whether Dow's failure to warn was a proximate cause of Ms. Hollis' injuries.

Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis que la Cour d'appel a tiré la bonne conclusion et qu'il convient de rejeter le pourvoi. Étant donné que Dow ne conteste pas les conclusions du juge de première instance relativement au préjudice qu'a subi M^{me} Hollis, je concentrerai mon attention sur les questions de l'obligation et de la cause qui constituent en l'espèce le fondement de l'argumentation de Dow. En première partie, j'aborderai la question du manquement à l'obligation de mise en garde et la question connexe du recours à la règle dite de l'«intermédiaire compétent» comme moyen d'exonération de la responsabilité de Dow. En seconde partie, j'examinerai la question de savoir si l'absence de mise en garde de la part de Dow a été une cause immédiate du préjudice subi par M^{me} Hollis.

1. *Dow's Duty to Warn and the "Learned Intermediary" Rule*

(a) The General Principles

(i) *The Duty to Warn*

1. *L'obligation de mise en garde incombant à Dow et la règle de l'«intermédiaire compétent»*

a) Les principes généraux

(i) *L'obligation de mise en garde*

20

It is well established in Canadian law that a manufacturer of a product has a duty in tort to warn consumers of dangers inherent in the use of its product of which it has knowledge or ought to have knowledge. This principle was enunciated by Laskin J. (as he then was), for the Court, in *Lambert v. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] S.C.R. 569, at p. 574, where he stated:

Il est bien établi en droit de la responsabilité délictuelle au Canada que le fabricant d'un produit a le devoir de mettre les consommateurs en garde contre les dangers inhérents à son utilisation, dont il est ou devrait être au courant. Ce principe a été énoncé au nom de notre Cour par le juge Laskin (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Lambert c. Lastoplex Chemicals Co.*, [1972] R.C.S. 569, à la p. 574:

Manufacturers owe a duty to consumers of their products to see that there are no defects in manufacture which are likely to give rise to injury in the ordinary course of use. Their duty does not, however, end if the product, although suitable for the purpose for which it is manufactured and marketed, is at the same time dangerous to use; and if they are aware of its dangerous character they cannot, without more, pass the risk of injury to the consumer.

The duty to warn is a continuing duty, requiring manufacturers to warn not only of dangers known at the time of sale, but also of dangers discovered after the product has been sold and delivered; see *Rivtow Marine Ltd. v. Washington Iron Works*, [1974] S.C.R. 1189, at p. 1200, *per* Ritchie J. All warnings must be reasonably communicated, and must clearly describe any specific dangers that arise from the ordinary use of the product; see, for example, *Setrakov Construction Ltd. v. Winder's Storage & Distributors Ltd.* (1981), 11 Sask. R. 286 (C.A.); *Meilleur v. U.N.I.-Crete Canada Ltd.* (1985), 32 C.C.L.T. 126 (Ont. H.C.); *Skelhorn v. Remington Arms Co.* (1989), 69 Alta. L.R. (2d) 298 (C.A.); *McCain Foods Ltd. v. Grand Falls Industries Ltd.* (1991), 116 N.B.R. (2d) 22 (C.A.).

The rationale for the manufacturer's duty to warn can be traced to the "neighbour principle", which lies at the heart of the law of negligence, and was set down in its classic form by Lord Atkin in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.). When manufacturers place products into the flow of commerce, they create a relationship of reliance with consumers, who have far less knowledge than the manufacturers concerning the dangers inherent in the use of the products, and are therefore put at risk if the product is not safe. The duty to warn serves to correct the knowledge imbalance between manufacturers and consumers by alerting consumers to any dangers and allowing them to make informed decisions concerning the safe use of the product.

The nature and scope of the manufacturer's duty to warn varies with the level of danger entailed by the ordinary use of the product. Where significant

Les fabricants sont tenus, envers ceux qui utilisent leurs produits, de voir à ce qu'il n'y ait aucun vice de fabrication susceptible de causer des dommages au cours d'une utilisation normale. Toutefois, leur devoir ne s'arrête pas là si le produit, bien que satisfaisant aux besoins pour lesquels il est fabriqué et commercialisé, est en même temps dangereux à utiliser; et s'ils savent qu'il s'agit d'un produit dangereux, ils ne peuvent pas simplement laisser le consommateur exposé au risque de blessures.

L'obligation de mise en garde est une obligation constante, qui oblige les fabricants à prévenir les utilisateurs non seulement des dangers connus au moment de la vente, mais également de ceux qui sont découverts après l'achat et la livraison du produit; voir *Rivtow Marine Ltd. c. Washington Iron Works*, [1974] R.C.S. 1189, à la p. 1200, le juge Ritchie. Toutes les mises en garde doivent être communiquées de façon raisonnable et doivent exposer clairement les dangers précis découlant de l'utilisation normale du produit; voir, à titre d'exemples, *Setrakov Construction Ltd. c. Winder's Storage & Distributors Ltd.* (1981), 11 Sask. R. 286 (C.A.); *Meilleur c. U.N.I.-Crete Canada Ltd.* (1985), 32 C.C.L.T. 126 (H.C. Ont.); *Skelhorn c. Remington Arms Co.* (1989), 69 Alta. L.R. (2d) 298 (C.A.); *McCain Foods Ltd. c. Grand Falls Industries Ltd.* (1991), 116 R.N.-B. (2^e) 22 (C.A.).

L'obligation de mise en garde incombant au fabricant prend sa source dans le «principe du prochain», fondement même du droit de la négligence auquel lord Atkin a donné sa forme classique dans l'arrêt *Donoghue c. Stevenson*, [1932] A.C. 562 (H.L.). Lorsqu'un fabricant met un produit sur le marché, il crée une relation de confiance avec les consommateurs qui sont beaucoup moins au fait des dangers inhérents à son utilisation et courent donc un risque s'il n'est pas sécuritaire. L'obligation de mise en garde vient corriger le déséquilibre des connaissances entre le fabricant et les consommateurs en prévenant ces derniers de l'existence d'un danger et en leur permettant de prendre des décisions éclairées concernant l'utilisation sécuritaire du produit.

La nature et l'étendue de l'obligation de mise en garde incombant au fabricant varient selon le danger découlant de l'utilisation normale du produit.

dangers are entailed by the ordinary use of the product, it will rarely be sufficient for manufacturers to give general warnings concerning those dangers; the warnings must be sufficiently detailed to give the consumer a full indication of each of the specific dangers arising from the use of the product. This was made clear by Laskin J. in *Lambert, supra*, where this Court imposed liability on the manufacturer of a fast-drying lacquer sealer who failed to warn of the danger of using the highly explosive product in the vicinity of a furnace pilot light. The manufacturer in *Lambert* had placed three different labels on its containers warning of the danger of inflammability. The plaintiff, an engineer, had read the warnings before he began to lacquer his basement floor and, in accordance with the warnings, had turned down the thermostat to prevent the furnace from turning on. However, he did not turn off the pilot light, which caused the resulting fire and explosion. Laskin J. found the manufacturer liable for failing to provide an adequate warning, deciding that none of the three warnings was sufficient in that none of them warned specifically against leaving pilot lights on near the working area. At pages 574-75, he stated:

Where manufactured products are put on the market for ultimate purchase and use by the general public and carry danger (in this case, by reason of high inflammability), although put to the use for which they are intended, the manufacturer, knowing of their hazardous nature, has a duty to specify the attendant dangers, which it must be taken to appreciate in a detail not known to the ordinary consumer or user. A general warning, as for example, that the product is inflammable, will not suffice where the likelihood of fire may be increased according to the surroundings in which it may reasonably be expected that the product will be used. The required explicitness of the warning will, of course, vary with the danger likely to be encountered in the ordinary use of the product.

Si l'utilisation ordinaire présente des dangers importants, une mise en garde générale sera rarement suffisante; elle devra au contraire être suffisamment détaillée pour donner au consommateur une indication complète des dangers précis que présente l'utilisation du produit. C'est l'opinion qu'a clairement exprimée le juge Laskin dans l'arrêt *Lambert*, précité, où notre Cour a tenu le fabricant d'un bouche-pores à séchage rapide responsable de n'avoir pas fait de mise en garde contre le danger d'utiliser le produit hautement explosif à proximité de la veilleuse d'une fournaise. Dans cette affaire, le fabricant avait apposé sur ses contenants trois étiquettes différentes où figurait une mise en garde contre le danger d'inflammabilité. Le demandeur, qui était ingénieur, avait lu les mises en garde avant de commencer à étendre le bouche-pores sur le plancher de son sous-sol et, conformément à ce qu'elles préconisaient, il avait baissé le thermostat pour éviter que la fournaise se mette à fonctionner. Cependant il n'avait pas éteint la veilleuse, ce qui a causé un incendie et une explosion. Le juge Laskin a tenu le fabricant responsable pour n'avoir pas fait de mise en garde adéquate: à son avis, aucune des trois mises en garde n'était suffisamment précises en ce qu'elles ne disaient pas expressément que des veilleuses ne devaient pas être laissées allumées près de l'endroit où le travail était effectué. Il a dit ceci, aux pp. 574 et 575:

Lorsque des produits fabriqués sont mis sur le marché pour être finalement achetés et utilisés par le grand public et qu'ils sont dangereux (en l'espèce, à cause de la grande inflammabilité du produit), même utilisés pour les fins auxquelles ils sont destinés, le fabricant est tenu, connaissant le risque, de préciser les dangers concomitants, car il faut présumer qu'il est plus apte à apprécier ces dangers que le consommateur ou l'utilisateur ordinaire. Un avertissement général, par exemple, l'avertissement que le produit est inflammable, ne suffit pas lorsque les probabilités d'incendie peuvent s'accroître en présence des conditions dans lesquelles on peut raisonnablement s'attendre que le produit sera utilisé. Les détails nécessaires dans l'avertissement dépendront évidemment des dangers susceptibles d'être courus au cours d'une utilisation normale du produit.

In the case of medical products such as the breast implants at issue in this appeal, the standard

Dans le cas de produits médicaux comme les prothèses mammaires en cause dans le présent

of care to be met by manufacturers in ensuring that consumers are properly warned is necessarily high. Medical products are often designed for bodily ingestion or implantation, and the risks created by their improper use are obviously substantial. The courts in this country have long recognized that manufacturers of products that are ingested, consumed or otherwise placed in the body, and thereby have a great capacity to cause injury to consumers, are subject to a correspondingly high standard of care under the law of negligence; see *Shandloff v. City Dairy*, [1936] 4 D.L.R. 712 (Ont. C.A.), at p. 719; *Arendale v. Canada Bread Co.*, [1941] 2 D.L.R. 41 (Ont. C.A.), at pp. 41-42; *Zeppa v. Coca-Cola Ltd.*, [1955] 5 D.L.R. 187 (Ont. C.A.), at pp. 191-93; *Rae and Rae v. T. Eaton Co. (Maritimes) Ltd.* (1961), 28 D.L.R. (2d) 522 (N.S.S.C.), at p. 535; *Heimler v. Calvert Caterers Ltd.* (1975), 8 O.R. (2d) 1 (C.A.), at p. 2. Given the intimate relationship between medical products and the consumer's body, and the resulting risk created to the consumer, there will almost always be a heavy onus on manufacturers of medical products to provide clear, complete and current information concerning the dangers inherent in the ordinary use of their product.

I pause at this point to observe that there is an important analogy to be drawn in this context between the manufacturer's duty to warn and the doctrine of "informed consent" developed by this Court in recent years with respect to the doctor-patient relationship. In *Hopp v. Lepp*, [1980] 2 S.C.R. 192, at pp. 195-96, 210, and *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, at pp. 884-85, this Court decided that physicians have a duty, without being questioned, to disclose to a patient the material risks of a proposed procedure, its gravity, and any special or unusual risks, including risks with a low probability of occurrence, attendant upon the performance of the procedure; see also *Ciarlariello v. Schacter*, [1993] 2 S.C.R. 119. The principle underlying "informed consent", as Laskin C.J. explained in *Hopp, supra*, at p. 196, is

pourvoi, la norme de diligence à laquelle les fabricants doivent satisfaire en matière de mise en garde adéquate des consommateurs est forcément élevée. Les produits médicaux sont souvent conçus pour être ingérés par l'organisme ou y être implantés, et les risques découlant d'un usage impropre sont de toute évidence importants. Les tribunaux de notre pays reconnaissent depuis longtemps que les fabricants de produits destinés à être ingérés ou consommés par l'organisme ou à y être autrement placés, et donc fortement susceptibles de causer des dommages aux consommateurs, sont en conséquence soumis à une norme de diligence élevée au regard du droit de la négligence; voir *Shandloff c. City Dairy*, [1936] 4 D.L.R. 712 (C.A. Ont.), à la p. 719; *Arendale c. Canada Bread Co.*, [1941] 2 D.L.R. 41 (C.A. Ont.), aux pp. 41 et 42; *Zeppa c. Coca-Cola Ltd.*, [1955] 5 D.L.R. 187 (C.A. Ont.), aux pp. 191 à 193; *Rae and Rae c. T. Eaton Co. (Maritimes) Ltd.* (1961), 28 D.L.R. (2d) 522 (C.S.N.-É.), à la p. 535; *Heimler c. Calvert Caterers Ltd.* (1975), 8 O.R. (2d) 1 (C.A.), à la p. 2. Étant donné la relation intime entre les produits médicaux et l'organisme du consommateur, et le risque concomitant pour le consommateur, les fabricants de ce type de produits assumeront presque toujours la lourde charge de fournir des renseignements clairs, complets et à jour concernant les dangers inhérents à l'utilisation normale de leurs produits.

Je fais ici une pause pour souligner l'importante analogie qui existe dans ce contexte entre l'obligation de mise en garde incombant au fabricant et la théorie du «consentement éclairé» que notre Cour a élaborée ces dernières années en regard de la relation entre le médecin et son patient. Dans *Hopp c. Lepp*, [1980] 2 R.C.S. 192, aux pp. 195, 196 et 210, et *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, aux pp. 884 et 885, notre Cour a décidé que le médecin avait l'obligation, sans qu'on le questionne à ce sujet, de divulguer à son patient les risques importants que comporte l'intervention envisagée, sa gravité, et les risques particuliers ou inhabituels, y compris les risques dont la survenance est peu probable; voir également *Ciarlariello c. Schacter*, [1993] 2 R.C.S. 119. Comme l'a expliqué le juge en chef Laskin dans *Hopp*, précité, à la p. 196, le

the “right of a patient to decide what, if anything, should be done with his body”; see also *Schloendorff v. Society of New York Hospital*, 105 N.E. 92 (N.Y.C.A. 1914), per Cardozo J. The doctrine of “informed consent” dictates that every individual has a right to know what risks are involved in undergoing or foregoing medical treatment and a concomitant right to make meaningful decisions based on a full understanding of those risks. As Robinson J. observed in *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972), at p. 780:

True consent to what happens to one’s self is the informed exercise of a choice, and that entails an opportunity to evaluate knowledgeably the options available and the risks attendant upon each. The average patient has little or no understanding of the medical arts, and ordinarily has only his physician to whom he can look for enlightenment with which to reach an intelligent decision. From these almost axiomatic considerations springs the need, and in turn the requirement, of a reasonable divulgence by physician to patient to make such a decision possible.

25

In my view, the principles underlying the doctrine of “informed consent” are equally, if not more, applicable to the relationship between manufacturers of medical products and consumers than to the doctor-patient relationship. The doctrine of “informed consent” was developed as a judicial attempt to redress the inequality of information that characterizes a doctor-patient relationship. An even greater relationship of inequality pertains both between the manufacturer of medical products and the consumer and, to a lesser degree, between the manufacturer and the doctor. In contrast to the doctor-patient relationship, where the patient can question the doctor with respect to the risks and benefits of particular procedures and where doctors can tailor their warnings to the needs and abilities of the individual patients, the manufacturer-consumer relationship is characterized primarily by a lack of direct communication or dialogue. This lack of dialogue between manufacturer and consumer creates, as Patricia Peppin

«consentement éclairé» repose sur un principe fondamental, savoir le «droit d’un patient de décider à quelle intervention, le cas échéant, il devrait se soumettre»; voir également *Schloendorff c. Society of New York Hospital*, 105 N.E. 92 (N.Y.C.A. 1914), le juge Cardozo. Suivant la théorie du «consentement éclairé», toute personne a le droit de connaître les risques qu’elle court en subissant un traitement médical ou en y renonçant, et le droit concomitant de prendre des décisions valables fondées sur une pleine compréhension de ces risques. Comme l’a fait observer le juge Robinson dans *Canterbury c. Spence*, 464 F.2d 772 (D.C. Cir. 1972), à la p. 780:

[TRADUCTION] Le consentement véritable consiste en l’exercice éclairé d’un choix et suppose la possibilité d’apprécier en toute connaissance de cause les options disponibles et les risques que présente chacune d’elles. Le patient moyen a peu de connaissances médicales, voire aucune, et son médecin est habituellement la seule personne vers laquelle il puisse se tourner pour obtenir les éclaircissements qui lui permettront de prendre une décision intelligente. De ces considérations presque axiomatiques découlent la nécessité et, partant, l’exigence que le médecin procède à une divulgation raisonnable des renseignements afin que le patient puisse prendre une telle décision.

À mon avis, les principes qui sous-tendent la théorie du «consentement éclairé» sont tout aussi, sinon davantage, applicables à la relation entre les fabricants de produits médicaux et les consommateurs qu’à celle existant entre le médecin et son patient. Cette théorie a été élaborée en vue de corriger judiciairement les disparités de connaissances qui caractérisent la relation médecin-patient. Une relation d’inégalité encore plus grande existe entre le fabricant de produits médicaux et le consommateur et, à un moindre degré, entre le fabricant et le médecin. Contrairement à la relation médecin-patient, où le patient peut interroger son médecin sur les risques et les avantages d’une intervention particulière et où le médecin peut ajuster ses mises en garde en fonction des besoins et des aptitudes du patient, la relation fabricant-consommateur se caractérise principalement par une absence de communication directe ou de dialogue. Cette absence de dialogue entre le fabricant et le consommateur crée, comme l’a souligné Patricia

notes in "Drug/Vaccine Risks: Patient Decision-Making and Harm Reduction in the Pharmaceutical Company Duty to Warn Action" (1991), 70 *Can. Bar Rev.* 473, at p. 474, a relationship of complete dependency between manufacturer and patient. She explains the relationship in the following terms:

The patient is dependent both on the company and on the doctor to provide sufficient information for an informed decision to be made, as well as for treatment to heal the body, prevent a disease or palliate the pain. Dependency characterizes the relationship between vulnerable patient and the experts who exercise control over the patient's bodily fate. The physician's relationship with the pharmaceutical company also exhibits a dependency of the doctor, because of his or her limited pharmaceutical knowledge, on the company's information; but the relationship is also one in which the physician is courted through the company's marketing efforts and one in which the doctor is immune from physical harm and vulnerability.

Another element of the context within which the legal principles operate is the widespread use of pharmaceutical products apparently unaccompanied by significant public knowledge of the inherent risks.

A similar observation was made by Robins J.A. in *Buchan v. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd.* (1986), 12 O.A.C. 361, which involved a suit by a woman against the Ortho pharmaceutical company after that woman had suffered a stroke from the use of Ortho's Novum oral contraceptives. In finding Ortho liable for failing to warn consumers about the risk of stroke inherent in the use of the contraceptives, Robins J.A. made the following observation, at p. 380:

As between drug manufacturer and consumer, the manufacturer is a distant commercial entity that, like manufacturers of other products, promotes its products directly or indirectly to gain consumer sales, sometimes, as in this case, accentuating value while under-emphasizing risks. Manufacturers hold an enormous informational advantage over consumers and, indeed, over most physicians. The information they provide often establishes the boundaries within which a physician deter-

Peppin dans «Drug/Vaccine Risks: Patient Decision-Making and Harm Reduction in the Pharmaceutical Company Duty to Warn Action» (1991), 70 *R. du B. can.* 473, à la p. 474, une relation de totale dépendance entre le fabricant et le patient. Voici en quels termes elle décrit cette relation:

[TRADUCTION] Le patient dépend à la fois de la compagnie et du médecin pour la divulgation des renseignements susceptibles de lui permettre de prendre une décision éclairée, de même que pour un traitement curatif, un traitement préventif ou le soulagement de la douleur. La dépendance caractérise la relation entre un patient vulnérable et les experts qui exercent un contrôle sur le sort de son organisme. La relation entre le médecin et la compagnie pharmaceutique témoigne également d'une dépendance du médecin, du fait de ses connaissances limitées en pharmacologie, à l'égard de l'information fournie par la compagnie; dans cette dernière relation toutefois, le médecin est courtisé par la compagnie qui déploie ses techniques de marketing et il n'est pas exposé à la douleur physique et à la vulnérabilité.

Le contexte dans lequel opèrent les principes juridiques comporte un autre élément, savoir l'usage répandu de produits pharmaceutiques sans apparemment que le public n'ait une connaissance significative des risques qui s'y rattachent.

Le juge Robins a fait une observation semblable dans *Buchan c. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd.* (1986), 12 O.A.C. 361, mettant en cause une femme qui avait poursuivi la compagnie pharmaceutique Ortho après avoir subi un accident cérébro-vasculaire par suite de l'utilisation des contraceptifs oraux Novum. En tenant Ortho responsable de n'avoir pas mis les consommateurs en garde contre le risque d'accident cérébro-vasculaire inhérent à l'utilisation des contraceptifs, le juge Robins a fait remarquer, à la p. 380:

[TRADUCTION] Dans la relation entre fabricant pharmaceutique et consommateur, le fabricant est une entité commerciale distante qui, à l'instar de tout autre fabricant, fait directement ou indirectement la promotion de ses produits dans le but d'en mousser la vente, parfois, comme en l'espèce, en en accentuant la valeur tout en minimisant les risques. Les fabricants ont, sur le plan de l'information, un avantage énorme sur les consommateurs et, en fait, sur la plupart des médecins. C'est souvent l'information qu'ils fournissent qui sert à établir le cadre à l'intérieur duquel le médecin détermine les ris-

mines the risks of a possible harm and the benefits to be gained by a patient's use of a drug.

26

In light of the enormous informational advantage enjoyed by medical manufacturers over consumers, it is reasonable and just to require manufacturers, under the law of tort, to make clear, complete and current informational disclosure to consumers concerning the risks inherent in the ordinary use of their products. A high standard for disclosure protects public health by promoting the right to bodily integrity, increasing consumer choice and facilitating a more meaningful doctor-patient relationship. At the same time, it cannot be said that requiring manufacturers to be forthright about the risks inherent in the use of their product imposes an onerous burden on the manufacturers. As Robins J.A. explained in *Buchan, supra*, at p. 381, "drug manufacturers are in a position to escape all liability by the simple expedient of providing a clear and forthright warning of the dangers inherent in the use of their products of which they know or ought to know".

(ii) *The "Learned Intermediary" Rule*

27

As a general rule, the duty to warn is owed directly by the manufacturer to the ultimate consumer. However, in exceptional circumstances, a manufacturer may satisfy its informational duty to the consumer by providing a warning to what the American courts have, in recent years, termed a "learned intermediary". The "learned intermediary" rule was first elaborated in *Sterling Drug, Inc. v. Cornish*, 370 F.2d 82 (8th Cir. 1966), a suit brought by a patient blinded after taking the drug chloroquine phosphate. The rationale for the rule was outlined by Wisdom J. in *Reyes v. Wyeth Laboratories*, 498 F.2d 1264 (5th Cir. 1974), at p. 1276, *cert. denied* 419 U.S. 1096 (1974), a suit against a manufacturer of oral polio vaccine, in the following terms:

ques et les avantages que présente l'utilisation d'un médicament par son patient.

Compte tenu de l'énorme avantage qu'ont les fabricants par rapport aux consommateurs sur le plan de l'information, il est raisonnable et juste d'exiger, au regard du droit de la responsabilité délictuelle, que les fabricants divulguent aux consommateurs des renseignements clairs, complets et à jour concernant les risques inhérents à l'utilisation normale de leurs produits. Une norme élevée en matière de divulgation protège la santé publique en contribuant à la promotion du droit à l'intégrité physique, à l'élargissement des choix des consommateurs et à l'instauration d'une relation médecin-patient plus riche. Parallèlement, on ne saurait prétendre que l'obligation faite aux fabricants de divulguer franchement les risques inhérents à l'utilisation de leur produit impose à ceux-ci un fardeau onéreux. Comme le souligne le juge Robins dans l'arrêt *Buchan*, précité, à la p. 381, [TRADUCTION] «[les fabricants pharmaceutiques] ont la possibilité de s'exonérer de toute responsabilité par un simple expédient, savoir une mise en garde claire et franche concernant les dangers inhérents à l'utilisation de leurs produits qu'ils connaissent ou devraient connaître».

(ii) *La règle de l'«intermédiaire compétent»*

En règle générale, le fabricant a une obligation directe de mise en garde envers le consommateur final. Toutefois, dans des cas exceptionnels, le fabricant peut s'acquitter de son obligation d'informer le consommateur en faisant une mise en garde à celui que les tribunaux américains ont, ces dernières années, appelé l'«intermédiaire compétent». La règle de l'«intermédiaire compétent» a pour la première fois été énoncée dans *Sterling Drug, Inc. c. Cornish*, 370 F.2d 82 (8th Cir. 1966), portant sur une poursuite intentée par un patient devenu aveugle après avoir pris de la phosphate de chloroquine. Le fondement en a été expliqué en ces termes par le juge Wisdom dans *Reyes c. Wyeth Laboratories*, 498 F.2d 1264 (5th Cir. 1974), à la p. 1276, *cert. refusé* 419 U.S. 1096 (1974), mettant en cause le fabricant d'un vaccin oral contre la polio:

Prescription drugs are likely to be complex medicines, esoteric in formula and varied in effect. As a medical expert, the prescribing physician can take into account the propensities of the drug, as well as the susceptibilities of his patient. His is the task of weighing the benefits of any medication against its potential dangers. The choice he makes is an informed one, an individualized medical judgment bottomed on a knowledge of both patient and palliative. Pharmaceutical companies then, who must warn ultimate purchasers of dangers inherent in patent drugs sold over the counter, in selling prescription drugs are required to warn only the prescribing physician, who acts as a "learned intermediary" between manufacturer and consumer.

The rule was later reaffirmed and developed in a series of American cases during the 1970s and 1980s involving the liability of manufacturers of prescription drugs; see, for example, *Schenebeck v. Sterling Drug, Inc.*, 423 F.2d 919 (8th Cir. 1970); *Hoffman v. Sterling Drug, Inc.*, 485 F.2d 132 (3rd Cir. 1973); *Dunkin v. Syntex Laboratories, Inc.*, 443 F.Supp. 121 (W. D. Tenn. 1977); *Lindsay v. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 637 F.2d 87 (2nd Cir. 1980); *Timm v. Upjohn Co.*, 624 F.2d 536 (5th Cir. 1980), cert. denied, 449 U.S. 1112 (1981); *Stanback v. Parke, Davis and Co.*, 657 F.2d 642 (4th Cir. 1981); *Walker v. Merck & Co.*, 648 F.Supp. 931 (M.D. Ga. 1986), aff'd 831 F.2d 1069 (11th Cir. 1987); *Plummer v. Lederle Laboratories*, 819 F.2d 349 (2nd Cir. 1987). In Canada, the rule was first considered in an *obiter* passage by Linden J. in *Davidson v. Connaught Laboratories* (1980), 14 C.C.L.T. 251 (Ont. H.C.), at p. 274, and later applied by a five-member panel of the Ontario Court of Appeal in *Buchan*, *supra*.

While the "learned intermediary" rule was originally intended to reflect, through an equitable distribution of tort duties, the tripartite informational relationship between drug manufacturers, physicians and patients, the rationale for the rule is clearly applicable in other contexts. Indeed, the "learned intermediary" rule is less a "rule" than a specific application of the long-established com-

[TRADUCTION] Il y a de bonnes chances pour que les médicaments délivrés sur ordonnance soient des médicaments complexes, à la formule ésotérique et à effet variable. En sa qualité d'expert médical, le médecin traitant peut prendre en compte les propriétés du médicament, de même que les prédispositions de son patient. Il lui incombe d'apprécier les avantages d'un médicament par rapport à ses dangers potentiels. Le choix qu'il fait est un choix éclairé, un jugement médical individualisé fondé sur la connaissance tant du patient que du traitement. Alors qu'elles doivent avertir les consommateurs ultimes des dangers inhérents aux médicaments brevetés en vente libre, les compagnies pharmaceutiques sont uniquement tenues, lorsqu'elles vendent des médicaments de prescription, d'avertir le médecin, lequel agit à titre d'«intermédiaire compétent» entre le fabricant et le consommateur.

La règle a par la suite été réaffirmée et explicitée dans une série de décisions américaines des années 1970 et 1980 mettant en cause la responsabilité de fabricants de médicaments de prescription; voir, à titre d'exemples, *Schenebeck c. Sterling Drug, Inc.*, 423 F.2d 919 (8th Cir. 1970); *Hoffman c. Sterling Drug, Inc.*, 485 F.2d 132 (3rd Cir. 1973); *Dunkin c. Syntex Laboratories, Inc.*, 443 F.Supp. 121 (W. D. Tenn. 1977); *Lindsay c. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 637 F.2d 87 (2nd Cir. 1980); *Timm c. Upjohn Co.*, 624 F.2d 536 (5th Cir. 1980), cert. refusé, 449 U.S. 1112 (1981); *Stanback c. Parke, Davis and Co.*, 657 F.2d 642 (4th Cir. 1981); *Walker c. Merck & Co.*, 648 F.Supp. 931 (M.D. Ga. 1986), conf. par 831 F.2d 1069 (11th Cir. 1987); *Plummer c. Lederle Laboratories*, 819 F.2d 349 (2nd Cir. 1987). Au Canada, la règle a été pour la première fois examinée dans une opinion incidente du juge Linden dans *Davidson c. Connaught Laboratories* (1980), 14 C.C.L.T. 251 (H.C. Ont.), à la p. 274, puis appliquée par une formation de cinq juges de la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Buchan*, précité.

Même si la règle de l'«intermédiaire compétent» visait à l'origine à refléter, grâce à une répartition équitable des obligations au regard de la responsabilité délictuelle, la relation informationnelle tripartite entre fabricants pharmaceutiques, médecins et patients, le raisonnement qui la sous-tend est clairement applicable dans d'autres contextes. En fait, la règle de l'«intermédiaire compétent» n'est,

mon law principles of intermediate examination and intervening cause developed in *Donoghue v. Stevenson*, *supra*, and subsequent cases; see, for example, *Holmes v. Ashford*, [1950] 2 All E.R. 76, at p. 80. Generally, the rule is applicable either where a product is highly technical in nature and is intended to be used only under the supervision of experts, or where the nature of the product is such that the consumer will not realistically receive a direct warning from the manufacturer before using the product. In such cases, where an intermediate inspection of the product is anticipated or where a consumer is placing primary reliance on the judgment of a "learned intermediary" and not the manufacturer, a warning to the ultimate consumer may not be necessary and the manufacturer may satisfy its duty to warn the ultimate consumer by warning the learned intermediary of the risks inherent in the use of the product.

29

However, it is important to keep in mind that the "learned intermediary" rule is merely an exception to the general manufacturer's duty to warn the consumer. The rule operates to discharge the manufacturer's duty not to the learned intermediary, but to the ultimate consumer, who has a right to full and current information about any risks inherent in the ordinary use of the product. Thus, the rule presumes that the intermediary is "learned", that is to say, fully apprised of the risks associated with the use of the product. Accordingly, the manufacturer can only be said to have discharged its duty to the consumer when the intermediary's knowledge approximates that of the manufacturer. To allow manufacturers to claim the benefit of the rule where they have not fully warned the physician would undermine the policy rationale for the duty to warn, which is to ensure that the consumer is fully informed of all risks. Since the manufacturer is in the best position to know the risks attendant upon the use of its product and is also in the best position to ensure that the product is safe for nor-

plutôt qu'une «règle», qu'une application particulière des principes bien établis en common law de l'examen intermédiaire et de la cause intermédiaire, qui ont été énoncés dans *Donoghue c. Stevenson*, précité, et la jurisprudence subséquente; voir à titre d'exemple *Holmes c. Ashford*, [1950] 2 All E.R. 76, à la p. 80. De façon générale, la règle s'applique soit dans le cas d'un produit à forte teneur technique, destiné à être utilisé uniquement sous la surveillance d'experts, soit dans le cas d'un produit tel qu'il n'est pas réaliste de penser que le consommateur recevra une mise en garde directe du fabricant avant de l'utiliser. En pareil cas, lorsqu'une inspection intermédiaire du produit est prévisible ou que la confiance du consommateur repose principalement sur le jugement d'un «intermédiaire compétent» et non sur le fabricant, il peut ne pas être nécessaire de mettre en garde le consommateur final, et le fabricant peut s'acquitter de son obligation à son égard en avertissant l'intermédiaire compétent des risques inhérents à l'utilisation du produit.

Toutefois, il importe de se rappeler que la règle de l'«intermédiaire compétent» n'est qu'une exception à l'obligation générale du fabricant de mettre le consommateur en garde. Selon cette règle, le fabricant a une obligation non pas envers l'intermédiaire compétent, mais envers le consommateur final, qui a le droit de recevoir une information complète et à jour concernant les risques inhérents à l'utilisation normale du produit. Ainsi, la règle présume que l'intermédiaire est «compétent», c'est-à-dire qu'il est pleinement au fait des risques associés à l'utilisation du produit. Par conséquent, on ne peut dire que le fabricant s'est acquitté de son obligation envers le consommateur que lorsque le degré de connaissance de l'intermédiaire se rapproche de celui du fabricant. Permettre aux fabricants d'invoquer le bénéfice de la règle dans les cas où ils n'ont pas pleinement mis le médecin en garde saperait le fondement même de l'obligation de mise en garde, qui consiste à faire en sorte que le consommateur soit pleinement informé de tous les risques. Étant donné que c'est le fabricant qui est le mieux en mesure de connaître les risques que présente l'utilisation de ses produits, et aussi le mieux en mesure de s'assurer

mal use, the primary duty to give a clear, complete, and current warning must fall on its shoulders.

(b) Application of the General Principles to the Case at Bar

The first question to be answered in this appeal is whether Dow owed Ms. Hollis a duty to warn her that the Silastic implant could rupture post-surgically inside her body and, if so, whether Dow satisfied that duty. In light of the foregoing jurisprudence, it is clear that the answer to this question depends on the answers to two subsidiary questions. First, did Dow have a duty to warn Ms. Hollis directly, or could it satisfy its duty to warn her by warning a “learned intermediary”, namely, Dr. Birch? Second, assuming that Dow could properly discharge its duty to Ms. Hollis by warning Dr. Birch, did Dow adequately warn Dr. Birch of the risk of post-surgical rupture in light of its state of knowledge at that time?

Turning to the first of these questions, it is my view that the “learned intermediary” rule is applicable in this context, and that Dow was entitled to warn Dr. Birch concerning the risk of rupture without warning Ms. Hollis directly. A breast implant is distinct from most manufactured goods in that neither the implant nor its packaging are placed directly into the hands of the ultimate consumer. It is the surgeon, not the consumer, who obtains the implant from the manufacturer and who is therefore in the best position to read any warnings contained in the product packaging. In this respect, breast implants are, in my view, analogous to prescription drugs, where the patient places primary reliance for information on the judgment of the surgeon, who is a “learned intermediary”, and not on the manufacturer; see *Buchan, supra*, at p. 368. They are not analogous to oral contraceptives, with respect to which many American courts have recently imposed a direct duty to warn, because direct warnings from manufacturers of breast implants are simply not feasible

que leur utilisation normale est sans danger, c’est sur lui que doit retomber l’obligation première de faire une mise en garde claire, complète et à jour.

b) Application des principes généraux à l’espèce

La première question à laquelle il faut répondre dans le présent pourvoi est celle de savoir si Dow avait l’obligation d’avertir M^{me} Hollis de la possibilité de rupture postopératoire de la prothèse Silastic dans son organisme et, dans l’affirmative, si Dow s’est acquittée de cette obligation. Compte tenu de la jurisprudence précitée, il appert que la réponse à cette question dépend des réponses qui seront apportées à deux questions subsidiaires. Premièrement, Dow avait-elle l’obligation de mettre directement en garde M^{me} Hollis, ou pouvait-elle s’acquitter de cette obligation en mettant en garde un «intermédiaire compétent», savoir le D^r Birch? Deuxièmement, en présumant que Dow pouvait dûment s’acquitter de son obligation envers M^{me} Hollis en mettant en garde le D^r Birch, a-t-elle, compte tenu des connaissances disponibles à l’époque adéquatement averti ce dernier du risque de rupture postopératoire?

En ce qui concerne la première de ces questions, je suis d’avis que la règle de l’«intermédiaire compétent» est applicable dans le présent contexte, et que Dow était en droit de prévenir le D^r Birch du risque de rupture sans prévenir directement M^{me} Hollis. À la différence de la plupart des produits manufacturés, ni la prothèse mammaire ni le produit emballé ne sont remis directement au consommateur final. C’est le chirurgien, non le consommateur, qui obtient la prothèse du fabricant et qui est le mieux placé pour lire les mises en garde apposées sur l’emballage. De ce point de vue, les prothèses mammaires sont, à mon avis, analogues aux médicaments délivrés sur ordonnance, étant donné que le patient se fie principalement au jugement du chirurgien, «intermédiaire compétent», pour obtenir l’information voulue, et non au fabricant; voir *Buchan, précité*, à la p. 368. Elles diffèrent des contraceptifs oraux, à l’égard desquels nombre de tribunaux américains ont récemment imposé une obligation directe de mise en garde, en ce que la mise en garde directe du fabricant des

30

31

given the need for intervention by a physician; see *MacDonald v. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 475 N.E.2d 65 (Mass. J.C. 1985), at p. 70, *cert. denied* 474 U.S. 250 (1985); *Buchan, supra*, at pp. 368-69. In this respect, I observe that it is not, and has never been, Dow's practice to send warnings concerning their breast implants directly to patients. Although Dow includes product information with its implants, the implants are sold only to doctors or medical establishments, who are expected to pass this information on to their patients. In light of this fact, I conclude that a manufacturer in Dow's position can discharge its duty to the ultimate consumer by giving the treating surgeon clear, complete and current information concerning any general and specific risks that arise from the ordinary use of the product.

32

However, the mere fact that the "learned intermediary" rule is applicable in this context does not absolve Dow of liability. As I mentioned earlier, the "learned intermediary" rule presumes that the intermediary is fully apprised of the risks, and can only provide shelter to the manufacturer where it has taken adequate steps to ensure that the intermediary's knowledge of the risks in fact approximates that of the manufacturer. Thus, the second, and more important, question to be resolved is whether Dow fulfilled its duty to Ms. Hollis by adequately warning Dr. Birch of the risk of post-surgical rupture of the implant.

33

Although Bouck J. declined to rule on this issue, a majority of the Court of Appeal found that Dow's warning to Dr. Birch was inadequate. In my view, the Court of Appeal was correct in reaching this conclusion. It is well established that appellate courts have the jurisdiction to make a fresh assessment of the evidence on the record where they deem such an assessment to be in the interests of justice and feasible on a practical level; see *Prudential Trust Co. v. Forseth*, [1960] S.C.R. 210, at pp. 216-17. In this case, there was sufficient evidence on the record to allow the Court of

prothèses mammaires est tout à fait irréaliste étant donné l'intervention nécessaire d'un médecin; voir *MacDonald c. Ortho Pharmaceutical Corp.*, 475 N.E.2d 65 (Mass. J.C. 1985), à la p. 70, *cert. refusé* 474 U.S. 250 (1985); *Buchan*, précité, aux pp. 368 et 369. À cet égard, je souligne que Dow n'a pas et n'a jamais eu l'habitude d'adresser directement aux patientes des mises en garde concernant ses prothèses mammaires. Bien qu'accompagnées de renseignements techniques, les prothèses sont vendues uniquement aux médecins ou aux établissements médicaux, lesquels sont censés transmettre l'information à leurs patientes. Cela étant, je conclus qu'un fabricant placé dans la position de Dow peut s'acquitter de son obligation envers le consommateur final en donnant au chirurgien traitant une information claire, complète et à jour concernant les risques généraux et particuliers découlant de l'utilisation normale du produit.

Toutefois, le simple fait que la règle de l'«intermédiaire compétent» soit applicable dans le présent contexte n'exonère pas Dow de toute responsabilité. Comme je l'ai indiqué précédemment, cette règle suppose que l'intermédiaire soit pleinement informé des risques et elle ne peut servir à protéger le fabricant que si celui-ci a pris les mesures voulues pour faire en sorte que l'intermédiaire ait effectivement une connaissance des risques semblable à la sienne. Ainsi, la seconde et plus importante question qu'il nous faut résoudre est celle de savoir si Dow s'est acquittée de son obligation envers M^{me} Hollis en avertissant adéquatement le D^r Birch du risque de rupture post-opératoire de l'implant.

Bien que le juge Bouck ait refusé de trancher cette question, la Cour d'appel a conclu à la majorité que la mise en garde faite par Dow au D^r Birch n'était pas adéquate. À mon avis, c'est à bon droit que la Cour d'appel est arrivée à cette conclusion. Il est bien établi que les juridictions d'appel ont compétence pour apprécier à nouveau la preuve au dossier lorsqu'elles estiment qu'une telle appréciation est dans l'intérêt de la justice et qu'elle ne soulève pas d'obstacle en pratique; voir *Prudential Trust Co. c. Forseth*, [1960] R.C.S. 210, aux pp. 216 et 217. Dans la présente affaire, il y avait une

Appeal to make a full and proper re-assessment of the duty to warn issue without sending the case back to trial. While appellate courts are generally, and justifiably, wary of making findings of fact without having the advantage of seeing and hearing testimony first-hand, I do not believe that such concerns arise in this case because the bulk of the critical evidence adduced at trial was documentary, not testimonial. In light of the fact that Ms. Hollis has now waited close to seven years for the final resolution of her claim, and the high costs already created by the unusual length of this appeal process, I believe the Court of Appeal followed the proper course in weighing and assessing this evidence in order to achieve a measure of finality in this case; see, e.g., *Davie Shipbuilding Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 461, at p. 464 (C.A.); *Nova, An Alberta Corporation v. Guelph Engineering Co.* (1989), 70 Alta. L.R. (2d) 97 (Alta. C.A.), at pp. 110-12.

Turning now to an assessment of the evidence itself, it is my view that the most compelling evidence supporting the Court of Appeal's decision can be found in the product inserts and literature which Dow supplied to doctors shortly before and after Ms. Hollis' surgery. By 1983, when Dr. Birch advised Ms. Hollis to have implantation surgery, Dow had made available to doctors two warnings regarding the risk of rupture of the Silastic implants. The first was a brochure directed at the medical community, dated 1976, and entitled "Suggested Surgical Procedures for Silastic Mammary Prostheses", which provided instructions regarding the use of the Silastic I breast implant and read as follows:

1. This prosthesis should be implanted without any alterations to its original design or fabrication. Meticulous care must be taken to avoid contact of any sharp edges or pointed objects with the prosthesis; any inadvertent cut or puncture will expose the silicone gel and render the prosthesis unusable. Do

preuve suffisante au dossier pour permettre à la Cour d'appel de procéder légitimement et pleinement à une nouvelle appréciation de la question de l'obligation de mise en garde, sans qu'il soit nécessaire de renvoyer le tout en première instance. Même si les juridictions d'appel sont en général, et de façon compréhensible, réticentes à tirer des conclusions de fait sans avoir l'avantage de voir et d'entendre elles-mêmes les témoins, je ne crois pas que la présente espèce soulève des considérations de ce genre puisque l'essentiel de la preuve cruciale présentée au procès était de nature documentaire et non testimoniale. Compte tenu que M^{me} Hollis attend maintenant depuis près de sept ans l'issue définitive de sa cause, et que la longueur inhabituelle des procédures d'appel a déjà engendré des frais élevés, j'estime que la Cour d'appel a choisi la démarche appropriée en pesant et en appréciant la preuve afin d'apporter une solution définitive à cette affaire; voir à titre d'exemples *Davie Shipbuilding Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 461, à la p. 464 (C.A.); *Nova, An Alberta Corporation c. Guelph Engineering Co.* (1989), 70 Alta. L.R. (2d) 97 (C.A. Alb.), aux pp. 110 à 112.

Abordant maintenant la question de l'appréciation de la preuve elle-même, je suis d'avis que les éléments de preuve les plus convaincants à l'appui de la décision de la Cour d'appel se retrouvent dans la documentation et les renseignements techniques que Dow a fournis aux médecins peu avant et après l'opération de M^{me} Hollis. En 1983, lorsque le Dr Birch a conseillé à M^{me} Hollis de recourir aux prothèses, Dow avait fait aux médecins deux mises en garde concernant le risque de rupture des prothèses Silastic. La première figurait dans une brochure destinée au corps médical datée de 1976, et intitulée «Suggested Surgical Procedures for Silastic Mammary Prostheses», où l'on donnait les instructions suivantes touchant l'utilisation de la prothèse mammaire Silastic I:

[TRADUCTION]

1. Cette prothèse devrait être implantée sans modification de sa conception ou fabrication originale. Des précautions méticuleuses doivent être prises pour éviter qu'un objet tranchant ou pointu ne vienne en contact avec la prothèse; toute coupure ou perforation accidentelle mettra le gel de silicone à nu et ren-

not implant or attempt to repair and then insert a ruptured mammary prosthesis.

2. When antibiotic therapy and/or steroids (triamcinilone) are indicated, extreme care should be taken to ensure that these are delivered into the surrounding tissue and not inadvertently within the prosthesis.

5. Be certain that the patient understands that following implantation, abnormal squeezing or trauma to the breasts could conceivably rupture the implant. [Emphasis added.]

The second warning was a product insert for the Silastic implant, dated November 1979, which outlined potential problems in using the implants in the following terms:

3. If the implant should accidentally rupture during insertion or be nicked with a sharp instrument or suture needle during closure, remove the implant and replace. *Do not try to repair implant or leave in surgical pocket with torn envelope and exposed gel.*

Note

A thorough study of the information provided and the exercise of due care in handling these devices should result in no problems for the surgeon. However, since Dow Corning realizes that accidental rupture of a device can occasionally occur, it is recommended that an extra pair of the same size implants be available at the time of surgery. [Emphasis in original.]

35

It is significant that the only reference in the 1976 and 1979 warnings to a risk of post-surgical rupture was the statement that "abnormal squeezing or trauma" might rupture the implants. There is no reference in these warnings to the possibility of rupture arising from normal squeezing or non-traumatic, everyday activity. This is significant because, in 1985, Dow began warning physicians of the possibility of rupture due to normal, non-traumatic activity in the product insert for the Silastic II implant, a new breast implant developed

dra la prothèse inutilisable. En cas de rupture, ne pas implanter la prothèse mammaire ou tenter de la réparer pour ensuite l'insérer.

2. Si un traitement aux antibiotiques ou aux stéroïdes (triamcinilone) s'avère indiqué, il faut être très prudent afin que ces substances soient injectées uniquement dans les tissus périprothétiques et non, par mégarde, dans la prothèse.

5. S'assurer que la patiente comprenne qu'après l'implantation une pression anormale ou un traumatisme aux seins pourrait entraîner une rupture de la prothèse. [Je souligne.]

La seconde mise en garde était contenue dans la documentation technique jointe à la prothèse Silastic, datée de novembre 1979, où l'on soulignait l'existence potentielle de problèmes dans l'utilisation des prothèses:

[TRADUCTION]

3. S'il devait y avoir rupture accidentelle de l'implant durant l'insertion ou si celui-ci devait être perforé par un instrument tranchant ou une aiguille à suture lors de la fermeture, retirer l'implant et le remplacer. *Ne pas essayer de le réparer et ne pas le laisser dans la loge chirurgicale si l'enveloppe est déchirée et le gel à l'état libre.*

Note

La mise en place des prothèses ne devrait poser aucun problème pour les chirurgiens qui auront pris attentivement connaissance des renseignements fournis et auront pris les soins voulus dans leur manipulation. Toutefois, étant donné qu'une rupture accidentelle peut à l'occasion se produire, Dow Corning recommande de prévoir, au moment de l'intervention, une paire additionnelle de prothèses de même taille. [En italique dans l'original.]

Il est significatif que dans les mises en garde de 1976 et de 1979, la seule mention d'un risque de rupture postopératoire est celle associée à «une pression anormale ou un traumatisme». Aucune indication n'y figure quant à la possibilité d'une rupture résultant d'une pression normale ou d'une activité quotidienne non traumatique. Cela est révélateur parce que, en 1985, Dow a commencé à prévenir les médecins de la possibilité de rupture due à une activité normale non traumatique dans les renseignements techniques inclus avec la pro-

in the early 1980s with a thicker envelope and greater durability than the earlier Silastic I model. The relevant portions of the 1985 insert read as follows:

Rupture of implants has been reported both intra- and post-operatively. Rupture may result from the following . . . excessive stresses or manipulation as may be experienced during normal living experiences including routine and purposeful trauma as in vigorous exercise, athletics, and intimate physical contact . . . or other unknown causes at the site of implantation. . . . The patient should be adequately informed of the possibility of implant rupture with the use of this technique and of the necessity to remove a ruptured implant should that occur. [Emphasis added.]

It continues with a warning about the danger of gel infection:

As reported in the literature, when an implant ruptures gel may be released from the implant envelope despite the cohesive properties of the gel. If left in place, complications such as enlarged lymph nodes, scar formation, inflammation . . . may result.

A limited preliminary study has been reported to the medical community that in the presence of select bacterial infection at the site of a ruptured implant, extravasated gel may be altered by the bacteria with a resultant decrease in cohesivity of the gel. If true, there is greater potential for distant migration of the gel.

In the event that a ruptured prosthesis is suspected, and especially if the area becomes infected, Dow Corning recommends removal of the envelope and gel.

These potential consequences should be understood by the surgeon and explained to the patient prior to implantation.

In the event of a rupture, Dow Corning recommends prompt removal of the envelope and gel. The long term physiological effects of uncontained silicone gel are currently unknown.

Therefore, the patient should not be lead [*sic*] to unrealistic expectations as to the performance or cosmetic

thèse Silastic II, nouvel implant mammaire mis au point au début des années 1980. Cette nouvelle prothèse était constituée d'une enveloppe plus épaisse et devait être plus durable que le précédent modèle Silastic I. Voici les parties pertinentes de la documentation de 1985:

[TRADUCTION] Des cas de rupture ont été signalés tant pendant qu'après l'opération. La rupture peut résulter [. . .] d'une manipulation ou d'un stress excessifs survenant dans le cours de la vie quotidienne, comme de traumatismes normaux ou délibérés associés à des exercices vigoureux, des activités d'athlétisme et des contacts physiques intimes [. . .] ou autres causes inconnues dans la région périprothétique. [. . .] La patiente devrait être adéquatement informée de la possibilité de rupture consécutive à l'utilisation de cette technique et de la nécessité de procéder alors à son extirpation. [Je souligne.]

Suit une mise en garde à propos du danger d'infection par le gel:

[TRADUCTION] Comme le signalent les publications, la rupture de la prothèse peut entraîner l'issue du gel hors de l'enveloppe, et ce malgré les propriétés cohésives du gel. Si l'implant est laissé en place, il y a risque de complications, tels le développement d'une adénopathie, la formation de cicatrices, une réaction inflammatoire . . .

Selon une étude préliminaire limitée diffusée au corps médical, la présence d'une certaine infection bactérienne dans la région de la rupture peut avoir pour effet d'altérer le gel et d'en diminuer la cohésivité. Si les résultats de cette étude se confirment, il y a risque accru de projection du gel à distance.

Dans le cas où l'on soupçonne une rupture de la prothèse, et particulièrement si la région devient infectée, Dow Corning recommande l'enlèvement de l'enveloppe et du gel.

Il importe que le chirurgien soit conscient de ces conséquences possibles et qu'il les explique à la patiente avant l'implantation.

En cas de rupture, Dow Corning recommande le retrait rapide de l'enveloppe et du gel. Les effets physiologiques à long terme de la présence dans l'organisme de gel non confiné ne sont pas connus pour le moment.

Il importe donc de ne pas entretenir chez la patiente d'attentes irréalistes quant au rendement ou aux résultats

results that the surgery and prosthesis can provide. The patient should be informed that the life expectancy of any implant is unpredictable.

36

It is clear from a comparison of the 1985 warning with the earlier warnings that the 1985 warning is far more explicit, both with respect to the potential causes of post-surgical implant rupture and the potential effects. Of particular significance, in my view, is the statement in the 1985 warning that rupture can be caused by "excessive stresses or manipulation as may be experienced during normal living experiences" such as "vigorous exercise, athletics, and intimate physical contact". There is, without question, a substantial difference between "trauma", on the one hand, and the "stresses" and "manipulation" of "normal living experiences", on the other hand. The difference is that, while the earlier warnings implied that rupture would occur only in extreme cases of violent impact, the 1985 warning made it clear that a patient who received an implant would have to consider altering her lifestyle to avoid rupture. The difference between the 1985 warning and the earlier warnings was significant to a woman in Ms. Hollis' position because, subsequent to her surgery, she decided to enrol in a baker's course, which involved regular and heavy upper body movements. While a baker's course may not cause "trauma" to an implant, it would certainly create a risk of "excessive stresses or manipulation". Thus, a more accurate warning could quite reasonably have affected her choice of profession and her resulting exposure to unnecessary risk.

37

This is not to say, of course, that the standard of care to which Dow must be held for its warning practices in 1983 should be measured according to its knowledge of the risks of implant rupture in 1985. In light of the significant differences between the 1985 warning and the earlier warnings, the crucial next question is whether Dow knew or should have known of the risks referred to in the 1985 warning when Ms. Hollis had her implantation surgery in 1983. In my view, there

cosmétiques de l'opération et de la prothèse. La patiente devrait être informée de l'impossibilité de prévoir la durée de vie d'une prothèse.

Comparativement aux mises en garde antérieures, il est manifeste que celle de 1985 est beaucoup plus explicite, en ce qui concerne tant les causes possibles de rupture postopératoire de la prothèse que ses effets potentiels. L'affirmation dans la mise en garde de 1985 que la rupture peut résulter «d'une manipulation ou d'un stress excessifs survenant dans le cours de la vie quotidienne», tels des «exercices vigoureux, des activités d'athlétisme et des contacts physiques intimes», revêt à mon avis une importance particulière. Il existe sans l'ombre d'un doute une différence substantielle entre un «traumatisme», d'une part, et le «stress» et la «manipulation» survenant «dans le cours de la vie quotidienne», d'autre part. Alors que les mises en garde antérieures laissaient entendre que la rupture ne survenait que dans les cas extrêmes d'impact violent, celle de 1985 faisait clairement comprendre que la patiente recevant une prothèse devait envisager de modifier son mode de vie afin d'éviter tout risque de rupture. Pour une femme comme M^{me} Hollis, la différence entre la mise en garde de 1985 et les mises en garde antérieures était importante puisque, subséquemment à l'intervention, elle a décidé de s'inscrire à un cours de boulangerie, ce qui l'obligeait à faire régulièrement des mouvements énergiques de la partie supérieure du corps. Certes, un cours de boulangerie peut ne pas causer de «traumatisme» à une prothèse, mais il créait assurément un risque «de manipulation ou de stress excessifs». On peut donc raisonnablement penser qu'une mise en garde plus adéquate aurait influencé le choix de sa profession et, partant, son exposition à un risque inutile.

Il ne s'ensuit pas, naturellement, que la norme de diligence applicable à Dow quant à sa pratique en matière de mise en garde en 1983 devrait être appréciée en regard de sa connaissance des risques de rupture des prothèses en 1985. Compte tenu des différences importantes entre la mise en garde de 1985 et les mises en garde antérieures, la question cruciale qu'il convient ensuite de poser est celle de savoir si Dow connaissait ou aurait dû connaître les risques évoqués dans la mise en garde de 1985

was sufficient evidence adduced at trial to establish that Dow did have such knowledge. At trial, evidence was introduced that, between 1976 and 1984, Dow had received 78 field reports from doctors of post-operative "unexplained" ruptures occurring in the Silastic implants. These ruptures were categorized as "unexplained" because they were not attributable to any known causes of rupture, such as trauma or surgical mishap. The number of complaints of implant ruptures Dow received during the period 1975 to 1984 were as follows:

<u>Year</u>	<u>Number of Complaints</u>
1975	1
1976	3
1977	6
1978	5
1979	5
1980	8
1981	13
1982	7
1983	13
1984	<u>17</u>
Total	78

From the above table, it is apparent that, by late 1983, Dow had already received between 48 and 61 of the 78 unexplained rupture reports it received before issuing its revised 1985 warning. Counsel for Dow conceded that the nature and quantity of the information available to Dow did not change significantly between late 1983 and early 1985. Thus, although the reports were admitted into evidence at trial for the purpose of establishing their existence and not as to the truth of their contents, the mere fact that Dow had these reports in their possession demonstrates that, in 1983, Dow had notice that ruptures were occurring that were not directly attributable to abnormal squeezing or trauma. Counsel for Dow was unable to explain why it took Dow more than two years to convey the information concerning the unexplained ruptures to either the medical community or the consumers.

lorsque M^{me} Hollis a subi l'implantation chirurgicale en 1983. À mon avis, la preuve présentée au procès était suffisante pour établir que Dow avait une telle connaissance. Il a en effet été introduit en preuve en première instance qu'entre 1976 et 1984, Dow a reçu 78 rapports de médecins concernant des ruptures postopératoires «inexpliquées» de prothèses Silastic. Ces ruptures étaient qualifiées d'«inexpliquées» parce qu'elles n'étaient pas attribuables à l'une ou l'autre des causes connues de rupture, tel un traumatisme ou un accident chirurgical. Voici un tableau du nombre de plaintes de rupture d'implants reçues par Dow entre 1975 et 1984:

<u>Année</u>	<u>Nombre de plaintes</u>
1975	1
1976	3
1977	6
1978	5
1979	5
1980	8
1981	13
1982	7
1983	13
1984	<u>17</u>
Total	78

Il appert du tableau qui précède qu'à la fin de 1983, Dow avait déjà en main entre 48 et 61 des 78 rapports de cas de rupture inexplicée qu'elle a reçus avant d'émettre sa mise en garde révisée de 1985. L'avocat de Dow a concédé que la nature et la quantité des renseignements dont la compagnie disposait n'ont pas changé de façon significative entre la fin de 1983 et le début de 1985. Ainsi, bien que les rapports aient été admis en preuve au procès dans le but d'établir leur existence et non la véracité de leur contenu, le simple fait que Dow les avait en sa possession démontre qu'en 1983 elle avait noté que certaines ruptures survenues n'étaient pas directement attribuables à une pression anormale ou à un traumatisme. L'avocat de Dow n'a pu expliquer pourquoi la compagnie avait mis plus de deux ans avant de transmettre au corps médical ou aux consommateurs l'information relative aux ruptures inexplicées.

39

A similar lag time can be discerned with respect to Dow's warnings concerning the effects of implant ruptures on the body. The evidence indicates that, prior to 1983, and even as early as 1979, Dow was aware that implant ruptures could cause adverse reactions in the body arising from loose gel. In a 1979 research paper prepared by Dow's research department, the purpose of which was to determine the nature of the particulate matter produced from implants by abrasion, and to investigate possible changes in the lymph nodes and the possible transfer of the particulate material from the implant site to the lymph nodes, the department indicated the following:

The production of particulate matter from orthopedic implants by abrasion, flexion, or other stresses is a well known and common occurrence with most prosthetic materials. The occurrence of particulate matter associated with silicone elastomer prostheses within the tissue capsule surrounding the prostheses is also known to occur.

In late 1977, we were appraised [*sic*] by Dr. A. B. Swanson of two patients, both of whom had borne SILASTIC implants for several years, from whom enlarged axillary lymph nodes had been removed due to suspicion of malignancy.

The department also concluded that loose gel could travel from the implant site to the lymph nodes and could cause negative reactions:

Thus, the intracellular material within the lymph node in all probability, has originated from the prosthetic device and appears to have produced a foreign body granulomatous inflammatory reaction within the lymph node without a significant degree of collagen proliferation. The appearance of large aggregate masses in the outer medullary regions is consistent with transport of the particulate elastomer via the lymphatic system but does not exclude concomitant vascular transport.

In light of the state of Dow's knowledge in 1979, it is significant that none of the Dow warnings before 1985 made reference to adverse reactions to loose gel in the body or the possibility that loose gel could travel away from the implant site. While the 1985 warning referred to the dangers of "enlarged lymph nodes, scar formation, inflamma-

On observe un laps de temps semblable en ce qui a trait aux mises en garde de Dow quant aux effets de la rupture des prothèses sur l'organisme. Il ressort de la preuve que, antérieurement à 1983 et même dès 1979, Dow savait qu'une rupture pouvait causer des réactions indésirables résultant de la diffusion du gel. Dans un rapport rédigé en 1979, le service de recherche de la société tentait de déterminer le type de particules libérées par les implants sous l'effet de l'abrasion et étudiait les changements possibles au niveau des ganglions lymphatiques et la migration éventuelle des particules de l'implant vers ces ganglions. Il indiquait notamment:

[TRADUCTION] La libération de particules par les implants orthopédiques sous l'effet de l'abrasion, de la flexion ou d'autres stress est un fait bien connu que l'on observe fréquemment dans le cas de la plupart des matériaux prothétiques. Il a également été établi que des particules provenant de prothèses en élastomère de silicone peuvent se retrouver à l'intérieur de la capsule fibreuse entourant la prothèse.

À la fin de 1977, le Dr A. B. Swanson a porté à notre connaissance le cas de deux porteuses de prothèses SILASTIC implantées depuis plusieurs années, chez qui on a dû procéder à l'ablation de ganglions axillaires à cause d'une adénopathie potentiellement maligne.

Le service de recherche a également conclu que le gel libéré dans la région périprothétique pouvait gagner les ganglions lymphatiques et entraîner des réactions indésirables:

[TRADUCTION] Par conséquent, le matériel intracellulaire à l'intérieur du ganglion provient fort probablement de la prothèse et semble avoir provoqué à cet endroit une réaction inflammatoire granulomateuse à un corps étranger sans prolifération importante du collagène. La présence de grosses masses compactes dans les régions médullaires externes évoque une diffusion des particules d'élastomère par le système lymphatique mais n'exclut pas une migration vasculaire concomitante.

Vu l'état des connaissances de Dow en 1979, il est significatif qu'aucune de ses mises en garde antérieures à 1985 n'ait mentionné le problème des réactions indésirables attribuables au gel libéré dans l'organisme ou la possibilité de migration du gel hors de la région périprothétique. Alors que la mise en garde de 1985 évoquait les dangers tels

tion” and the potential, after a rupture, for “distant migration of the gel”, the 1976 and 1979 warnings make no reference to any such potential consequences.

In my view, Dow had a duty to convey its findings concerning both the “unexplained” rupture phenomenon and the possible harm caused by loose gel inside the body to the medical community much sooner than it did. In light of the fact that implants are surgically placed inside the human body, and that any defects in these products will obviously have a highly injurious effect on the user, the onus on Dow to be forthcoming with information was extremely high throughout the relevant period. Despite this fact, for over six years Dow took no action to express its concerns to the medical community. Given Dow’s knowledge of the potential harm caused by loose gel in the body, this lag time is simply unacceptable. The duty to warn is a continuing one and manufacturers of potentially hazardous products have an obligation to keep doctors abreast of developments even if they do not consider those developments to be conclusive. As Robins J.A. noted in *Buchan, supra*, at p. 375:

A manufacturer of prescription drugs occupies the position of an expert in the field; this requires that it be under a continuing duty to keep abreast of scientific developments pertaining to its product through research, adverse reaction reports, scientific literature and other available methods. When additional dangerous or potentially dangerous side-effects from the drug’s use are discovered, the manufacturer must make all reasonable efforts to communicate the information to prescribing physicians. Unless doctors have current, accurate and complete information about a drug’s risks, their ability to exercise the fully informed medical judgment necessary for the proper performance of their vital role in prescribing drugs for patients may be reduced or impaired.

une «adénopathie, la formation de cicatrices, une réaction inflammatoire» et la possibilité, après rupture, de «projection du gel à distance», les mises en garde de 1976 et de 1979 ne faisaient aucune mention de ces conséquences possibles.

À mon avis, Dow avait l’obligation de transmettre au corps médical, beaucoup plus tôt qu’elle ne l’a fait, ses constatations concernant tant le phénomène de la rupture «inexpliquée» que le dommage susceptible d’être causé par la diffusion de gel dans l’organisme. Compte tenu du fait que les prothèses sont implantées chirurgicalement à l’intérieur du corps humain, et que tout défaut de ces produits aura de toute évidence un effet hautement dommageable sur la porteuse, le fardeau qui incombait à Dow quant à la divulgation franche de l’information était extrêmement élevé tout au long de la période pertinente. Malgré cela, pendant plus de six ans, Dow n’a pris aucune mesure pour informer le corps médical de ses préoccupations. Étant donné la connaissance que Dow avait des dommages susceptibles d’être causés par la diffusion de gel dans l’organisme, ce laps de temps est tout simplement inacceptable. L’obligation de mise en garde est une obligation continue et les fabricants de produits potentiellement dangereux ont l’obligation de tenir les médecins au courant de tout élément nouveau, même de ceux qu’ils ne considèrent pas concluants. Comme le juge Robins l’a souligné dans l’arrêt *Buchan*, précité, à la p. 375:

[TRADUCTION] Le fabricant de médicaments de prescription occupe la position d’un expert en la matière; cela exige qu’il soit continuellement soumis à l’obligation de se tenir au courant des développements scientifiques touchant ses produits, au moyen de la recherche, des rapports de réactions indésirables, des publications scientifiques et autres méthodes disponibles. S’il est découvert d’autres effets secondaires dangereux ou potentiellement dangereux associés à l’utilisation d’un médicament, le fabricant doit faire tous les efforts raisonnables pour communiquer cette information aux médecins qui le prescrivent. Sans une information à jour, exacte et complète concernant les risques associés à un médicament, les médecins peuvent voir diminuer ou altérer leur capacité de remplir correctement, par l’exercice d’un jugement médical éclairé, le rôle vital qu’ils jouent dans la prescription des médicaments.

... where medical evidence exists which tends to show a serious danger inherent in the use of a drug, the manufacturer is not entitled to ignore or discount that information in its warning solely because it finds it to be unconvincing; the manufacturer is obliged to be forthright and to tell the whole story.

... lorsqu'il existe une preuve médicale tendant à démontrer qu'un danger grave est inhérent à l'utilisation d'un médicament, le fabricant n'a pas le droit d'écarter cette information ou de ne pas en tenir compte dans sa mise en garde uniquement pour le motif qu'il n'estime pas cette preuve convaincante; il a l'obligation d'être franc et exhaustif.

41

In its submissions to this Court, Dow attempted to justify its recalcitrant warning practices by arguing that the numbers of "unexplained" ruptures were small over the relevant period (the rate of rupture was less than 1/10 of 1 percent) and by arguing that "unexplained" ruptures, being unexplained, are not a distinct category of risk of which they could realistically have warned. In my view, these arguments fail because both are based upon the assumption that Dow only had the obligation to warn once it had reached its own definitive conclusions with respect to the cause and effect of the "unexplained" ruptures. This assumption has no support in the law of Canada. Although the number of ruptures was statistically small over the relevant period, and the cause of the ruptures was unknown, Dow had an obligation to take into account the seriousness of the risk posed by a potential rupture to each user of a Silastic implant. Indeed, it is precisely because the ruptures were "unexplained" that Dow should have been concerned. Certainly, it would not have been onerous for Dow to have included an update in their product inserts to the effect that "unexplained" ruptures had been reported which were not attributable to surgical procedures, and a list of the possible side-effects of such ruptures. As Prowse J.A. observed, at pp. 20-21, of her reasons in the Court of Appeal:

Dans l'argumentation qu'elle a présentée devant notre Cour, Dow s'est efforcée de justifier ses réticences en matière de mise en garde en faisant valoir que le nombre de ruptures «inexpliquées» pendant la période pertinente était faible (moins de 1/10 pour 100) et en soutenant que les ruptures «inexpliquées», de ce seul fait, ne forment pas une catégorie distincte de risque contre laquelle elle aurait pu de façon réaliste faire une mise en garde. À mon avis, ces arguments ne sauraient être retenus parce qu'ils postulent tous deux que Dow n'avait une obligation de mise en garde qu'après avoir tiré ses propres conclusions définitives quant à la cause et à l'effet des ruptures «inexpliquées». Or ce postulat n'a aucun fondement en droit canadien. Bien que le nombre de ruptures ait été statistiquement faible pendant la période pertinente, et que leur cause ait été inconnue, il incombait à Dow de tenir compte de la gravité du risque que présentait pour chacune des porteuses une rupture possible de la prothèse Silastic. D'ailleurs, c'est précisément parce que les ruptures étaient «inexpliquées» que Dow aurait dû s'en préoccuper. À n'en pas douter, il ne lui aurait pas été difficile d'inclure dans la documentation technique une mise à jour faisant état des cas signalés de ruptures «inexpliquées» non attribuables à l'intervention chirurgicale et dressant la liste des effets secondaires possibles de telles ruptures. Ainsi que l'a fait observer le juge Prowse dans les motifs majoritaires de la Cour d'appel (aux pp. 20 et 21):

Dow was in a much better position to advise of the incidence of rupture than was any individual doctor or even the community of plastic surgeons performing breast implantations, since Dow was the repository for complaints of rupture. This placed a significant onus on Dow to keep the medical community advised of devel-

[TRADUCTION] Dow était beaucoup mieux placée pour parler de l'incidence des ruptures qu'un médecin individuel ou même l'ensemble des plasticiens pratiquant des implantations mammaires puisque c'est elle qui recevait les plaintes à ce sujet. Elle assumait donc la charge importante de tenir le corps médical informé des élé-

opments with respect to its products which could have serious consequences for their patients.

ments nouveaux concernant ses produits susceptibles d'avoir de graves conséquences pour les patientes.

Dow was not required to issue a warning each time a rupture occurred, but it would not be expecting too much to expect it to issue updated information in this regard to the medical community on a yearly basis, or sooner, if the circumstances warranted it.

Dow n'était pas tenue d'émettre une mise en garde chaque fois que survenait un cas de rupture, mais il n'aurait pas été exagéré de s'attendre à ce qu'elle distribue l'information à jour au corps médical annuellement ou plus fréquemment selon les circonstances.

I conclude, therefore, that the Court of Appeal made no error in ruling that Dow did not discharge its duty to Ms. Hollis by properly warning Dr. Birch concerning the risk of post-surgical implant rupture.

J'en arrive donc à la conclusion que la Cour d'appel n'a commis aucune erreur en décidant que Dow ne s'est pas acquittée de l'obligation qu'elle avait envers M^{me} Hollis de donner au D^r Birch une mise en garde adéquate concernant le risque de rupture postopératoire de la prothèse.

2. *Did Dow's Breach of the Duty to Warn Cause Ms. Hollis' Injury?*

2. *Le manquement de Dow à son obligation de mise en garde a-t-il causé le préjudice subi par M^{me} Hollis?*

Dow raises two distinct causation issues in this appeal. The first is whether Ms. Hollis would have elected to have the operation if she had been properly warned of the risk by Dr. Birch. Dow submits that a reasonable woman in Ms. Hollis' position would have consented to the surgery despite the risk and, on this basis, argues that its failure to warn was not the proximate cause of Ms. Hollis' injury. The second issue Dow raises is whether Dr. Birch would have warned Ms. Hollis if he had been properly warned by Dow of the risk. Dow submits that Ms. Hollis had the onus of establishing that Dr. Birch would not have warned Ms. Hollis even if fully apprised by Dow of the risk and, once again, argues that its failure to warn cannot be the proximate cause of her injuries. Counsel for Ms. Hollis sought to meet the first issue on a factual basis alone. As to the second issue, however, he contested as well the underpinnings of Dow's argument, which as will appear raises more substantial legal issues. I shall accordingly approach the issues on that basis.

Dow soulève en l'espèce deux questions distinctes relativement à la causalité. La première consiste à déterminer si M^{me} Hollis aurait choisi de subir l'opération si le D^r Birch l'avait adéquatement prévenue du risque qu'elle courait. Dow soutient qu'une femme raisonnable placée dans la situation de M^{me} Hollis aurait consenti à l'intervention malgré le risque et, sur ce fondement, elle fait valoir que sa mise en garde défaillante n'a pas été la cause immédiate du préjudice qu'elle a subi. La seconde question soulevée par Dow est celle de savoir si le D^r Birch aurait mis M^{me} Hollis en garde si Dow l'avait adéquatement prévenu du risque. Dow soutient qu'il incombait à M^{me} Hollis d'établir que le D^r Birch ne l'aurait pas mise en garde même si la société l'avait pleinement informé du risque et, encore là, elle fait valoir que sa mise en garde défaillante ne peut être la cause immédiate de son préjudice. L'avocat de M^{me} Hollis a tenté de répondre à la première question sur une base factuelle seulement. Pour ce qui est de la seconde question, il a contesté également le fondement de l'argumentation de Dow qui, comme nous le verrons, soulève des questions de droit plus importantes. J'examinerai donc les questions en fonction de ces points de vue.

42

43

(a) Would Ms. Hollis Have Consented to the Operation Even if Properly Warned of the Risk?

(i) *The Appropriate Test*

44

In determining whether Ms. Hollis would have consented to the operation had she been properly warned by Dr. Birch of the risk of rupture, Prowse J.A. applied the modified objective test developed by this Court in *Reibl, supra*, which involved a negligence action by a patient against a surgeon for failing to warn him of the risk of paralysis entailed in elective surgery performed by that surgeon. The test applied by Prowse J.A. was as follows: would a reasonable woman in Ms. Hollis' particular circumstances have consented to the surgery if she had known all the material risks? I note, however, that in *Buchan, supra*, at pp. 380-81, Robins J.A. found the *Reibl* test to be inapplicable to products liability cases, and instead applied a subjective test. Robins J.A.'s rationale deserves to be quoted at length:

The considerations applicable to and the responsibilities involved in a doctor-patient relationship differ markedly from those of a manufacturer-consumer relationship. As between doctor and patient, there is a direct and intimate relationship in which the relative advantages and disadvantages of a proposed medical treatment, including the taking of a drug, can be considered, discussed and evaluated. As between drug manufacturer and consumer, the manufacturer is a distant commercial entity that, like manufacturers of other products, promotes its products directly or indirectly to gain consumer sales, sometimes, as in this case, accentuating value while under-emphasizing risks. Manufacturers hold an enormous informational advantage over consumers and, indeed, over most physicians. The information they provide often establishes the boundaries within which a physician determines the risks of possible harm and the benefits to be gained by a patient's use of a drug. Manufacturers, unlike doctors, are not called upon to tailor their warnings to the needs and abilities of the individual patient; and, unlike doctors, they are not

a) Madame Hollis aurait-elle consenti à l'opération même si elle avait été adéquatement mise en garde contre le risque?

(i) *Le critère approprié*

Pour déterminer si M^{me} Hollis aurait consenti à l'opération si le D^r Birch l'avait adéquatement mise en garde contre le risque de rupture, le juge Prowse a appliqué le critère objectif modifié établi par notre Cour dans l'arrêt *Reibl*, précité, qui portait sur l'action en négligence qu'avait intentée un patient contre un chirurgien qui avait omis de l'avertir du risque de paralysie que comportait une chirurgie non urgente pratiquée par ce dernier. Le juge Prowse a appliqué le critère suivant: une femme raisonnable placée dans la situation particulière de M^{me} Hollis aurait-elle consenti à l'opération si elle en avait connu tous les risques importants? Je note toutefois que dans l'arrêt *Buchan*, précité, aux pp. 380 et 381, le juge Robins a estimé que le critère de l'arrêt *Reibl* était inapplicable en matière de responsabilité du fabricant et il a appliqué à la place un critère subjectif. Il convient de reprendre une grande partie de son raisonnement:

[TRADUCTION] Il existe une différence marquée entre les considérations applicables à la relation médecin-patient et les responsabilités qui en découlent, et celles qui s'attachent à la relation fabricant-consommateur. Entre le médecin et le patient, se tisse une relation directe et intime dans le cadre de laquelle les avantages et les désavantages relatifs d'un traitement médical envisagé ou de la prise d'un médicament peuvent être examinés et appréciés. Dans la relation entre fabricant pharmaceutique et consommateur, le fabricant est une entité commerciale distante qui, à l'instar de tout autre fabricant, fait directement ou indirectement la promotion de ses produits dans le but d'en mousser la vente, parfois, comme en l'espèce, en accentuant la valeur tout en minimisant les risques. Les fabricants ont, sur le plan de l'information, un avantage énorme sur les consommateurs et, de fait, sur la plupart des médecins. C'est souvent l'information qu'ils fournissent qui sert à établir le cadre à l'intérieur duquel le médecin détermine les risques et les avantages que présente l'utilisation d'un médicament par son patient. Contrairement aux médecins, les fabricants ne sont pas appelés à adapter leurs mises en garde aux aptitudes et aux besoins particuliers du patient et, contrairement aux médecins,

required to make the type of judgment call that becomes subject to scrutiny in informed consent actions.

When a manufacturer's breach of the duty to warn is found to have influenced a physician's opinion as to the safety of a drug thereby contributing to the physician's non-disclosure of a material risk and the consumer's ingestion of the drug, the manufacturer is not entitled to require the injured consumer to prove that a reasonable consumer in her position would not have taken the drug if properly warned. At this juncture, the case stands on no different footing than the usual products liability case in which there is no question of the intervention of an intermediary, and should be treated as such. The manufacturer has put a product on the market without proper warning. The likelihood that the consumer will take the drug without knowledge of its potential risks is a foreseeable consequence of the breach of the duty to warn. Whether the particular consumer would have taken the drug even with a proper warning is a matter to be decided by the trier of fact on all of the relevant evidence.

In my opinion, it was open to the trial judge, viewing the evidence as he did, to credit the plaintiff's testimony that she would not have taken the pill had she been told of the danger of stroke, and to determine the causation issue accordingly. Whether a so-called reasonable woman in the plaintiff's position would have done likewise is beside the point.

Robins J.A. also addressed the argument that the imposition of a subjective standard would place an undue burden on drug manufacturers. He rejected this argument for the following reason, at p. 381:

The suggestion that the determination of this causation issue other than by way of an objective test would place an undue burden on drug manufacturers is answered by noting that drug manufacturers are in a position to escape all liability by the simple expedient of providing a clear and forthright warning of the dangers inherent in the use of their products of which they know or ought to know. In my opinion, it is sound in principle and in policy to adopt an approach which facilitates

ils ne sont pas tenus de poser le type de jugement personnel qui peut faire l'objet d'un examen dans le cadre d'actions fondées sur l'absence de consentement éclairé.

Lorsqu'on conclut que le manquement par un fabricant à son obligation de mise en garde a influencé l'opinion d'un médecin quant à l'innocuité d'un médicament, contribuant ainsi à la non-divulgence d'un risque important par le médecin et à la prise du médicament par la consommatrice, le fabricant ne peut exiger de celle-ci qu'elle prouve qu'une consommatrice raisonnable placée dans sa situation n'aurait pas pris le médicament si on l'avait adéquatement mise en garde. Sur ce point, l'affaire n'est pas différente des affaires ordinaires de responsabilité du fabricant où la question de l'intervention d'un intermédiaire ne se pose pas, et elle devrait être traitée comme telle. Le fabricant a mis un produit sur le marché sans mise en garde adéquate. La probabilité que la consommatrice prenne le médicament sans en connaître les risques potentiels est une conséquence prévisible du manquement à l'obligation de mise en garde. La question de savoir si une consommatrice donnée aurait pris le médicament même après avoir reçu une mise en garde adéquate relève du juge des faits, lequel en décidera en tenant compte de tous les éléments de preuve pertinents.

À mon avis, il était loisible au juge de première instance, ayant pris connaissance de la preuve, d'ajouter foi au témoignage de la demanderesse selon lequel elle n'aurait pas pris la pilule si elle avait été mise au courant du danger d'accident cérébro-vasculaire, et de trancher en conséquence la question de la causalité. La question de savoir si une femme dite raisonnable dans la situation de la demanderesse aurait agi de la même manière n'est pas pertinente.

Le juge Robins a également examiné l'argument voulant que l'adoption d'une norme subjective imposerait une charge trop lourde aux fabricants pharmaceutiques. Il a rejeté ce moyen pour le motif suivant, à la p. 381:

[TRADUCTION] On peut répondre à l'argument suivant lequel l'adoption d'un critère autre qu'objectif imposerait une charge indue aux fabricants pharmaceutiques en soulignant que ceux-ci ont la possibilité de s'exonérer de toute responsabilité par un simple expédient, savoir une mise en garde claire et franche concernant les dangers inhérents à l'utilisation de leurs produits qu'ils connaissent ou devraient connaître. À mon avis, il est sage, sur le plan des principes et de l'intérêt public, d'adopter

meaningful consumer choice and promotes marketplace honesty by encouraging full disclosure. This is preferable to invoking evidentiary burdens that serve to exonerate negligent manufacturers as well as manufacturers who would rather risk liability than provide information which might prejudicially affect their volume of sales.

45

In my view, the rationale given by Robins J.A. for a subjective test is compelling and justifies the adoption of the subjective test in cases of this nature. The most serious concern raised by the application of a subjective test is that the plaintiff, with the benefit of hindsight, will always claim that she would not have used the product if she had been properly warned. In *Reibl, supra*, at pp. 897-99, Laskin C.J. elaborated upon this concern in the following terms:

An alternative to the subjective test is an objective one, that is, what would a reasonable person in the patient's position have done if there had been proper disclosure of attendant risks. The case for the objective standard has been tersely put in the following passage from a comment in (1973), 48 N.Y.U.L. Rev. 548, at p. 550, entitled "Informed Consent — A Proposed Standard for Medical Disclosure":

Since proximate causation exists only if disclosure would have resulted in the patient's foregoing the proposed treatment, a standard must be developed to determine whether the patient would have decided against the treatment had he been informed of its risks. Two possible standards exist: whether, if informed, the particular patient would have foregone treatment (subjective view); or whether the average prudent person in plaintiff's position, informed of all material risks, would have foregone treatment (objective view). The objective standard is preferable, since the subjective standard has a gross defect: it depends on the plaintiff's testimony as to his state of mind, thereby exposing the physician to the patient's hindsight and bitterness.

It could hardly be expected that the patient who is suing would admit that he would have agreed to have the surgery, even knowing all the accompanying risks. His suit

une approche qui favorise le choix éclairé du consommateur et l'honnêteté commerciale en encourageant la divulgation complète. Cela vaut mieux que d'invoquer des fardeaux de la preuve qui servent à exonérer les fabricants négligents de même que ceux qui préfèrent risquer d'engager leur responsabilité plutôt que de fournir des renseignements susceptibles d'être préjudiciables au volume de leurs ventes.

À mon avis, le raisonnement que suit le juge Robins pour retenir un critère subjectif est convaincant et justifie son adoption dans les affaires de ce type. La plus importante préoccupation que soulève l'application de ce critère est que la demanderesse, avec le recul, prétendra toujours qu'elle n'aurait pas utilisé le produit si on l'avait mise en garde de manière adéquate. Dans l'arrêt *Reibl*, précité, le juge en chef Laskin a commenté cette préoccupation dans les termes suivants, aux pp. 897 et 898:

L'alternative au critère subjectif est le critère objectif, c'est-à-dire ce qu'une personne raisonnable dans la situation du patient aurait fait si les risques que comporte l'opération avaient été bien divulgués. Les arguments en faveur de la norme objective ont été énoncés avec concision dans le passage suivant tiré d'un commentaire paru à (1973), 48 N.Y.U.L. Rev. 548, à la p. 550, intitulé «Informed Consent — A Proposed Standard for Medical Disclosure»:

[TRADUCTION] Puisque la causalité directe n'existe que si la divulgation avait amené le patient à refuser le traitement envisagé, il faut élaborer une norme pour déterminer si le patient aurait refusé de subir le traitement si on l'avait informé des risques. Deux normes possibles existent: ce patient donné aurait-il refusé le traitement s'il avait été renseigné (considération subjective)?; ou une personne prudente placée dans la situation du demandeur, connaissant tous les risques importants, aurait-elle refusé le traitement (considération objective)? La norme objective est préférable puisque la norme subjective présente un défaut flagrant: elle est subordonnée au témoignage du demandeur quant à son état d'esprit, exposant le médecin à l'analyse rétrospective du patient et à sa ranceur.

On peut difficilement s'attendre à ce que le patient qui intente une poursuite admette qu'il aurait consenti à l'opération même en connaissant tous les risques qu'elle

would indicate that, having suffered serious disablement because of the surgery, he is convinced that he would not have permitted it if there had been proper disclosure of the risks, balanced by the risks of refusing the surgery.

Although the concern raised by Laskin C.J. is valid and should continue to be applied in a doctor-patient relationship, in a suit against a manufacturer for failure to warn this concern can be adequately addressed at the trial level through cross-examination and through a proper weighing by the trial judge of the relevant testimony. While this difference between the type of proof required in the two kinds of actions may seem anomalous, it is amply justified having regard to the different circumstances in which the relevant duties arise, and the consequent difference in the nature of these duties. As Robins J.A. intimated in *Buchan*, the duty of the doctor is to give the best medical advice and service he or she can give to a particular patient in a specific context. It is by no means coterminous with that of the manufacturer of products used in rendering that service. The manufacturer, on the other hand, can be expected to act in a more self-interested manner. In the case of a manufacturer, therefore, there is a greater likelihood that the value of a product will be overemphasized and the risk underemphasized. It is, therefore, highly desirable from a policy perspective to hold the manufacturer to a strict standard of warning consumers of dangerous side effects to these products. There is no reason, as in the case of a doctor, to modify the usual approach to causation followed in other tortious actions. Indeed the imbalance of resources and information between the manufacturer and the patient, and even the doctor, weighs in the opposite direction. Moreover, it is important to remember that many product liability cases of this nature will arise in a context where no negligence can be attributed to a doctor. It would appear ill-advised, then, to distort the rule that is appropriate for claims against a manufacturer simply because of an apparent anomaly that results in cases where a doctor is also alleged to have been negligent.

comportait. Sa poursuite tend à indiquer, que gravement handicapé suite à l'opération, il est convaincu qu'il n'y aurait pas consenti si on lui avait bien divulgué les risques de l'opération comparés aux risques que présentait le refus de la subir.

Bien que la préoccupation du juge en chef Laskin soit valable et qu'on doive continuer à l'appliquer à la relation patient-médecin, il est possible, dans le cas d'une poursuite contre un fabricant pour défaut de mise en garde, d'y répondre adéquatement en première instance par voie de contre-interrogatoire et par la juste appréciation par le juge des témoignages pertinents. Bien que cette différence entre le genre de preuve requise dans les deux types d'action puisse sembler inusitée, elle est amplement justifiée eu égard aux circonstances différentes dans lesquelles naissent les obligations pertinentes et à la différence qui en découle quant à la nature de ces obligations. Comme l'indique le juge Robins dans *Buchan*, le devoir du médecin est de donner à son patient, dans un contexte donné, les meilleurs conseils et services médicaux possibles. Il ne coïncide aucunement avec celui du fabricant des produits utilisés dans la prestation de ces services. On peut s'attendre à ce que le fabricant, pour sa part, agisse de façon plus intéressée. Dans son cas, il y a donc une plus grande probabilité que la valeur du produit soit exagérée et les risques minimisés. Il est donc hautement souhaitable, sur le plan des principes, de lui appliquer une norme stricte en ce qui concerne les mises en garde contre les effets secondaires dangereux de ces produits. Il n'y a aucune raison, comme dans le cas du médecin, de modifier la conception de la causalité généralement appliquée en matière de responsabilité délictuelle. En fait, l'inégalité des ressources et de l'information entre le fabricant et le patient, voire le médecin, pointe dans la direction opposée. En outre, il importe de rappeler que nombre d'affaires de cette nature prendront naissance dans un contexte où aucune négligence ne peut être imputée au médecin. Il semblerait donc peu judicieux de déroger à la règle applicable aux demandes visant un fabricant simplement parce qu'il en résulte une apparente anomalie dans les cas où la négligence du médecin est également alléguée.

(ii) *The Application of the Test to the Facts of the Case at Bar*

47

In my view, there was sufficient evidence adduced at trial to satisfy the subjective *Buchan* test. Ms. Hollis testified quite clearly at trial that, had she had been properly warned by Dr. Birch of the risk of rupture, she would not have had the surgery. She stated:

Q. And what, if anything, would you have done if you had been advised that that was a risk of the procedure?

A. I would not have had the procedure.

Q. Why would that be?

A. Well, when I held that implant in my hand, I gave it back very quickly and it did bother me to hold it. Had I known that that gel could have escaped the bag in some way, I know I wouldn't have had the surgery.

No adverse findings were made either at trial or on appeal with respect to the credibility of Ms. Hollis' testimony.

48

Moreover, there was ample evidence adduced at trial to lend credence to Ms. Hollis' claim that she would not have had the surgery if properly warned. At trial, two plastic surgeons gave testimony concerning whether a reasonable woman in Ms. Hollis' position would have consented to the surgery if properly warned. Dow's witness was Dr. Warren, a plastic surgeon specializing in breast prosthesis implantation, who testified that "the vast majority" of women who seek breast implants "seem to come in 'pre-sold'" on the idea of getting an implant. According to Dr. Warren, when the women are "pre-sold" they are not generally deterred by warnings concerning the risk of rupture. He stated:

Q. And they have obviously gone ahead and had the operation?

A. There is the occasional patient who, when they hear of these complications, decides it's not for them but

(ii) *L'application du critère aux faits de l'es-pèce*

À mon avis, il y avait une preuve suffisante au procès pour satisfaire au critère subjectif de l'arrêt *Buchan*. Madame Hollis a dit très clairement à l'audience que, si le Dr Birch l'avait suffisamment mise en garde contre le risque de rupture, elle ne se serait pas fait opérer. Elle s'est exprimée ainsi:

[TRADUCTION]

Q. Et qu'auriez-vous fait si l'on vous avait avertie que l'intervention comportait ce risque?

R. Je n'aurais pas subi l'intervention.

Q. Et pourquoi?

R. Bien, lorsque j'ai tenu la prothèse dans ma main, je l'ai remise très rapidement; je n'ai pas aimé l'avoir dans ma main. Si j'avais su que le gel pouvait s'échapper de quelque façon de l'enveloppe, je sais que je n'aurais pas accepté de subir l'intervention.

Aucune conclusion défavorable n'a été tirée au procès ou en appel quant à la crédibilité du témoignage de M^{me} Hollis.

Qui plus est, il y avait amplement d'éléments de preuve au procès pour ajouter foi à l'affirmation de M^{me} Hollis qu'elle n'aurait pas subi l'intervention si elle avait été adéquatement mise en garde. Deux plasticiens sont venus témoigner sur la question de savoir si une femme raisonnable dans la situation de M^{me} Hollis aurait consenti à l'intervention après avoir reçu une mise en garde adéquate. Le Dr Warren, plasticien spécialisé dans l'implantation de prothèses mammaires, qui a témoigné pour la société Dow, a déclaré que «la grande majorité» des femmes qui veulent se faire implanter des prothèses mammaires «semblent «déjà vendues»» à l'idée d'avoir une prothèse. Selon le Dr Warren, les mises en garde concernant le risque de rupture n'ont généralement pas d'effet dissuasif sur les femmes «déjà vendues» à l'idée:

[TRADUCTION]

Q. Et elles sont évidemment allées de l'avant et ont subi l'opération?

R. Il arrive à l'occasion qu'une patiente, après avoir été prévenue de ces complications, décide que ce n'est

certainly the vast majority — if I can use this word — seem to come in “presold” and they go ahead.

Dr. Birch called Dr. Thompson as a witness. Dr. Thompson is a plastic surgeon who, in the course of his practice, does breast prosthesis implantation. Under cross-examination, Dr. Thompson testified that the decision whether to have implant surgery following a proper warning will depend in large part upon the level of risk aversion to which each individual patient is susceptible. He stated:

Q In your experience with patients, is it apparent to you that some patients are risk takers and others are not risk takers?

A Yes.

Q Some people think nothing at all of accepting the risk of death under anaesthesia to have breast implants, when you think about it, is that correct?

A Yes.

Q And other people would single out that risk, as an example, as too great a risk to bother having breast implants?

A Yes. Yes.

Q And those judgments are different between virtually everyone in the population?

A Yes.

Q And both views are reasonable?

A Yes.

In my view, there was ample evidence on the record to demonstrate that Ms. Hollis did not fall into the category of “pre-sold” women described by Dr. Warren. On the contrary, the evidence indicates that Ms. Hollis was not a risk taker and that she did not even consider having breast surgery until after her general practitioner, Dr. Mills, referred her for that purpose to Dr. Birch, a plastic surgeon who had been treating her for acne scarring on her cheeks. Ms. Hollis testified that, prior to her first physical exam in 1983, she had not been interested in having plastic surgery on her breasts. She stated:

pas pour elle. Mais certainement, la grande majorité des femmes — si je peux m’exprimer ainsi — semblent «déjà vendues» et elles vont de l’avant.

Le D^r Birch a cité comme témoin le D^r Thompson, plasticien qui, dans le cours de sa pratique, effectue des implantations de prothèses mammaires. En contre-interrogatoire, le D^r Thompson a déclaré que, après une mise en garde adéquate, la décision de subir l’implantation chirurgicale dépend en grande partie du niveau de risque que chaque patiente est prête à accepter. Il a dit:

[TRADUCTION]

Q D’après votre expérience avec les patientes, vous apparaît-il manifeste que certaines sont du type à prendre des risques et d’autres ne le sont pas?

R Oui.

Q Certaines personnes n’hésitent pas à prendre le risque de mourir sous anesthésie pour se faire implanter des prothèses mammaires; en y réfléchissant, est-ce exact?

R Oui.

Q Tandis que d’autres personnes vont considérer que ce risque, par exemple, est trop élevé pour se faire implanter des prothèses mammaires.

R Oui. Oui.

Q Et ces jugements varient pratiquement pour chaque personne?

R Oui.

Q Et les deux façons de voir sont raisonnables?

R Oui.

À mon avis, les éléments de preuve au dossier établissaient amplement que M^{me} Hollis n’appartenait pas à la catégorie des femmes «déjà vendues» décrite par le D^r Warren. Au contraire, la preuve indique que M^{me} Hollis n’était pas le genre de personne à prendre des risques et qu’elle n’avait même jamais songé à subir une intervention aux seins avant que son médecin généraliste, le D^r Mills, la renvoie à ce sujet au D^r Birch, un plasticien qui l’avait traitée pour des marques d’acné sur les joues. Madame Hollis a déclaré en témoignage que, avant son premier examen physique en 1983, l’idée d’une mammoplastie ne l’avait jamais intéressée:

A. I knew my breasts were not attractive. I might say that I became more conscious of it or self-conscious of it in my later teens.

. . .

A. I never really thought of getting them fixed. I just thought they were unattractive. I never thought of having anything done to them.

Ms. Hollis also testified that, prior to her second referral to Dr. Birch, she had never seen a doctor specifically about correcting her condition. She stated:

A. Well, it was my real first complete physical, meaning a breast examination as well, and I was nervous about it. I was nervous that I would have to show him my breast, so before — I had a robe on and before Dr. Mills did the examination, I told him that I was self-conscious of my breasts and thought that they maybe just weren't right. And he did the examination and covered the breasts back up with the robe. And then he did say they aren't right.

. . .

A. Well, he suggested that, because I had already seen Dr. Birch about the acne pitting, that I return to him about my breasts. My right nipple was elongated as well. It almost looked like it was one and a half — to me it looked that way.

And he said, if nothing else, Dr. Birch might be able to do something with the nipple or the nipple could have something done.

50

At trial, Dow's lawyers cross-examined Ms. Hollis persistently concerning whether she was ashamed of her breasts, whether she thought they were abnormal and whether she thought they would affect her ability to get married. Ms. Hollis admitted that she knew her breasts did not fit the "ideal" concept of an attractive breast but insisted that she was not ashamed of them. She testified:

[TRANSCRIPTION]

R. Je savais que mes seins n'étaient pas attrayants. Je dirais que j'en ai pris conscience ou que j'ai développé une gêne à ce sujet à la fin de mon adolescence.

. . .

R. Je n'ai jamais pensé à subir une intervention. Je pensais simplement que mes seins n'étaient pas attrayants. Je n'ai jamais pensé que je pourrais faire quelque chose à ce sujet.

Madame Hollis a également témoigné que, avant sa seconde rencontre avec le Dr Birch, elle n'avait jamais consulté un médecin spécialement à ce sujet:

[TRANSCRIPTION]

R. Bien, c'était mon premier véritable examen physique complet, c'est-à-dire avec un examen des seins, et j'étais nerveuse. L'idée d'avoir à lui montrer mes seins me rendait nerveuse et donc avant — je portais un peignoir et avant que le Dr Mills ne fasse l'examen, je lui ai dit que j'étais gênée par mes seins et que peut-être ils n'étaient pas corrects. Il a fait l'examen et a remis le peignoir en place. Et alors il a dit qu'effectivement ils n'étaient pas corrects.

. . .

R. Bien, il a suggéré que je retourne voir le Dr Birch, que j'avais déjà consulté à propos de marques d'acné, au sujet de mes seins. Mon mamelon droit était allongé. Il paraissait une fois et demi plus long — du moins pour moi.

Et il a dit que le Dr Birch pourrait peut-être, au moins, faire quelque chose pour le mamelon ou qu'on pourrait le corriger.

Au procès, les avocats de Dow ont contre-interrogé M^{me} Hollis avec persistance pour savoir si elle avait honte de ses seins, si elle pensait qu'ils étaient anormaux et si elle croyait que cela pourrait compromettre ses chances de se marier. Madame Hollis a reconnu qu'elle savait que ses seins ne correspondaient pas au modèle «idéal» de la poitrine attrayante, mais elle a insisté pour dire qu'elle n'en avait pas honte:

Q. And you were concerned about what effect your appearance at that time would have on your prospects of marriage, weren't you?

A. I hadn't thought of them in that way, to that extent. I thought they were unattractive breasts and that I would live with them.

A. I looked at it more that the breasts would not be something I would have given a lot of thought to had I been in love with someone and wanted to marry. I would think that they would have been fine, even though they were unattractive.

Ms. Hollis also testified that, prior to the surgery, the appearance of her breasts had no significant effect on her social life. Her concerns about their appearance did not affect the way she wore clothing or her relationships with other people. Indeed, when asked if she had breast implant surgery to help her poor self-image, Ms. Hollis testified that her low self-esteem at that time was attributable to other factors. She stated:

Q. I mean, you did have a poor self-image of yourself at that point, didn't you?

A. I don't know if you would say poor, you know. I didn't have a wonderful self-image of myself, but, again, I'm not sure if it was simply because of my breasts.

Q. Well, that was the major ingredient, if there were other factors?

A. I don't know if I could even agree to that at that time.

The veracity of Ms. Hollis' testimony concerning this question was borne out by Dr. Birch's testimony. Dr. Birch testified that, when he originally saw Ms. Hollis to examine the acne scarring on her face, they had no discussion with respect to breast problems or a desire on her part to have breast surgery. Dr. Birch testified that it was only when Dr. Mills referred her back to him a second time that he examined her breasts. Prior to that second examination, Dr. Mills spoke to Dr. Birch, explained to him that Ms. Hollis was very shy, and

[TRADUCTION]

Q. Et vous vous inquiétiez de l'effet que votre apparence à cette époque aurait sur vos perspectives de mariage, n'est-ce pas?

R. Je n'y avais pas songé de cette façon, sous cet angle. Je pensais qu'ils n'étaient pas attrayants mais que je pouvais vivre comme cela.

R. Je considérais davantage que ce n'était pas une chose à laquelle j'aurais attaché beaucoup d'importance si j'avais été amoureuse et si j'avais voulu me marier. Je pensais qu'ils auraient été corrects, même s'ils n'étaient pas attrayants.

Madame Hollis a également déclaré qu'avant l'opération l'apparence de sa poitrine n'avait eu aucun effet significatif sur sa vie sociale. La préoccupation qu'elle avait à ce sujet n'avait pas modifié sa façon de se vêtir ou ses relations avec son entourage. En fait, lorsqu'on lui a demandé si elle avait subi une implantation mammaire pour rehausser l'estime qu'elle avait d'elle-même, elle a répondu que sa faible estime de soi à cette époque était due à d'autres facteurs:

[TRADUCTION]

Q. Vous aviez effectivement alors une mauvaise image de vous-même, n'est-ce pas?

R. Je ne sais pas si on peut dire mauvaise. Je n'avais pas une image merveilleuse de moi-même mais, encore une fois, je ne suis pas certaine que c'était uniquement à cause de ma poitrine.

Q. Eh bien, c'était le facteur principal, s'il y en avait d'autres?

R. Je ne sais pas si j'aurais même été d'accord avec cela à cette époque.

La véracité du témoignage de M^{me} Hollis sur cette question est renforcée par le témoignage du D^r Birch. Celui-ci a déclaré que lorsqu'il a vu à l'origine M^{me} Hollis pour examiner les marques d'acné sur son visage, il n'a pas été question de problèmes de poitrine ou d'un désir de sa part d'avoir une opération aux seins. Il a dit que ce n'est que lorsque le D^r Mills l'a renvoyée à lui une seconde fois qu'il a examiné ses seins. Avant ce second examen, le D^r Mills a parlé au D^r Birch pour lui expliquer que M^{me} Hollis était très timide

told him to be gentle with her. Dr. Birch also testified that Ms. Hollis was very tentative about approaching the whole issue of the condition of her breasts. He stated:

Q Now, what was Miss Hollis' reaction or manner of presentation to you in your office on that occasion, that July 28th visit?

A Well, she was as Dr. Mills had described her to be, a quiet, shy person who didn't seem to me to have easily approached this whole question of the problem she was having with her breasts. It seemed to be a very important problem to her, but she was extremely reticent in being examined so that it almost created some difficulty in carrying out an examination at first

Dr. Birch testified that Ms. Hollis was more shy than the average woman with respect to exposing her naked body. He stated:

. . . I probably examine an average of five women a day that way and so I have some idea of what average characteristics of women's behavior in that regard are and she was not within the average at all.

Dr. Birch testified under cross-examination that the majority of his patients who have breast implants are pleased with the results. However, he felt that Ms. Hollis' case could not be compared to cases of purely cosmetic surgery in which women may be very keen to keep implants even though they may have experienced problems with them. He stated:

Q And the remainder that have — that have problems with the result, is it fair to say that those people will go to lengths to attempt to keep the breast prosthesis in their body?

A Yes, in general I think that that's a true statement. They become happy with the increased volume. Now, we're not talking about cases like Miss Hollis, we're talking usually about cases that are just routine breast enlargement procedures.

52

I, therefore, conclude that Ms. Hollis would not have opted for the surgery had she known of all the attendant risks.

et lui recommander d'être très délicat avec elle. Le Dr Birch a également déclaré que M^{me} Hollis paraissait très incertaine devant toute cette question de l'état de sa poitrine. Il a dit:

[TRADUCTION]

Q Maintenant, quelle a été la réaction de M^{me} Hollis ou sa façon de se présenter dans votre bureau à cette occasion, lors de cette visite du 28 juillet?

R Eh bien, elle était comme le Dr Mills me l'avait décrite, une personne réservée, timide, qui ne me paraissait pas avoir facilement envisagé toute cette question du problème de sa poitrine. Cela semblait être un problème très important pour elle, mais elle était extrêmement réticente à l'idée d'être examinée, ce qui a failli créer certaines difficultés au moment même de l'examen

Le Dr Birch a témoigné que M^{me} Hollis était plus gênée que la moyenne des femmes devant la perspective d'être nue:

[TRADUCTION] . . . j'examine probablement en moyenne cinq femmes par jour de cette façon; j'ai donc une certaine idée du comportement moyen des femmes à cet égard et elle n'était pas du tout dans la moyenne.

En contre-interrogatoire, le Dr Birch a déclaré que la majorité de ses patientes porteuses de prothèses mammaires sont satisfaites des résultats. Cependant, il a estimé que le cas de M^{me} Hollis ne pouvait se comparer aux cas des femmes ayant subi une chirurgie purement esthétique et qui sont souvent très désireuses de garder les prothèses même après avoir eu des problèmes:

[TRADUCTION]

Q Et les autres qui ont — qui ont des problèmes, est-il exact de dire que ces personnes feront tout ce qu'elles peuvent pour tenter de garder les prothèses mammaires?

R Oui, en général je crois que c'est exact. Elles sont heureuses de l'augmentation de volume. Maintenant, il ne s'agit pas de cas comme celui de M^{me} Hollis, il s'agit habituellement de simples cas d'augmentation mammaire.

Par conséquent, je conclus que M^{me} Hollis n'aurait pas opté pour l'opération si elle avait connu tous les risques que celle-ci comportait.

(b) Would Dr. Birch's Conduct Have Been the Same Whether or Not Dow Was in Breach of the Duty to Warn?

The second causation issue raised by Dow is whether Dr. Birch would have warned Ms. Hollis of the risk of rupture if Dow had properly warned Dr. Birch about that risk. Dow argues that there is no direct causal link between its breach of the duty to warn and Ms. Hollis' injury because, in 1983, Dr. Birch was aware of the risk of implant rupture but did not make a habit of warning his patients about that risk. In support of this argument, Dow relies on Dr. Birch's testimony at trial that, in 1983, he was warning only 20% to 30% of his patients of implant rupture, and that, in determining the nature and scope of his warnings to patients, he relied more on the articles he read in medical journals than on manufacturers' warnings.

It is right to say, however, that the trial judge found that in 1983 the average plastic surgeon in British Columbia did not in fact know about the possibility that rupture of Silastic implants could be a factor of any significance. This finding is supported and amplified by the fact that after Dow began circulating its more extensive 1985 warning and knowledge of the risk of rupture in the medical community became more prevalent, Dr. Birch adapted his practice accordingly, and by 1989 he was warning all his patients of the risk of rupture.

I do not propose to enter further into or assess these factors. I say this because, while Dow is correct in submitting that there was some ambiguity at trial concerning Dr. Birch's warning practices in 1983, Dow's argument is based upon the assumption that to succeed in her claim against Dow Ms. Hollis must prove that Dr. Birch would have warned her if Dow had properly warned Dr. Birch. I do not think this assumption is well founded. Ms. Hollis, it will be remembered, demonstrated that Dow had breached its duty to warn her of the risk of rupture, that she would not have undergone the medical procedure if she had been fully informed

b) Le comportement du Dr Birch aurait-il été le même indépendamment du manquement de Dow à son obligation de mise en garde?

La seconde question soulevée par Dow relativement à la causalité est celle de savoir si le Dr Birch aurait mis M^{me} Hollis en garde relativement au risque de rupture si Dow l'avait adéquatement prévenu de ce risque. Dow soutient qu'il n'y a pas de lien de causalité direct entre son manquement à l'obligation de mise en garde et le préjudice subi par M^{me} Hollis parce qu'en 1983 le Dr Birch était au courant du risque de rupture de la prothèse mais n'avait pas pris l'habitude d'en informer ses patientes. À l'appui de ce moyen, Dow invoque le témoignage du Dr Birch au procès selon lequel, en 1983, il n'avertissait qu'entre 20 à 30 pour 100 de ses patientes des risques de rupture, et que, en décidant de la nature et de la portée de ses mises en garde, il se fondait davantage sur les articles qu'il lisait dans des revues médicales que sur les mises en garde du fabricant.

Il y a lieu de dire toutefois que le juge de première instance a conclu que, dans les faits, le plasticien moyen en Colombie-Britannique ne connaissait pas, en 1983, l'importance du risque de rupture de la prothèse Silastic. Cette conclusion est étayée et renforcée par le fait que, après que Dow eut commencé en 1985 à faire circuler une mise en garde plus détaillée et que la connaissance du risque de rupture se fut davantage répandue au sein du corps médical, le Dr Birch a adapté sa pratique en conséquence et que, en 1989, il avertissait toutes ses patientes du risque de rupture.

Je n'ai pas l'intention d'aller plus loin dans l'analyse de ces facteurs. Et cela parce que, bien qu'elle ait raison de souligner l'ambiguïté apparue au procès concernant la pratique suivie en 1983 par le Dr Birch en matière de mise en garde, Dow fonde son argument sur le postulat que, pour avoir gain de cause contre elle, M^{me} Hollis doit prouver que le Dr Birch l'aurait mise en garde s'il avait lui-même été adéquatement mis en garde par Dow. Je ne crois pas que ce postulat soit bien fondé. Madame Hollis, rappelons-le, a établi que Dow a manqué à son obligation de la mettre en garde contre le risque de rupture, qu'elle n'aurait pas subi

53

54

55

of the risks, and that she suffered injury from the rupture. Had Dr. Birch been adequately warned but had not passed on the information to Ms. Hollis, Dow would, it is true, have been absolved of liability by virtue of the learned intermediary doctrine. But I fail to see how one can reason from this that, for Dow to be liable, Ms. Hollis must now establish that Dr. Birch would have informed her if he had known. To require her to do so would be to ask her to prove a hypothetical situation relating to her doctor's conduct, one, moreover, brought about by Dow's failure to perform its duty. While the legal and persuasive onus in a negligence case generally falls on the plaintiff, I do not see how this can require the plaintiff to prove a hypothetical situation of this kind.

l'intervention si elle avait été pleinement informée des risques, et que la rupture lui a causé un préjudice. Si le Dr Birch avait reçu une mise en garde adéquate mais ne l'avait pas transmise à M^{me} Hollis, Dow aurait certes été exonérée de toute responsabilité conformément à la théorie de l'intermédiaire compétent. Mais je ne vois pas comment on peut en déduire que pour engager la responsabilité de Dow, M^{me} Hollis doit maintenant établir que le Dr Birch l'aurait informée s'il avait été lui-même mis au courant. L'obliger à établir cette preuve serait lui demander de faire la preuve d'une situation hypothétique relativement au comportement de son médecin et, qui plus est, d'une situation résultant du manquement de Dow à son obligation. Si, dans une affaire de négligence, la charge ultime et de persuasion incombe généralement au demandeur, je ne vois pas comment cela peut obliger le demandeur à prouver une situation hypothétique de ce genre.

56

The reasoning in this Court's decision in *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830, is helpful in this context. In that case, the plaintiff was shot by one of two members of a hunting party. The jury had found that the plaintiff had been shot by one of the two hunters, and that both of the hunters had been negligent in shooting in the plaintiff's direction, but were unable to say which hunter's bullet had actually hit the plaintiff. On this basis, the jury exculpated both defendants from negligence. This Court set aside the jury finding and ruled that, once the plaintiff had proved that he had been shot by one of the defendants, the onus was on the defendants to establish absence of negligence. Unless they could exculpate themselves both would be liable. In a concurring judgment setting forth his reasons for reversing the burden of proof, Rand J. made the following remarks, at pp. 832-33, that serve to illuminate the present discussion:

Le raisonnement qu'a suivi notre Cour dans *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830, apporte un éclairage utile dans le présent contexte. Dans cette affaire, le demandeur avait été atteint d'un coup tiré par l'un de deux membres d'un groupe de chasseurs. Tout en concluant que l'un des deux chasseurs avait tiré sur le demandeur et que les deux chasseurs avaient été négligents en tirant dans sa direction, le jury a été incapable de déterminer lequel des deux avait tiré le coup qui avait atteint le demandeur. Il a donc exonéré les deux défendeurs de l'allégation de négligence. Notre Cour a infirmé ce verdict et conclu que, une fois que le demandeur a prouvé que l'un des deux défendeurs avait tiré sur lui, c'était à ces derniers qu'incombait le fardeau d'établir l'absence de négligence. À moins qu'ils ne parviennent à se disculper, les deux seraient tenus responsables. Dans des motifs concordants où il justifie l'inversion du fardeau de la preuve, le juge Rand a fait, aux pp. 832 et 833, des remarques qui éclairent la présente analyse:

What, then, the culpable actor has done by his initial negligent act is, first, to have set in motion a dangerous force which embraces the injured person within the scope of its probable mischief; and next, in conjunction with circumstances which he must be held to contem-

[TRADUCTION] Par sa négligence initiale, l'auteur coupable a donc d'abord mis en branle une force dangereuse, exposant la personne blessée au risque du méfait probable; puis, en conjonction avec des circonstances qu'il doit avoir envisagées, il a rendu plus difficile, voire

plate, to have made more difficult if not impossible the means of proving the possible damaging results of his own act or the similar results of the act of another. He has violated not only the victim's substantive right to security, but he has also culpably impaired the latter's remedial right of establishing liability. By confusing his act with environmental conditions, he has, in effect, destroyed the victim's power of proof.

The legal consequence of that is, I should say, that the onus is then shifted to the wrongdoer to exculpate himself; it becomes in fact a question of proof between him and the other and innocent member of the alternatives, the burden of which he must bear. The onus attaches to culpability, and if both acts bear that taint, the onus or prima facie transmission of responsibility attaches to both, and the question of the sole responsibility of one is a matter between them. [Emphasis added.]

In my view, a close analogy can be drawn between *Cook* and the case at bar. The facts on the record demonstrate that Ms. Hollis was inadequately warned of the possibility that the breast implants manufactured by Dow and surgically implanted by Dr. Birch could rupture. While the victim's power of proof has not been destroyed in the same sense as in the hunting party case, it has been seriously undermined in that the plaintiff is, on Dow's contention, called upon to prove what a doctor would have done in a hypothetical situation. It must be kept in mind that the governing principle in a case of this nature is informed consent, namely, the right of the patient to be fully informed by the manufacturer of all material risks associated with the use of a medical product. It is clear from the record that Ms. Hollis' right to informed consent was not respected in this case. We know that Dow's failure to warn was a cause of her injury; whether Dr. Birch's actions in the hypothetical situation posited by Dow might also have been a cause is not a matter for Ms. Hollis to prove. Ms. Hollis, who was in a position of great informational inequality with respect to both the manufacturer and the doctor, played no part in creating the set of causal conditions leading to her injury. Justice dictates that she should not be penalized for the fact that had the manufacturer

impossible, l'établissement de la preuve des résultats dommageables possibles de son acte ou des résultats similaires de l'acte d'autrui. Non seulement il a violé le droit substantiel de la victime à la sécurité, mais il a également porté de façon blâmable atteinte à son droit d'obtenir réparation en établissant la responsabilité. En confondant son acte avec les conditions environnantes, il a de fait détruit les moyens de preuve à la disposition de la victime.

La conséquence juridique, dois-je dire, est que le fardeau passe alors à l'auteur du délit, qui doit se disculper; cela devient en fait une question de preuve entre les codéfendeurs, celui qui est responsable et celui qui ne l'est pas, le fardeau de cette preuve reposant sur l'auteur du délit. Le fardeau de la preuve est relié à la culpabilité, et si les agissements des deux défendeurs sont empreints de culpabilité, ils assument tous deux le fardeau de cette preuve et sont prima facie tous deux responsables; il leur appartient de déterminer si l'un d'eux est exclusivement responsable du préjudice. [Je souligne.]

À mon avis, il existe une analogie étroite entre l'arrêt *Cook* et la présente affaire. Les faits au dossier démontrent que M^{me} Hollis n'a pas été adéquatement mise en garde contre la possibilité que les prothèses mammaires fabriquées par Dow et implantées chirurgicalement par le Dr Birch puissent se rompre. Si les moyens de preuve à la disposition de la victime n'ont pas été détruits de la même manière que dans l'affaire de la partie de chasse, ils ont été gravement affaiblis en ce que la demanderesse est, selon la prétention de Dow, appelée à démontrer ce qu'un médecin aurait fait dans une situation hypothétique. Il ne faut pas oublier que le principe directeur dans une affaire de ce type est le consentement éclairé, c'est-à-dire le droit du patient d'être pleinement informé par le fabricant de tous les risques importants associés à l'utilisation d'un produit médical. Or il ressort clairement du dossier que le droit de M^{me} Hollis au consentement éclairé n'a pas été respecté en l'espèce. Nous savons que le manquement de Dow à son obligation de mise en garde a été une cause du préjudice qu'elle a subi; que les agissements du Dr Birch dans la situation hypothétique posée par Dow puissent également avoir été une cause, ce n'est pas à elle de l'établir. En position de grande inégalité sur le plan de l'information par rapport tant au fabricant qu'au médecin, M^{me} Hollis n'a

actually met its duty to warn, the doctor still might have been at fault.

58

I observe that the Ontario Court of Appeal in *obiter* in *Buchan, supra*, has adopted a somewhat similar approach to causal analysis in cases of this nature. There Robins J.A. had this to say, at p. 377:

Once the breach of duty to warn prescribing physicians has been established, I think it fair and reasonable to presume that the inadequacy of the warning was a contributing cause of the ingestion of the drug. It ought not to be incumbent on a plaintiff to prove as part of her case what her doctor might or might not have done had he been adequately warned. One can assume that a doctor would not ignore a proper warning or fail to disclose a material risk or otherwise act negligently. Even if the evidence were to indicate that the doctor was negligent, the manufacturer would not be shielded from liability if such negligence were a foreseeable consequence of the breach of duty to warn. The presumption may, of course, be rebutted if the defendant comes forth with evidence that despite the inadequacy of the warning the doctor's conduct toward his patient would have been the same whether or not the manufacturer was in breach of the duty. [Emphasis added.]

59

In the last sentence of this statement, Robins J.A. refers to the possibility that the manufacturer might be able to adduce evidence that the doctor's conduct might have been the same whether or not the manufacturer was in breach of its duty. I should say that whatever effect this may have regarding the apportionment of liability between the doctor and the manufacturer in the event that the doctor is also found to be negligent, it in no way absolves the manufacturer from liability to the plaintiff, except in cases where some extraneous conduct by the doctor would have made the failure to give adequate warning irrelevant. But that is not this case. In sum, in a case like the present, I see no reason why in establishing the liability of the manufacturer the law should adopt a rule requiring

aucunement contribué à créer la série de conditions causales ayant mené au préjudice. L'intérêt de la justice commande qu'elle ne soit pas pénalisée pour le fait que si le fabricant avait effectivement rempli son obligation de mise en garde, le médecin aurait encore pu être en faute.

Je note que, de manière incidente dans l'arrêt *Buchan*, précité, la Cour d'appel de l'Ontario a adopté une démarche assez similaire en matière d'analyse causale dans des affaires de cette nature. Le juge Robins a dit dans cet arrêt, à la p. 377:

[TRADUCTION] Une fois établi le manquement à l'obligation de mettre en garde les médecins traitants, j'estime qu'il est juste et raisonnable de présumer que le caractère inadéquat de la mise en garde a contribué à la prise du médicament. Ce n'est pas à la demanderesse qu'il doit incomber de faire la preuve de ce que le médecin aurait ou n'aurait pas fait eût-il été adéquatement mis en garde. On peut présumer qu'un médecin ne ferait pas fi d'une mise en garde adéquate ou n'omettrait pas de divulguer un risque important ou ne ferait pas preuve de négligence de quelque autre façon. Même si la preuve indiquait que le médecin a fait preuve de négligence, le fabricant ne serait pas à l'abri de toute responsabilité si cette négligence était une conséquence prévisible du manquement à l'obligation de mise en garde. La présomption peut, naturellement, être réfutée si le défendeur apporte la preuve qu'en dépit du caractère inadéquat de la mise en garde, le comportement du médecin envers son patient aurait été le même, que le fabricant ait manqué ou non à son obligation. [Je souligne.]

Dans la dernière phrase de son énoncé, le juge Robins évoque la possibilité que le fabricant soit en mesure d'établir que le comportement du médecin aurait pu être identique, que le fabricant ait manqué ou non à son obligation. Je dois dire qu'indépendamment de l'effet de cette preuve sur le partage de la responsabilité entre le médecin et le fabricant dans l'éventualité où l'on retiendrait également la négligence du médecin, elle n'exonère d'aucune façon le fabricant de sa responsabilité envers la demanderesse, sauf dans les cas où quelque autre comportement du médecin aurait rendu non pertinente l'absence de mise en garde. Mais ce n'est pas le cas en l'espèce. En somme, dans une affaire comme celle-ci, je ne vois aucune raison pourquoi, en établissant la responsabilité du

the plaintiff to delve into what the doctor might have done.

Simply put, I do not think a manufacturer should be able to escape liability for failing to give a warning it was under a duty to give, by simply presenting evidence tending to establish that even if the doctor had been given the warning, he or she would not have passed it on to the patient, let alone putting an onus on the plaintiff to do so. Adopting such a rule would, in some cases, run the risk of leaving the plaintiff with no compensation for her injuries. She would not be able to recover against a doctor who had not been negligent with respect to the information that he or she did have; yet she also would not be able to recover against a manufacturer who, despite having failed in its duty to warn, could escape liability on the basis that, had the doctor been appropriately warned, he or she still would not have passed the information on to the plaintiff. Our tort law should not be held to contemplate such an anomalous result.

As I see it, the plaintiff's claim against the manufacturer should be dealt with in accordance with the following rationale. The ultimate duty of the manufacturer is to warn the plaintiff adequately. For practical reasons, the law permits it to acquit itself of that duty by warning an informed intermediary. Having failed to warn the intermediary, the manufacturer has failed in its duty to warn the plaintiff who ultimately suffered injury by using the product. The fact that the manufacturer would have been absolved had it followed the route of informing the plaintiff through the learned intermediary should not absolve it of its duty to the plaintiff because of the possibility, even the probability, that the learned intermediary would not have advised her had the manufacturer issued it. The learned intermediary rule provides a means by which the manufacturer can discharge its duty to give adequate information of the risks to the plaintiff by informing the intermediary, but if it fails to do so it cannot raise as a defence that the

fabricant, il faudrait adopter en droit une règle obligeant la demanderesse à tenter de déterminer ce que le médecin aurait peut-être pu faire.

En termes simples, j'estime qu'un fabricant ayant omis la mise en garde qu'il avait l'obligation de faire ne devrait pas pouvoir se dégager de sa responsabilité simplement par une preuve tendant à établir que même si le médecin avait reçu la mise en garde, il ne l'aurait pas transmise à son patient, et encore moins en imposant cette charge à la demanderesse. L'adoption d'une telle règle entraînerait, dans certains cas, le risque que la demanderesse ne soit pas indemnisée pour le préjudice subi. Elle n'aurait aucun recours contre un médecin qui n'aurait pas fait preuve de négligence en ce qui concerne les renseignements qu'il avait effectivement à sa disposition, et elle n'aurait non plus aucun recours contre un fabricant qui, même s'il a manqué à son obligation de mise en garde, pourrait échapper à sa responsabilité en faisant valoir que, si le médecin avait été adéquatement mis en garde, il n'aurait pas transmis l'information à la demanderesse. Notre droit de la responsabilité délictuelle ne devrait pas être interprété comme envisageant un résultat aussi inusité.

À mon sens, on devrait examiner la réclamation du demandeur contre le fabricant suivant le raisonnement que voici: l'obligation ultime du fabricant est de mettre adéquatement en garde le demandeur. Pour des raisons d'ordre pratique, la loi lui permet de s'acquitter de cette obligation en mettant en garde un intermédiaire compétent. Ayant omis de mettre l'intermédiaire en garde, le fabricant a failli à son obligation à l'égard de la demanderesse qui a finalement subi le préjudice en utilisant le produit. Que le fabricant eût été exonéré s'il s'était servi de l'intermédiaire compétent pour informer la demanderesse ne devrait pas le dégager de son obligation envers celle-ci sous prétexte qu'il est possible, voire probable, que cet intermédiaire compétent n'aurait pas transmis l'information ainsi reçue. La règle de l'intermédiaire compétent permet au fabricant de s'acquitter de son obligation d'informer adéquatement le demandeur des risques qu'il court en informant l'intermédiaire, mais s'il ne le fait pas, il ne peut pas invoquer en défense la possibi-

60

61

intermediary could have ignored this information. I observe that a number of courts in the United States have reached a similar conclusion. In *McCue v. Norwich Pharmacal Co.*, 453 F.2d 1033 (1st Cir. 1972), at p. 1035, for example, the Court of Appeal for the First Circuit stated:

Even if a physician's carelessness may have taken a form not specifically anticipated, defendant should not escape liability so long as its failure to give an adequate warning may have contributed thereto . . . [H]aving put a dangerous drug on the market without adequate warning defendant cannot be heard to say that the physician might have disregarded a proper one. [Emphasis added.]

See also *Sterling*, *supra*, and *Hamilton v. Hardy*, 549 P.2d 1099 (Colo. C.A. 1976).

Conclusion

62 On the basis of the foregoing, it is my view that Dow breached its duty to warn Dr. Birch concerning the risks of post-surgical rupture in the Silastic implant and because of this failure to warn is liable to Ms. Hollis for her injuries. Accordingly, I would dismiss the appeal.

63 Ms. Hollis is entitled to her costs throughout.

The reasons of Sopinka and McLachlin JJ. were delivered by

64 SOPINKA J. (dissenting) — I agree with Justice La Forest in his analysis of the principles relating to the duty to warn and in particular that the learned intermediary principles apply as he proposes. I respectfully disagree, however, with his analysis and application of the principles relating to causation. In my view the so-called subjective test is inappropriate to determine whether Ms. Hollis would have consented to the operation if properly warned. In addition, I cannot agree that Ms. Hollis need not prove that any warning received by Dr. Birch would have been passed along by the doctor to his patients. Finally, I disagree that this Court is in a position to resolve

lité que l'intermédiaire pourrait ne pas avoir tenu compte de cette information. Je note que plusieurs tribunaux américains sont arrivés à une conclusion similaire. Ainsi, dans *McCue c. Norwich Pharmacal Co.*, 453 F.2d 1033 (1st Cir. 1972), à la p. 1035, la Court of Appeal for the First Circuit a dit:

[TRADUCTION] Même si l'imprudence d'un médecin a pu prendre une forme qui n'avait pas été expressément prévue, le défendeur ne devrait pas échapper à la responsabilité dans la mesure où son omission de faire une mise en garde adéquate a pu y contribuer. [. . .] [A]yant mis sur le marché un médicament dangereux sans mise en garde adéquate, le défendeur ne saurait prétendre que le médecin aurait pu ne pas tenir compte d'une mise en garde appropriée. [Je souligne.]

Voir également *Sterling*, précité, et *Hamilton c. Hardy*, 549 P.2d 1099 (Colo. C.A. 1976).

Conclusion

Compte tenu de ce qui précède, je suis d'avis que Dow a manqué à son obligation de mettre le Dr Birch en garde contre les risques de rupture postopératoire de la prothèse Silastic et que, en raison de ce manquement, elle est responsable envers M^{me} Hollis du préjudice subi. En conséquence, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Madame Hollis a droit à ses dépens dans toutes les cours.

Version française des motifs des juges Sopinka et McLachlin rendus par

LE JUGE SOPINKA (dissident) — Je suis d'accord avec l'analyse que le juge La Forest fait des principes relatifs à l'obligation de mise en garde, et je reconnais tout particulièrement que les principes relatifs à l'«intermédiaire compétent» s'appliquent comme il le propose. Cependant, en toute déférence, je ne souscris ni à son analyse ni à son application des principes de la causalité. À mon avis, le critère dit subjectif ne permet pas de déterminer si M^{me} Hollis aurait consenti à l'opération si elle avait été adéquatement mise en garde. De plus, je ne saurais accepter que M^{me} Hollis n'a pas à établir que le Dr Birch aurait transmis à ses patientes toute mise en garde reçue. Enfin, je ne souscris pas

factual issues which were not addressed at trial and which are vital to a determination of the liability of Dow. In my opinion a new trial is necessary to resolve these issues by reason of:

(1) the settled practice of appellate courts not to make findings of fact that were not made at trial in the circumstances of this case;

(2) the finding of fact with respect to whether Ms. Hollis would not have consented to the operation if properly warned will trump this issue in the new trial relating to the liability of Dr. Birch;

(3) a finding of liability of Dow in this Court will make it extremely difficult or impossible for the trial judge to assess the degrees of fault of Dow and Dr. Birch.

Analysis

Causation

The Test

In his reasons, La Forest J. adopts a subjective test to determine whether Ms. Hollis would have consented to the operation if properly warned. In this regard, he adopts the reasoning of Robins J.A. in *Buchan v. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd.* (1986), 12 O.A.C. 361. In reviewing the evidence to determine if there “was sufficient evidence adduced at trial to satisfy the subjective *Buchan* test” (para. 47), however, he refers to the evidence of experts which is only relevant in applying a reasonable woman test. He concludes, at para. 52, that “Ms. Hollis would not have opted for the surgery”.

In determining that Ms. Hollis would not have opted to undergo the implantation, my colleague refers to the evidence of experts in the field of

à l’opinion selon laquelle notre Cour est en mesure de résoudre des questions de fait que n’a pas examinées le tribunal de première instance, mais qui revêtent une importance primordiale dans la détermination de la responsabilité de Dow. À mon avis, ces questions de fait devront être tranchées dans le cadre d’un nouveau procès car:

(1) il est bien établi qu’une cour d’appel ne peut tirer de conclusions de fait qui ne l’ont pas été en première instance dans les circonstances de l’espèce;

(2) la conclusion de fait quant à savoir si M^{me} Hollis n’aurait pas consenti à l’opération si elle avait reçu une mise en garde adéquate aura pour effet d’éclipser l’examen de cette question au cours du nouveau procès concernant la responsabilité du D^r Birch;

(3) si notre Cour conclut à la responsabilité de Dow, il sera extrêmement difficile, voire impossible, pour le juge de première instance de déterminer les degrés de faute de Dow et du D^r Birch.

Analyse

La causalité

Le critère

Dans ses motifs, le juge La Forest adopte un critère subjectif pour déterminer si M^{me} Hollis aurait consenti à l’opération si elle avait reçu une mise en garde adéquate. À cet égard, il adopte le raisonnement du juge Robins dans l’arrêt *Buchan c. Ortho Pharmaceutical (Canada) Ltd.* (1986), 12 O.A.C. 361. Cependant, dans l’examen de la preuve pour déterminer s’il «y avait une preuve suffisante au procès pour satisfaire au critère subjectif de l’arrêt *Buchan*» (par. 47), il parle du témoignage des experts qui n’est pertinent que dans l’application du critère relatif à la situation d’une femme raisonnable. Il conclut, au par. 52, que «M^{me} Hollis n’aurait pas opté pour l’opération».

Lorsqu’il détermine que M^{me} Hollis n’aurait pas opté pour l’implantation, mon collègue se réfère au témoignage d’experts dans le domaine de l’implan-

breast implant surgery. In support of his position, La Forest J. (at para. 48) relies on the evidence of two plastic surgeons who “gave testimony concerning whether a reasonable woman in Ms. Hollis’ position would have consented to the surgery if properly warned”. The *Buchan* subjective test, however, places no reliance on evidence as to what a reasonable woman would do. The exposition of the subjective test which my colleague adopts is set out in the following passage from *Buchan*, at p. 381, part of which is reproduced in La Forest J.’s decision:

In my opinion, it was open to the trial judge, viewing the evidence as he did, to credit the plaintiff’s testimony that she would not have taken the pill had she been told of the danger of stroke, and to determine the causation issue accordingly. Whether a so-called reasonable woman in the plaintiff’s position would have done likewise is beside the point. The selection of a method of preventing unwanted pregnancy in the case of a healthy woman is a matter, not of medical treatment, but of personal choice; and it is not unreasonable that notice of a serious potential hazard to users of oral contraceptives could influence her selection of another method of birth control. So long as the court is satisfied that the plaintiff herself would not have used the drug if properly informed of the risks, this causation issue should be concluded in her favour regardless of what other women might have done. [Emphasis added.]

67

The *Buchan* subjective approach fails to take into account the inherent unreliability of the plaintiff’s self-serving assertion. It is not simply a question as to whether the plaintiff is believed. The plaintiff may be perfectly sincere in stating that in hindsight she believed that she would not have consented to the operation. This is not a statement of fact that, if accepted, concludes the matter. It is an opinion about what the plaintiff would have done in respect of a situation that did not occur. As such, the opinion may be honestly given without being accepted. In evaluating the opinion, the trier of fact must discount its probity not only by reason of its self-serving nature, but also by reason of the

tation chirurgicale de prothèses mammaires. À l’appui de sa position, le juge La Forest se fonde (au par. 48) sur le témoignage de deux plasticiens qui «sont venus témoigner sur la question de savoir si une femme raisonnable dans la situation de M^{me} Hollis aurait consenti à l’intervention après avoir reçu une mise en garde adéquate». Cependant, le critère subjectif de l’arrêt *Buchan* ne repose aucunement sur une preuve de ce qu’une femme raisonnable ferait. Le critère subjectif adopté par mon collègue est expliqué dans l’extrait de l’arrêt *Buchan*, à la p. 381, dont une partie est reproduite dans ses motifs:

[TRADUCTION] À mon avis, il était loisible au juge de première instance, ayant pris connaissance de la preuve, d’ajouter foi au témoignage de la demanderesse selon lequel elle n’aurait pas pris la pilule si elle avait été mise au courant du danger d’accident cérébro-vasculaire, et de trancher en conséquence la question de la causalité. La question de savoir si une femme dite raisonnable dans la situation de la demanderesse aurait agi de la même manière n’est pas pertinente. Le choix d’une méthode de prévention des grossesses indésirées dans le cas d’une femme en bonne santé est une question qui ne relève pas de la médecine mais d’un choix personnel, et il n’est pas déraisonnable de penser qu’une mise en garde à propos d’un danger potentiel grave pour les usagers de contraceptifs oraux pourrait influencer son choix d’une autre méthode de contraception. Dans la mesure où le tribunal est convaincu que la demanderesse n’aurait pas quant à elle utilisé le médicament si elle avait été suffisamment informée des risques, la question de la causalité devrait être tranchée en sa faveur, indépendamment de ce que d’autres femmes auraient pu faire. [Je souligne.]

Le critère subjectif de l’arrêt *Buchan* ne tient pas compte du manque de fiabilité inhérente de toute déclaration intéressée de la demanderesse. Il ne s’agit pas simplement de savoir si l’on croit la demanderesse. Celle-ci peut être tout à fait sincère lorsqu’elle affirme, avec le recul, qu’elle n’aurait pas consenti à l’opération. Il ne s’agit pas d’une déclaration de fait qui, si elle est admise, tranche la question. Il s’agit d’une opinion de ce que la demanderesse aurait fait dans une situation qui ne s’est pas produite. L’opinion peut donc être donnée honnêtement, sans pour autant être admise. Dans l’appréciation de cette opinion, le juge des faits doit accorder moins d’importance à sa probité

fact that it is likely to be coloured by the trauma occasioned by the failed procedure. For this reason, the most reliable approach in determining what would in fact have occurred is to test the plaintiff's assertion by reference to objective evidence as to what a reasonable person would have done. The matter is aptly summarized by the Supreme Court of California in *Cobbs v. Grant*, 502 P.2d 1 (1972). At pp. 11-12, they held:

The patient-plaintiff may testify on this subject but the issue extends beyond his credibility. Since at the time of trial the uncommunicated hazard has materialized, it would be surprising if the patient-plaintiff did not claim that had he been informed of the dangers he would have declined treatment. Subjectively he may believe so, with the 20/20 vision of hindsight, but we doubt that justice will be served by placing the physician in jeopardy of the patient's bitterness and disillusionment. Thus an objective test is preferable: i. e., what would a prudent person in the patient's position have decided if adequately informed of all significant perils.

This was the test adopted by this Court in *Reibl v. Hughes*, [1980] 2 S.C.R. 880, which was followed by Prowse J.A. for the majority in the Court of Appeal. In *Reibl*, Laskin C.J. stated, at p. 898:

It could hardly be expected that the patient who is suing would admit that he would have agreed to have the surgery, even knowing all the accompanying risks. His suit would indicate that, having suffered serious disablement because of the surgery, he is convinced that he would not have permitted it if there had been proper disclosure of the risks, balanced by the risks of refusing the surgery. Yet, to apply a subjective test to causation would, correlatively, put a premium on hindsight, even more of a premium than would be put on medical evidence in assessing causation by an objective standard. [Emphasis added.]

Laskin C.J. went on, however, to stress at p. 900 that the patient's testimony is essential but "it must be objectively assessed in terms of reasonableness".

non seulement à cause du caractère intéressé qu'elle revêt, mais aussi parce qu'elle risque d'être influencée par le traumatisme occasionné par l'intervention manquée. C'est pourquoi la méthode la plus fiable pour déterminer ce qui se serait vraiment produit consiste à examiner l'affirmation de la demanderesse en fonction d'une preuve matérielle de ce qu'une personne raisonnable aurait fait. La Cour suprême de la Californie résume fort pertinemment ce point dans l'affaire *Cobbs c. Grant*, 502 P.2d 1 (1972), aux pp. 11 et 12:

[TRADUCTION] Le patient demandeur peut témoigner sur ce point, mais la question va au-delà de sa crédibilité. Puisqu'au moment du procès le risque non communiqué s'est matérialisé, il serait étonnant que le demandeur ne soutienne pas qu'il aurait refusé le traitement s'il avait été informé des risques. Subjectivement, c'est ce qu'il peut croire avec le recul; cependant, nous doutons que les intérêts de la justice soient servis si l'on place le médecin à la merci de l'amertume et de la désillusion du patient. C'est pourquoi il est préférable d'adopter un critère objectif: ce qu'une personne diligente dans la position du patient aurait décidé si elle avait été adéquatement avertie de tous les risques importants.

C'est le critère que notre Cour a adopté dans l'arrêt *Reibl c. Hughes*, [1980] 2 R.C.S. 880, et qu'a suivi le juge Prowse, s'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité. Dans cet arrêt, le juge en chef Laskin affirme à la p. 898:

On peut difficilement s'attendre à ce que le patient qui intente une poursuite admette qu'il aurait consenti à l'opération même en connaissant tous les risques qu'elle comportait. Sa poursuite tend à indiquer, que gravement handicapé suite à l'opération, il est convaincu qu'il n'y aurait pas consenti si on lui avait bien divulgué les risques de l'opération comparés aux risques que présentait le refus de la subir. Cependant, l'application d'un critère subjectif à la causalité aurait pour effet corrélatif d'accorder un avantage à l'examen en rétrospective, un avantage encore plus grand que celui dont bénéficierait la preuve médicale si on évaluait la causalité selon une norme objective. [Je souligne.]

Cependant, le juge en chef Laskin a ensuite fait ressortir, à la p. 900, que le témoignage du patient est essentiel, mais qu'«il faut l'évaluer objectivement en fonction de ce qui est raisonnable».

68 In Laskin C.J.'s view, this was the most reliable way to answer the question as to what would have occurred. This answers the concern of Robins J.A. that the plaintiff's choice must be respected. The *Reibl* approach is a more reliable method of determining what that choice would have been. The subjective test places too much of a premium on the plaintiff's present belief as to what it would have been. Assuming that it is in fact the *Buchan* subjective test that my colleague advocates, expert medical evidence as to what a reasonable woman would do is, to use the words of Robins J.A. at p. 381, "beside the point". La Forest J.'s apparent need to bolster Ms. Hollis' testimony by reference to such expert evidence clearly demonstrates the inherent weakness of the *Buchan* subjective test. As a result of this weakness, I would reject the subjective test in favour of the approach adopted in *Reibl*.

69 Moreover, I see no reason why the test for determining the same issue should be different for the physician and the manufacturer. With respect to both, the question for the plaintiff is the same. How would the plaintiff have responded if properly warned by the physician? Is the trial judge to apply two different tests to determine the same question? If so, this could conceivably result in a finding that, *vis-à-vis* the physician, the patient would have consented, and *vis-à-vis* the manufacturer, she would not. Indeed, in the new trial which has been directed by the Court of Appeal with respect to Dr. Birch, the trial judge is obliged to apply the *Reibl* test and may very well find that Ms. Hollis would have agreed to the implant if properly warned.

70 I fail to understand how a different test for the physician and the manufacturer, which, my colleague acknowledges, seems anomalous, can be redeemed on the basis that a stricter standard can be expected of the manufacturer. This ignores the fact we are dealing with a situation in which the manufacturer's duty to the plaintiff is discharged

De l'avis du juge en chef Laskin, c'était la méthode la plus fiable pour répondre à la question de savoir ce qui se serait produit. Cela répond à la préoccupation du juge Robins quant au respect qu'il faut accorder au choix d'un demandeur. Le critère suivi dans l'arrêt *Reibl* est une méthode plus fiable pour déterminer quel aurait été ce choix. Le critère subjectif accorde un avantage trop grand à la croyance actuelle du demandeur quant à ce qu'aurait été son choix. En supposant que c'est bien le critère subjectif de l'arrêt *Buchan* que préconise mon collègue, le témoignage d'experts en médecine relativement à ce que ferait une femme raisonnable «n'est pas pertinent», pour reprendre les termes du juge Robins, à la p. 381. La nécessité que semble ressentir le juge La Forest d'étayer le témoignage de M^{me} Hollis par ces témoignages d'experts démontre clairement les faiblesses inhérentes du critère subjectif de l'arrêt *Buchan*. Vu ces faiblesses, il y a lieu, à mon avis, de rejeter le critère subjectif en faveur de la démarche adoptée dans l'arrêt *Reibl*.

Qui plus est, je ne vois aucun motif d'appliquer, relativement à une même question, un critère différent pour le médecin et pour le fabricant. Pour la demanderesse, la question est la même à l'égard de ces deux personnes. Quelle aurait été sa réponse si le médecin l'avait adéquatement mise en garde? Le juge de première instance doit-il appliquer deux critères différents pour trancher la même question? Dans l'affirmative, on pourrait fort bien arriver à la conclusion que la patiente aurait donné son consentement au médecin, mais pas au fabricant. En fait, au cours du nouveau procès dont la Cour d'appel a ordonné la tenue relativement au Dr Birch, le juge de première instance sera tenu d'appliquer le critère de l'arrêt *Reibl* et pourrait bien conclure que M^{me} Hollis aurait consenti à l'implantation si elle avait été adéquatement mise en garde.

Je ne comprends pas comment on peut justifier l'existence d'un critère différent pour le médecin et le fabricant, ce qui, comme le reconnaît mon collègue, semble inusité, en faisant valoir que l'on peut s'attendre à ce que la norme soit plus sévère pour le fabricant. Cela ne tient aucunement compte du fait que nous sommes en présence d'une situa-

by informing the physician of risks. The physician is expected to pass this on to the patient. If the risk is one about which the plaintiff ought to be warned, it can hardly be suggested that the physician can water down the warning because a lower standard applies to the physician. One could, perhaps, talk about a different standard when comparing the respective duties to warn when the learned intermediary rule does not apply and both the physician and manufacturer have a duty to warn the plaintiff directly. However, when the duties of the manufacturer and the physician to warn the plaintiff are to be discharged by virtue of the information received from the manufacturer being passed on to the plaintiff and both the physician and manufacturer are sued in one action for breach of that duty, there is no room for the application of a different standard. Indeed, the issue of causation has nothing to do with the standard of disclosure. In resolving this issue, the Court attempts to determine what the plaintiff's response would have been on the assumption that the appropriate warning has been given in accordance with the appropriate standard. The debate concerns the bases on which that response should be measured, not about the standard of disclosure.

But, whether the subjective or objective test is adopted, it is a difficult question of fact which should be determined at trial and not on appeal. I will return to this later in these reasons.

Burden of Proof

In determining the second causation issue of whether Dr. Birch would have warned Ms. Hollis of the risk of rupture if Dow had properly warned Dr. Birch about that risk, La Forest J. proposes to eliminate the fundamental requirement of tort law that the plaintiff establish causation in order to prove the defendant's liability. Once Ms. Hollis demonstrated that Dow had breached its duty to warn of the risk of rupture, La Forest J. would hold that the plaintiff's burden of proving her case had

tion où le fabricant s'acquitte de l'obligation qu'il a envers la demanderesse en informant le médecin des risques en cause. On s'attend à ce que le médecin transmette ces renseignements à la patiente. S'il s'agit d'un risque contre lequel la demanderesse devrait être mise en garde, on peut difficilement soutenir que le médecin peut édulcorer la mise en garde parce qu'une norme moins sévère s'applique à lui. Peut-être pourrait-on parler d'une norme différente lorsque l'on compare les obligations respectives de mise en garde dans le cas où la règle de l'intermédiaire compétent ne s'applique pas et où le médecin et le fabricant ont tous deux l'obligation d'avertir directement la demanderesse. Cependant, lorsque l'obligation de mise en garde que le médecin et le fabricant ont envers la demanderesse doit être exécutée par la communication à la demanderesse des renseignements reçus du fabricant, et qu'une action pour manquement à cette obligation est intentée à la fois contre le médecin et le fabricant, une norme différente ne saurait être appliquée. En effet, la question de la causalité n'a aucun rapport avec la norme applicable en matière de divulgation. Pour résoudre cette question, le tribunal tente de déterminer quelle aurait été la réponse de la demanderesse dans l'hypothèse où elle aurait été adéquatement mise en garde conformément à la norme applicable. Le débat porte sur le fondement devant servir à l'examen de cette réponse, et non sur la norme applicable en matière de divulgation.

Cependant, qu'un critère subjectif ou objectif soit adopté, il s'agit d'une question de fait difficile qui doit être tranchée en première instance et non en appel. Je reviendrai plus loin sur ce point.

Le fardeau de la preuve

Dans l'examen de la seconde question relative à la causalité, savoir si le Dr Birch aurait averti M^{me} Hollis du risque de rupture si Dow l'avait adéquatement prévenu de ce risque, le juge La Forest propose d'éliminer l'exigence fondamentale en matière de responsabilité délictuelle, selon laquelle le demandeur doit établir la causalité pour prouver la responsabilité du défendeur. Une fois établi par M^{me} Hollis le manquement de Dow à son obligation de mise en garde contre le risque de rupture, le

71

72

been discharged, and that any possibility that Dr. Birch would have failed to pass on any warning is nothing more than a question of apportionment. This approach runs counter to well established tort principles. Simply put, in order to establish liability, the plaintiff must show not only a breach of duty by the defendant, but also that the breach in question was the cause of the plaintiff's injury.

juge La Forest est d'avis que la demanderesse a prouvé ses prétentions, et que toute possibilité que le Dr Birch aurait omis de transmettre une mise en garde reçue ne constituerait rien de plus qu'une question de partage de responsabilité. Cette analyse va à l'encontre des principes de responsabilité délictuelle reconnus. En bref, pour établir la responsabilité, le demandeur doit démontrer non seulement que le défendeur a manqué à son obligation, mais aussi que ce manquement a été la cause du préjudice qu'il a subi.

73 In the instant case, this burden applies to require the plaintiff to show that her injuries would not have occurred had Dow discharged its duty to warn Dr. Birch of any dangers inherent in the implants. In other words, Ms. Hollis must show that her doctor would have warned her of any dangers that had been brought to his attention and that if warned she would have refused the operation. Absent this form of proof, it cannot be said with any degree of certainty that the failure of Dow to warn physicians was the cause of the unfortunate injuries suffered by Ms. Hollis.

En l'espèce, la demanderesse a donc le fardeau de démontrer qu'elle n'aurait pas subi de préjudice si Dow s'était acquittée de son obligation de mettre en garde le Dr Birch contre tout risque inhérent des prothèses. En d'autres termes, M^{me} Hollis doit établir que son médecin l'aurait mise en garde contre les risques dont il aurait été informé et qu'elle aurait refusé l'opération si elle avait été mise en garde. Sans cette preuve, on ne peut affirmer avec certitude que l'omission de mise en garde des médecins par Dow a été la cause du malencontreux préjudice dont M^{me} Hollis a été victime.

74 Professor John G. Fleming, in *The Law of Torts* (8th ed. 1992), at p. 143, explains the necessity of a factual finding of a cause and effect relationship between the defendant's breach of duty and the plaintiff's injury as follows:

Dans son ouvrage intitulé: *The Law of Torts* (8^e éd. 1992), à la p. 143, le professeur John G. Fleming explique la nécessité d'établir un rapport factuel de cause à effet entre le manquement du défendeur et le préjudice subi par le demandeur:

If such a causal relation does not exist, that puts an end to the plaintiff's case: to impose liability for loss to which the defendant's conduct has not *in fact* contributed would be incompatible with the principle of individual responsibility on which the law of torts has been traditionally based. [Emphasis in original.]

[TRADUCTION] En l'absence de ce lien de causalité, on ne peut donner suite à la plainte du demandeur; en effet, il serait contraire au principe de responsabilité personnelle sur lequel repose traditionnellement le droit de la responsabilité délictuelle, de tenir le défendeur responsable d'une perte à laquelle sa conduite n'a aucunement contribué *dans les faits*. [En italique dans l'original.]

75 If Dr. Birch would not have passed on information from Dow to Ms. Hollis, Dow's failure to provide the warning cannot be said to have contributed to Ms. Hollis' injury. Liability cannot be based on failure to take measures which would have no effect and be pointless.

Dans le cas où le Dr Birch n'aurait pas transmis à M^{me} Hollis les renseignements reçus de Dow, on ne peut dire que Dow, en omettant de faire la mise en garde, a contribué au préjudice de M^{me} Hollis. On ne peut fonder la responsabilité sur l'omission de prendre des mesures qui n'auraient aucun effet et seraient inutiles.

76 The absence of cause cannot be finessed by sweeping it under the apportionment rug as suggested by my colleague. A finding of causation is a

On ne peut faire abstraction de l'absence de causalité en l'escamotant sous la question du partage de la responsabilité comme le propose mon col-

prerequisite to apportionment. Apportionment is authorized only in the circumstances mandated by the *Negligence Act*, R.S.B.C. 1979, c. 298, where the damage or loss is caused by the fault of two or more persons.

My colleague refers to a number of cases, such as *Cook v. Lewis*, [1951] S.C.R. 830, *Snell v. Farrell*, [1990] 2 S.C.R. 311, and *Buchan, supra*, which either reversed or relaxed the ordinary burden which rests on the plaintiff to prove causation. Those cases do not support treating causation as irrelevant. Indeed, they start with the premise that causation is a fundamental principle and address whether the plaintiff's ordinary burden should be eased. Not only is the requirement that causation be established fundamental to the law of torts, but, as well, the principle that the burden of proof of causation generally rests with the plaintiff is also well entrenched. The House of Lords in *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 S.L.T.R. 14, toyed with the notion that the burden should be reversed in certain circumstances. On further consideration, however, this approach was firmly rejected in *Wilsher v. Essex Area Health Authority*, [1988] A.C. 1074. In none of the foregoing cases was it suggested that the problem could be avoided by treating the issue of causation as irrelevant. I propose, however, to discuss the cases to which my colleague refers because they either do not support the reversal of the burden of proof or, if they did, that would not resolve the issue of causation in this case.

My colleague refers to the judgment of this Court in *Cook v. Lewis, supra*. In that appeal, the plaintiff hunter had been shot in the face by bird-shot. Two defendants admitted to having discharged their guns in the vicinity of the plaintiff at almost the same time, but not at the same bird. In that case, this Court determined that the plaintiff's need to prove causation could be obviated by reversing the ordinary burden of proof in certain situations. According to the Court in *Cook*, the

lègue. Il faut établir la causalité avant de départager la responsabilité. Le partage n'est autorisé que dans les circonstances prévues par la *Negligence Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 298, lorsque le préjudice ou la perte est causé par la faute d'au moins deux personnes.

Mon collègue mentionne un certain nombre d'arrêts, comme *Cook c. Lewis*, [1951] R.C.S. 830, *Snell c. Farrell*, [1990] 2 R.C.S. 311 et *Buchan*, précité, qui ont inversé ou assoupli le fardeau de la preuve qui incombe habituellement au demandeur en matière de causalité. Ces arrêts ne justifient aucunement de considérer la causalité comme non pertinente. En fait, ils partent de l'hypothèse que la causalité est un principe fondamental et examinent s'il y a lieu d'assouplir le fardeau de la preuve habituel du demandeur. Non seulement l'établissement de la causalité est une exigence fondamentale du droit de la responsabilité délictuelle, mais encore le principe que le fardeau de la preuve incombe généralement au demandeur est consacré. Dans l'arrêt *McGhee c. National Coal Board*, [1973] 1 S.L.T.R. 14, la Chambre des lords a envisagé l'idée d'inverser le fardeau dans certaines circonstances. Cependant, après un examen plus poussé, elle a fermement rejeté cette possibilité dans l'arrêt *Wilsher c. Essex Area Health Authority*, [1988] A.C. 1074. Dans aucun de ces arrêts, n'a-t-on prétendu que l'on pourrait éviter le problème en considérant comme non pertinente la question de la causalité. Je me propose cependant d'examiner les arrêts auxquels renvoie mon collègue parce que, soit ils n'appuient pas l'inversion du fardeau de la preuve soit, s'ils l'appuient, cela ne permettrait pas de résoudre la question de la causalité en l'espèce.

Mon collègue renvoie à l'arrêt *Cook c. Lewis*, précité, de notre Cour. Dans cette affaire, le chasseur demandeur avait été atteint d'une décharge de plombs au visage. Deux défendeurs ont avoué qu'ils avaient, presque simultanément, déchargé leur arme à proximité du demandeur, mais qu'ils ne visaient pas le même oiseau. Dans cet arrêt, notre Cour a affirmé que dans certaines situations la nécessité que le demandeur établisse la causalité pouvait être écartée par l'inversion du fardeau de

reversal of the burden was appropriate in that case because the defendants had essentially removed the means of proof of causation from the plaintiff. As Rand J. stated, at p. 832:

What, then, the culpable actor has done by his initial negligent act is, first, to have set in motion a dangerous force which embraces the injured person within the scope of its probable mischief; and next, in conjunction with circumstances which he must be held to contemplate, to have made more difficult if not impossible the means of proving the possible damaging results of his own act or the similar results of the act of another. He has violated not only the victim's substantive right to security, but he has also culpably impaired the latter's remedial right of establishing liability. By confusing his act with environmental conditions, he has, in effect, destroyed the victim's power of proof. [Emphasis added.]

Since the "negligent actor ha[d] culpably participated in the proof-destroying fact", the burden of proof was reversed (at p. 835), and the plaintiff was relieved of the need to prove direct causation.

79

Similarly, this Court in *Snell v. Farrell*, *supra*, at p. 321, expressed the view that the burden on the plaintiff could be reversed where the subject matter of the alleged tortious conduct lies "particularly within the knowledge" of the defendant. In *Snell*, the defendant surgeon had removed a cataract from the patient plaintiff's eye and the patient had later lost her sight in that eye as a result of optic nerve atrophy. The defendant doctor, knowing what he had done, was in a significantly better position to determine what had occurred. In the reasons for judgment for a unanimous Court, the grounds for reversing the burden of proof with respect to causation were stated at pp. 326-27:

If I were convinced that defendants who have a substantial connection to the injury were escaping liability because plaintiffs cannot prove causation under currently applied principles, I would not hesitate to adopt one of these alternatives. In my opinion, however, properly applied, the principles relating to causation are adequate to the task. Adoption of either of the proposed alternatives would have the effect of compensating plaintiffs where a substantial connection between the

la preuve habituel. Selon notre Cour, l'inversion du fardeau de la preuve était approprié dans cette affaire parce que les défendeurs avaient essentiellement enlevé au demandeur tout moyen d'établir la causalité. Le juge Rand affirme à la p. 832:

[TRADUCTION] Par sa négligence initiale, l'auteur coupable a donc d'abord mis en branle une force dangereuse, exposant la personne blessée au risque du méfait probable; puis, en conjonction avec des circonstances que l'on doit présumer qu'il a envisagées, il a rendu plus difficile, voire impossible, l'établissement de la preuve des résultats dommageables possibles de son acte ou des résultats similaires de l'acte d'autrui. Non seulement il a violé le droit substantiel de la victime à la sécurité, mais il a également porté de façon blâmable atteinte à son droit d'obtenir réparation en établissant la responsabilité. En confondant son acte avec les conditions environnantes, il a de fait détruit les moyens de preuve à la disposition de la victime. [Je souligne.]

Puisque [TRADUCTION] «l'auteur négligent a[va]it de façon blâmable participé au fait qui a donné lieu à la destruction de la preuve» (p. 835), le fardeau de la preuve était inversé et le demandeur n'a pas eu à établir une causalité directe.

De même, dans l'arrêt *Snell c. Farrell*, précité, à la p. 321, notre Cour a affirmé qu'il pouvait y avoir inversion du fardeau de la preuve imposé au demandeur lorsque le défendeur «possède une connaissance particulière» de l'objet de la conduite délictueuse alléguée. Dans cet arrêt, le chirurgien défendeur avait enlevé une cataracte d'un œil de la patiente demanderesse, qui avait par la suite perdu la vision dans cet œil en raison d'une atrophie du nerf optique. Le médecin défendeur, sachant ce qu'il avait fait, était dans une bien meilleure position pour déterminer ce qui s'était produit. Dans des motifs unanimes, notre Cour expose les motifs de l'inversion du fardeau de la preuve relativement au lien de causalité aux pp. 326 et 327:

Si j'étais convaincu que des défendeurs qui ont un lien important avec le préjudice subi échappaient à toute responsabilité parce que les demandeurs sont dans l'impossibilité de démontrer l'existence du lien de causalité en vertu des principes qui sont actuellement appliqués, je n'hésiterais pas à adopter une de ces solutions. Toutefois, j'estime que, s'ils sont bien appliqués, les principes relatifs à la causalité fonctionnent adéquatement. L'adoption de l'une ou l'autre des solutions proposées

injury and the defendant's conduct is absent. Reversing the burden of proof may be justified where two defendants negligently fire in the direction of the plaintiff and then by their tortious conduct destroy the means of proof at his disposal. In such a case it is clear that the injury was not caused by neutral conduct. It is quite a different matter to compensate a plaintiff by reversing the burden of proof for an injury that may very well be due to factors unconnected to the defendant and not the fault of anyone.

As a result, the burden of proof is properly reversed where the defendant has somehow participated in destroying the means of proving the case against it or where the defendant somehow controls the relevant evidence. Only within this limited sphere of cases is the plaintiff partially relieved of the burden of proving causation. In this case, there is neither any suggestion of a tortious destruction of the means of proof nor does the evidence lie peculiarly in the control of the defendant Dow. On the contrary, the issue in question is largely dependent on the evidence of Dr. Birch. Both Ms. Hollis and Dow have equal access to the evidence of Dr. Birch. Indeed, in this situation, the physician is likely to be inclined to favour his patient, the plaintiff. It is not in the interests of the physician to assert that he would not have passed on a warning that the manufacturer was duty-bound to give him for the benefit of the plaintiff. As the means of proving causation remains available to the plaintiff, it would be inconsistent with *Snell* to reverse the burden of proof. As a result, the burden of proving causation remains on the plaintiff in this case. In order to discharge the burden in question, the plaintiff must adduce evidence that her doctor would have warned her of any dangers associated with breast implants had those dangers been brought to his attention by the defendant.

An alternative method of obviating the plaintiff's burden of proof was suggested by the Court of Appeal in *Buchan*. In that case, the court expressed the view that a "rebuttable presumption" exists such that a plaintiff in Ms. Hollis' position

aurait pour effet d'indemniser le demandeur en l'absence d'un rapport important entre le préjudice subi et la conduite du défendeur. Le renversement du fardeau de la preuve peut être justifié lorsque deux défendeurs ont, par négligence, fait feu dans la direction du demandeur et lorsque leur conduite délictueuse élimine ensuite les moyens de preuve dont il dispose. Dans un tel cas, il est clair que le préjudice n'a pas été causé par une conduite neutre. Il en va tout à fait différemment pour ce qui est d'indemniser un demandeur par le renversement du fardeau de la preuve en ce qui a trait à un préjudice qui peut très bien découler de facteurs qui ne sont pas reliés au défendeur et qui ne résultent de la faute de personne.

En conséquence, il peut y avoir inversion du fardeau de la preuve lorsque le défendeur a d'une certaine façon participé à la destruction des moyens de prouver la plainte contre lui, ou que le défendeur exerce un certain contrôle sur les éléments de preuve pertinents. Ce n'est que dans ce domaine restreint de cas que le demandeur est partiellement dégagé du fardeau de prouver la causalité. En l'espèce, on n'a pas prétendu qu'il y avait eu destruction délictueuse des moyens de preuve et la preuve ne repose pas sur des faits dont seule la défenderesse Dow serait au courant. Au contraire, la question en litige repose en grande partie sur le témoignage du Dr Birch. Madame Hollis et Dow ont tous deux un accès égal au témoignage du Dr Birch. En fait, dans cette situation, le médecin aurait vraisemblablement tendance à favoriser sa patiente, la demanderesse. Il n'est pas dans l'intérêt du médecin d'affirmer qu'il n'aurait pas transmis une mise en garde que le fabricant était tenu de lui donner à l'intention de la demanderesse. Comme la demanderesse possède les moyens de prouver la causalité, il serait incompatible avec l'arrêt *Snell* de procéder à une inversion du fardeau de la preuve. En conséquence, il appartient en l'espèce à la demanderesse de prouver la causalité. Pour s'acquitter de ce fardeau, elle doit établir que son médecin l'aurait mise en garde contre les risques reliés aux prothèses mammaires, si la défenderesse l'en avait informé.

Dans l'arrêt *Buchan*, la Cour d'appel a proposé une autre façon de dégager le demandeur du fardeau de la preuve. Dans cette affaire, la cour a affirmé qu'il existe une [TRADUCTION] «présomption réfutable» de sorte qu'une demanderesse dans

need not establish all elements of causation. According to the court, at p. 377:

Once the breach of duty to warn prescribing physicians has been established, I think it fair and reasonable to presume that the inadequacy of the warning was a contributing cause of the ingestion of the drug. It ought not to be incumbent on a plaintiff to prove as part of her case what her doctor might or might not have done had he been adequately warned. One can assume that a doctor would not ignore a proper warning or fail to disclose a material risk or otherwise act negligently. Even if the evidence were to indicate that the doctor was negligent, the manufacturer would not be shielded from liability if such negligence were a foreseeable consequence of the breach of duty to warn. The presumption may, of course, be rebutted if the defendant comes forth with evidence that despite the inadequacy of the warning the doctor's conduct toward his patient would have been the same whether or not the manufacturer was in breach of the duty.

Based on this approach, the plaintiff need not prove that her doctor would have warned her of any dangers unless the defendant presents some evidence tending to show that the doctor may not have in fact passed along the appropriate warning. The burden on the defendant is discharged where sufficient evidence is adduced to raise the issue of causation. This is an "evidential" burden of proof, which has been described by Professor Tapper in *Cross on Evidence* (7th ed. 1990), at p. 113, as:

... the obligation to show, if called upon to do so, that there is sufficient evidence to raise an issue as to the existence or non-existence of a fact in issue, due regard being had to the standard of proof demanded of the party under such obligation.

Thus, the rebuttable presumption referred to in *Buchan* merely requires the defendant to furnish sufficient proof to raise a question of whether or not the "learned intermediary" would have passed a warning along had one been provided by the manufacturer. Where this nominal burden has been discharged, the ultimate burden of proving causation remains on the plaintiff, requiring her to show

la position de M^{me} Hollis n'a pas besoin d'établir tous les éléments de la causalité. La cour affirme, à la p. 377:

[TRADUCTION] Une fois établi le manquement à l'obligation de mettre en garde les médecins traitants, j'estime qu'il est juste et raisonnable de présumer que le caractère inadéquat de la mise en garde a contribué à la prise du médicament. Il ne devrait pas incomber à la demanderesse de faire la preuve de ce que le médecin aurait ou n'aurait pas fait eût-il été adéquatement mis en garde. On peut présumer qu'un médecin ne ferait pas fi d'une mise en garde adéquate ou n'omettrait pas de divulguer un risque important ou ne ferait pas preuve de négligence de quelque autre façon. Même si la preuve indiquait que le médecin a fait preuve de négligence, le fabricant ne serait pas à l'abri de toute responsabilité si cette négligence était une conséquence prévisible du manquement à l'obligation de mise en garde. La présomption peut, naturellement, être réfutée si le défendeur apporte la preuve que, en dépit du caractère inadéquat de la mise en garde, le comportement du médecin envers son patient aurait été le même, que le fabricant ait manqué ou non à son obligation.

Si l'on se fonde sur cette analyse, la demanderesse n'a pas à prouver que son médecin l'aurait informée des risques, sauf si le défendeur présente certains éléments de preuve tendant à démontrer que le médecin n'aurait peut-être pas en réalité transmis la mise en garde adéquate. Le défendeur s'acquitte du fardeau qui lui incombe lorsqu'il présente une preuve suffisante pour soulever la question de la causalité. Il s'agit du «fardeau de présentation» que, dans *Cross on Evidence* (7^e éd. 1990), à la p. 113, le professeur Tapper décrit comme étant

[TRADUCTION] ... l'obligation d'établir, au besoin, qu'il existe une preuve suffisante pour soulever une question quant à l'existence ou à l'inexistence d'un fait en litige, et ce, compte tenu de la norme de preuve exigée de la partie à qui incombe cette obligation.

En conséquence, la présomption réfutable dont il est fait mention dans l'arrêt *Buchan* impose simplement au défendeur l'obligation de présenter une preuve suffisante pour que soit soulevée une question visant à déterminer si l'«intermédiaire compétent» aurait transmis une mise en garde s'il l'avait reçue du fabricant. Une fois que le défendeur s'est acquitté de ce fardeau de base, le fardeau ultime

that any warnings received by Dr. Birch would have been passed along.

If the burden of proof were reversed as proposed in *Cook v. Lewis*, it would not operate against the defendant if there was sufficient evidence to raise the issue of causation. In that event, the trier of fact would be obliged to weigh the evidence. The burden of proof would only be applied if the trier of fact were unable to come to a determinate conclusion. See *Cross on Evidence*, *supra*, at pp. 112-13, and *McCormick on Evidence* (3rd ed. 1984), at p. 947.

Whether one applies the presumption in *Buchan* or reverses the burden of proof as in *Cook v. Lewis*, I am of the view that there was abundant evidence in this case to raise the issue and it was conflicting. My colleague has reviewed some of this evidence. I agree with Bouck J.'s finding that the possibility of rupture of gel-filled implants, including the risk of rupture owing to trauma or abnormal squeezing, was not well known to the medical community in July-October 1983 when Ms. Hollis consulted Dr. Birch and he performed the surgery. The only apparent warning received by Dr. Birch concerned ruptures resulting from abnormal trauma, and contained the following statement:

5. Be certain that the patient understands that following implantation, abnormal squeezing or trauma to the breasts could conceivably rupture the implant.

Dr. Birch failed to warn Ms. Hollis and it was not his habit to warn patients of the risk of rupture due to trauma or abnormal squeezing because he did not regard it as a common occurrence. In this regard, he relied primarily on medical literature and not the manufacturer's literature. He testified as follows:

d'établir la causalité continue d'incomber à la demanderesse, qui doit démontrer que le Dr Birch aurait transmis toute mise en garde qu'il aurait reçue.

Inverser le fardeau de la preuve, comme le propose l'arrêt *Cook c. Lewis*, ne jouerait pas contre le défendeur s'il y avait une preuve suffisante pour soulever la question de la causalité. Le juge des faits serait alors tenu de faire l'appréciation de la preuve. Il n'y aurait application du fardeau de la preuve que si le juge des faits n'était pas en mesure d'arriver à une conclusion déterminante. Voir *Cross on Evidence*, *op. cit.*, aux pp. 112 et 113, et *McCormick on Evidence* (3^e éd. 1984), à la p. 947.

Qu'il y ait application de la présomption formulée dans *Buchan* ou inversion du fardeau de la preuve comme dans *Cook c. Lewis*, je suis d'avis qu'il existait en l'espèce amplement d'éléments de preuve pour soulever la question et qu'ils étaient contradictoires. Mon collègue a examiné une certaine partie de cette preuve. À l'instar du juge Bouck, je reconnais que la possibilité de rupture des prothèses remplies de gel, y compris le risque de rupture due à un traumatisme ou à une pression anormale, n'était pas bien connue du corps médical entre juillet et octobre 1983, c'est-à-dire à l'époque où M^{me} Hollis a consulté le Dr Birch et où ce dernier a procédé à l'intervention. La seule mise en garde apparemment reçue par le Dr Birch portait sur les ruptures attribuables à un traumatisme anormal, et comportait l'énoncé suivant:

[TRADUCTION]

5. S'assurer que la patiente comprenne qu'après l'implantation une pression anormale ou un traumatisme aux seins pourrait entraîner une rupture de la prothèse.

Le Dr Birch a omis d'avertir M^{me} Hollis et il n'avait pas l'habitude de mettre ses patientes en garde contre le risque de rupture due à un traumatisme ou à une pression anormale parce qu'il ne considérait pas ce risque comme une chose courante. À cet égard, il se fondait principalement sur les publications médicales et non pas sur la documentation du fabricant. Voici un extrait de son témoignage:

82

83

84

Q. I'm going to point number five, do you see that? It says:

"Be certain that the patient understands that following implantation, abnormal squeezing or trauma to the breast could conceivably rupture the implant."

Doctor, do —

A. Yes.

Q. — you see that. Now, doctor, you don't rely on the manufacturers' literature, though, with respect to these particular products, do you?

A. No. I rely more on the medical literature.

85

Counsel for Ms. Hollis relies heavily on the 1985 warning as evidence of the type of warning that Dow had a duty to give in 1983. My colleague accepts this as significant evidence as to the type of warning that should have been given. There is cogent evidence in the record that if this warning had been given to Dr. Birch in 1983, he would not necessarily have passed it on. In October 1987, two years after Dr. Birch had received the 1985 warning referred to above, it was still not his practice to pass the warning on to patients. Examined for discovery in October 1987, he gave the following evidence:

Q Is that your practice now to do that, to discuss the possibility of rupture of prosthesis?

A Not usually.

86

While by 1989 he was warning all his patients of the risk of rupture, at trial he could not say "[w]hen it became more than 50 per cent". This is consistent with his testimony that he relied more upon the state of medical knowledge and medical literature than upon manufacturers' literature. This evidence might very well have been accepted by the trial judge if he had considered this issue. In my view, if my colleague had referred to this evi-

[TRADUCTION]

Q. Je vais vous indiquer le numéro cinq, le voyez-vous? Je vous le lis:

«S'assurer que la patiente comprenne qu'après l'implantation une pression anormale ou un traumatisme aux seins pourrait entraîner une rupture de la prothèse.»

Docteur, vous . . .

R. Oui.

Q. — vous voyez cela. Cependant, docteur, vous ne vous fiez pas à la documentation du fabricant relativement à ces produits particuliers, n'est-ce pas?

R. Non. Je me fie davantage aux publications médicales.

L'avocat de M^{me} Hollis attache beaucoup d'importance à la mise en garde donnée en 1985 comme preuve du type d'avertissement que Dow avait une obligation de donner en 1983. Mon collègue considère cela comme un indice probant du type de mise en garde qui aurait dû être donné. Il existe au dossier une preuve forte établissant que le D^r Birch n'aurait pas nécessairement transmis la mise en garde même s'il l'avait reçue en 1983. En octobre 1987, deux ans après avoir reçu la mise en garde de Dow, le D^r Birch n'avait pas encore pris l'habitude de transmettre ces renseignements à ses patientes. Lors de l'interrogatoire préalable en octobre 1987, il a rendu le témoignage suivant:

[TRADUCTION]

Q Est-ce que vous faites cela régulièrement maintenant, discuter du risque de rupture de la prothèse?

R Non, pas habituellement.

Si, en 1989, il prévenait toutes ses patientes du risque de rupture, il n'a pas été en mesure, au procès, de dire [TRADUCTION] «[à] quel moment il a commencé à le faire dans plus de 50 pour 100 des cas». Cela est compatible avec son témoignage suivant lequel il se fiait davantage à l'état de la science médicale et aux publications médicales qu'à la documentation des fabricants. Le juge de première instance aurait très bien pu accepter cette preuve s'il avait examiné ce point. À mon avis, si mon collègue avait considéré cette preuve, il n'au-

dence, he could not have concluded but that there was ample evidence to raise the issue.

Accordingly, if this issue had been addressed at trial, the trial judge would have been obliged to weigh the evidence in order to resolve the conflict. The burden of proof would play no part in this determination. Only if the evidence were so evenly balanced that a determinate conclusion could not be reached would resort to the legal burden of proof have been necessary. The weighing of conflicting evidence is vital in the resolution of any factual issue in respect of which the evidence is in conflict. This did not occur at trial here. Prowse J.A., in her majority judgment, did not weigh the evidence because she concluded that Dow had a duty to warn Ms. Hollis directly. As a result, this aspect of causation did not arise. My colleague does not weigh the evidence because he largely dispenses with the need to prove causation. The result is that this fundamental step in the trial process which is so important in resolving factual disputes will have been by-passed if a new trial is not directed. I now turn to address that issue more specifically.

A New Trial is Necessary

The issue in this case is not the right of an appellate court to review findings of fact made at trial or what standard governs such review. The issue is what approach should a court of appeal adopt when disposing of an appeal on a legal basis that was not dealt with or resolved at trial, where crucial findings of fact concerning that issue were not made by the trial judge. In the former case, the trial judge has addressed the factual question with which the appellate court should not interfere or substitute its own decision unless the appellate court can identify why the trial judge's conclusions are clearly wrong. The parties, however, have had the factual issue considered. The claim to a new trial in such circumstances is less compelling by reason of the fact that the factual issues have been weighed at trial. If the court of appeal can identify where the trial judge was clearly wrong, there is

rait pu que conclure qu'il y avait amplement d'éléments de preuve pour soulever la question.

En conséquence, s'il avait examiné ce point, le juge de première instance aurait été tenu de faire l'appréciation de la preuve pour résoudre le conflit. Le fardeau de la preuve ne jouerait pas dans cette détermination. Ce n'est que si le tribunal avait conclu que les éléments de preuve s'équilibraient si bien qu'il ne pouvait arriver à une conclusion définie qu'il lui aurait été nécessaire de recourir au fardeau ultime de la preuve. L'appréciation des éléments de preuve contradictoires est essentielle pour résoudre toute question de fait qui comporte de tels éléments. Cette situation ne s'est pas produite en l'espèce. Le juge Prowse, s'exprimant au nom de la majorité, n'a pas fait l'appréciation de la preuve parce qu'elle a conclu que Dow avait une obligation d'avertir directement M^{me} Hollis. En conséquence, cet aspect de la causalité ne s'est pas présenté. Mon collègue ne fait pas l'appréciation de la preuve parce qu'il écarte en grande partie la nécessité d'établir la causalité. Alors, si l'on n'ordonne pas la tenue d'un nouveau procès, on aura contourné cette étape fondamentale du procès, qui est si importante pour régler des débats sur des questions de fait. J'examine maintenant cette question plus spécifiquement.

Nécessité d'un nouveau procès

En l'espèce, la question ne porte pas sur le droit d'une cour d'appel de réviser les conclusions de fait tirées en première instance ni sur le critère qui régit cette révision. La question vise à déterminer la position qu'une cour d'appel doit adopter dans les cas où elle est appelée à trancher un appel fondé sur une question de droit qui n'a été ni examinée ni tranchée en première instance et où le juge de première instance n'a pas tiré de conclusions de fait importantes sur cette question. Dans le premier cas, le juge de première instance a rendu une décision sur une question de fait, que la cour d'appel ne devrait pas modifier ni remplacer par la sienne sauf si elle peut établir pourquoi elle est manifestement erronée. Cependant, les parties ont fait examiner la question de fait. Dans ces circonstances, la demande d'un nouveau procès se justifie moins parce qu'il y a eu appréciation des questions

less concern that the parties are deprived of the advantage of having had at least one assessment of the facts. The appellate court can correct clear error with the background of that assessment. Nevertheless, findings of credibility and conflicts in the evidence that are dependent on the advantages of seeing and hearing the witness are generally exceptions to the exercise of the power of an appellate court to substitute its findings for those of the trial judge. This applies even if the conflict is between expert witnesses. Moreover, even when an appellate court exercises the power to interfere with the findings, the usual order is to direct a new trial if the nature of the evidence is such that there is an advantage in hearing and seeing the witnesses.

89

In contrast, in a case in which a trial judge fails to make factual findings which are essential to resolve an issue, a court of appeal is extremely reluctant to assume the role of the trial judge. In such circumstances, it is more hazardous to venture an opinion that the trial judge would not have had an advantage when there has been no demonstration as to how the trial judge availed himself or herself of the advantage. More importantly, there is considerable support for the view that the party affected is entitled to a new trial virtually as of right. In *Just v. British Columbia*, [1989] 2 S.C.R. 1228, this Court reversed the Court of Appeal which had affirmed the judgment at trial dismissing the plaintiff's action. The trial judge classified certain practices of the government agency as policy rather than operational and therefore exempt from liability. Although these practices and their deficiencies were fully explored in the evidence presented at trial, this Court nevertheless ordered a new trial. Speaking for the majority, Cory J. stated, at pp. 1246-47:

de fait lors du procès. Si la cour d'appel peut cerner les erreurs manifestes commises par le juge de première instance, il est moins inquiétant que les parties soient privées de l'avantage d'au moins une appréciation des faits. La cour d'appel peut corriger des erreurs manifestes à partir de l'appréciation qui a été faite. Néanmoins, le cas de conclusions en matière de crédibilité et celui de contradictions dans la preuve, intimement liés à l'avantage de voir et d'entendre les témoins, constituent généralement des exceptions à l'exercice du pouvoir de la cour d'appel de remplacer les conclusions du juge de première instance par les siennes. Cette règle s'applique même si ce sont des témoins experts qui se contredisent. Par surcroît, même si la cour d'appel exerce son pouvoir de modifier les conclusions rendues en première instance, elle ordonnera habituellement la tenue d'un nouveau procès si la preuve est de telle nature qu'il serait avantageux de voir et d'entendre les témoins.

Par contre, dans le cas où un juge de première instance omet de tirer des conclusions de fait essentielles au règlement d'une question, la cour d'appel hésitera grandement à assumer le rôle du juge de première instance. Dans ces circonstances, il est plus risqué d'avancer que le juge de première instance n'aurait pas bénéficié d'un avantage si l'on n'a pas établi comment il a justement profité de l'avantage qu'il avait. Fait encore plus important, beaucoup s'entendent pour dire que la partie lésée a droit à un nouveau procès pratiquement de plein droit. Dans *Just c. Colombie-Britannique*, [1989] 2 R.C.S. 1228, notre Cour a infirmé l'arrêt de la Cour d'appel, qui avait confirmé la décision rendue en première instance de rejeter l'action du demandeur. Le juge de première instance avait dit que certaines pratiques de l'organisme gouvernemental en cause relevaient de questions de politique plutôt que du domaine opérationnel et n'engageaient donc pas sa responsabilité. Bien que ces pratiques et leurs lacunes aient été pleinement examinées dans le cadre de la présentation de la preuve au procès, notre Cour a néanmoins ordonné la tenue d'un nouveau procès. Le juge Cory, s'exprimant au nom de la majorité, a affirmé aux pp. 1246 et 1247:

At trial the conclusion was reached that the number and frequency of inspections, of scaling and other remedial measures were matters of policy; as a result no findings of fact were made on the issues bearing on the standard of care. Since the matter was one of operation the respondent was not immune from suit and the negligence issue had to be canvassed in its entirety. The appellant was therefore entitled to a finding of fact on these questions and a new trial should be directed to accomplish this.

To proceed in this way is fair to both the government agency and the litigant. Once a duty of care that is not exempted has been established the trial will determine whether the government agency has met the requisite standard of care. At that stage the system and manner of inspection may be reviewed. However, the review will be undertaken bearing in mind the budgetary restraints imposed and the availability of personnel and equipment to carry out such an inspection.

Similarly, in *Koschman v. Hay* (1977), 17 O.R. (2d) 557 (C.A.), in an appeal in which the trial judge had failed to resolve conflicts in the evidence, Lacourcière J.A. stated, at p. 558:

The vital importance of reasons for judgment in such cases cannot be over-emphasized. This Court cannot decide issues of fact on the bald record. The parties are entitled to the findings of the trial Judge on disputed evidence, and an appellate Court cannot properly exercise its function without them. I refer to a decision of this Court in *DeJussel et al. v. Hajzer*, [1948] O.W.N. 468, and to *Wright and Wright v. Ruckstuhl*, [1955] O.W.N. 32, [1955] 2 D.L.R. 77, where Chief Justice Pickup, speaking for the Court, expressed this principle in no uncertain terms. This Court has never departed from that principle. We are, therefore, unanimously forced to conclude that the assessment of the plaintiffs' damages must be sent back for a new trial.

La Forest J. in *Chan v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1995] 3 S.C.R. 593, identifies the difficulty which an appellate

En première instance, on a conclu que le nombre et la fréquence des inspections, du décapage et des autres mesures de redressement étaient des questions de politique, de sorte qu'aucune conclusion de fait n'a été tirée à l'égard de la norme de diligence. Puisque l'affaire relevait du domaine opérationnel, l'intimée n'était pas à l'abri des poursuites et la question de la négligence aurait dû être examinée dans sa totalité. L'appelant était donc en droit d'obtenir une conclusion de fait sur ces questions et un nouveau procès devrait être ordonné à cette fin.

Cette manière d'aborder la question est équitable tant pour l'organisme gouvernemental que pour le poursuivant. L'existence d'une obligation de diligence et l'absence d'exemption ayant été établies, le procès permettra de déterminer si l'organisme gouvernemental a respecté la norme de diligence requise. À ce stade, le système et les méthodes d'inspection pourront faire l'objet d'un examen, compte tenu cependant des restrictions budgétaires imposées et du personnel et de l'équipement disponibles pour effectuer une telle inspection.

De la même façon, dans *Koschman c. Hay* (1977), 17 O.R. (2d) 557 (C.A.), un appel dans lequel le juge de première instance avait omis de résoudre les contradictions dans la preuve, le juge Lacourcière a affirmé, à la p. 558:

[TRADUCTION] On ne saurait mettre trop d'accent sur l'importance primordiale qu'ont les motifs de jugement dans de tels cas. Notre cour ne peut trancher des questions de fait si le dossier ne renferme rien à l'appui. Les parties ont le droit de connaître les conclusions du juge de première instance relativement à la preuve contestée, et une cour d'appel ne peut s'acquitter convenablement de ses fonctions en l'absence de ces conclusions. Sur ce point, je me réfère à l'arrêt de notre cour *DeJussel et al. c. Hajzer*, [1948] O.W.N. 468, et à *Wright and Wright c. Ruckstuhl*, [1955] O.W.N. 32, [1955] 2 D.L.R. 77, dans lequel le juge en chef Pickup, s'exprimant au nom de la cour, a exprimé ce principe en termes on ne peut plus clairs. Notre cour n'y a jamais dérogé. Nous sommes par conséquent forcés à l'unanimité de conclure qu'il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès relativement à l'appréciation des dommages-intérêts des demandeurs.

Dans l'arrêt *Chan c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1995] 3 R.C.S. 593, le juge La Forest cerne la difficulté qu'aura la cour

court faces in assessing factual issues when the trier of fact has failed to do so. He states, at para. 45:

A reviewing court must, in assessing a Board's factual decision, attempt to put itself in its position. This can pose serious difficulties where the Board has made no finding on a critical issue but has simply disposed of the matter on the basis of a legal finding.

d'appel à apprécier des questions de fait lorsque le juge des faits ne les a pas appréciées lui-même. Il affirme au par. 45:

La cour chargée d'examiner le bien-fondé de la décision d'un tribunal de la Commission doit s'efforcer de se mettre à la place de celui-ci lorsqu'elle apprécie ses conclusions de fait. Cela peut s'avérer difficile dans les cas où le tribunal n'a tiré aucune conclusion sur un élément fondamental, et qu'il a tout simplement tranché l'affaire en s'appuyant sur un fondement d'ordre juridique.

92 Courts have departed from this established practice in exceptional circumstances in which the appellate court is able to conclude that it is in as good a position to resolve the issue as the trial judge. In such circumstances, there is no special advantage in remitting the matter back to the trial judge, and the party affected is not prejudiced thereby. A material consideration is that a final resolution of the case will avoid a new trial.

Les cours d'appel n'ont dérogé à cette pratique bien établie que dans des circonstances exceptionnelles où elles peuvent conclure qu'elles sont en aussi bonne position que le juge de première instance pour trancher la question. Dans ces cas, il n'y a pas d'avantage spécial à renvoyer la question au juge de première instance, et la partie concernée n'en subit pas de préjudice. Une considération importante est que le règlement final de l'affaire évitera la tenue d'un nouveau procès.

93 Circumstances that permit the conclusion to be drawn that the appellate court is in as good a position as the trial judge and that no advantage is lost include:

Voici certaines des circonstances qui permettent à une cour d'appel de conclure qu'elle est en aussi bonne position que le juge de première instance pour trancher la question et qu'aucun avantage n'est perdu:

- (i) the trial judge has made the necessary findings albeit in respect of a different legal issue, or it can be safely assumed from findings actually made that but for the error of law the necessary findings would have been made;
- (ii) the evidence is not in dispute or conflict and no issue of credibility is involved;
- (iii) special circumstances exist in which the parties urge the appellate court to make necessary findings of fact.

- (i) le juge de première instance a tiré les conclusions nécessaires, mais relativement à une question de droit différente, ou encore on peut supposer sans risque, à partir des conclusions effectivement tirées, que le juge de première instance aurait tiré les conclusions nécessaires n'eût été l'erreur de droit;
- (ii) les éléments de preuve ne sont pas contestés ni contradictoires et aucune question de crédibilité n'a été soulevée;
- (iii) il existe des circonstances spéciales qui font que les parties exhortent la cour d'appel à tirer les conclusions de fait nécessaires.

See *Snell v. Farrell*, *supra*; *Davie Shipbuilding Ltd. v. The Queen*, [1984] 1 F.C. 461 (C.A.); *Jardine v. Northern Co-operative Timber and Mill Association*, [1945] 1 W.W.R. 533 (B.C.C.A.); *Nova, An Alberta Corporation v. Guelph Engineering Co.* (1989), 70 Alta. L.R. (2d) 97.

Voir *Snell c. Farrell*, précité; *Davie Shipbuilding Ltd. c. La Reine*, [1984] 1 C.F. 461 (C.A.); *Jardine c. Northern Co-operative Timber and Mill Association*, [1945] 1 W.W.R. 533 (C.A.C.-B.); *Nova, An Alberta Corporation c. Guelph Engineering Co.* (1989), 70 Alta. L.R. (2d) 97.

Cases in which this power has been exercised have stressed that it should only be resorted to in “unique” circumstances (*Nova*, at p. 112) and with extreme care to ensure that “such a course will . . . do complete justice between the parties” (*Glow v. Paquin*, [1932] 1 W.W.R. 737 (Man. C.A.), at p. 742). As a result, the preferred course of action is to order a new trial. See *Patterson v. Township of Aldborough* (1913), 11 D.L.R. 437 (Ont. C.A.); *Colautti Construction Ltd. v. City of Ottawa* (1984), 9 D.L.R. (4th) 265 (Ont. C.A.); *Bank of Nova Scotia v. Dunphy Leasing Enterprises Ltd.* (1991), 83 Alta. L.R. (2d) 289 (C.A.); *Fitz Randolph v. Fitz Randolph* (1918), 41 D.L.R. 739 (N.B.C.A.).

No circumstances are present which would bring this case within the above criteria and we are clearly not in as good a position as the trial judge to make the requisite findings. My colleague addresses this issue (at para. 33) only in relation to the finding of a duty to warn and justifies our addressing the issue on the basis that the “bulk of the critical evidence adduced at trial was documentary, not testimonial”. This is not, however, the only factual issue which was not addressed at trial. We have two additional factual issues in respect of which there were no findings at trial:

- (i) Would Ms. Hollis have consented to the operation even if properly warned?
- (ii) Would Dr. Birch’s conduct have been the same whether or not Dow was in breach of the duty to warn?

With respect to the first issue, notwithstanding that it was not dealt with by the trial judge, my colleague concludes (at para. 47) that “there was sufficient evidence adduced at trial to satisfy the subjective *Buchan* test”. La Forest J. recognizes the concern expressed by Laskin C.J. that this test places too high a premium on the self-serving evidence of the plaintiff. In his view (at para. 46), however, this concern is adequately addressed “through cross-examination and through a proper

Dans les décisions où ce pouvoir a été exercé, les tribunaux font ressortir que l’on ne devrait y avoir recours que dans des circonstances [TRADUCTION] «uniques» (*Nova*, à la p. 112) et avec une grande circonspection de façon à ce [TRADUCTION] «qu’une telle mesure [. . .] rende complètement justice aux parties» (*Glow c. Paquin*, [1932] 1 W.W.R. 737 (C.A. Man.), à la p. 742). C’est pourquoi on préférera ordonner la tenue d’un nouveau procès. Voir *Patterson c. Township of Aldborough* (1913), 11 D.L.R. 437 (C.A. Ont.); *Colautti Construction Ltd. c. City of Ottawa* (1984), 9 D.L.R. (4th) 265 (C.A. Ont.); *Bank of Nova Scotia c. Dunphy Leasing Enterprises Ltd.* (1991), 83 Alta. L.R. (2d) 289 (C.A.); *Fitz Randolph c. Fitz Randolph* (1918), 41 D.L.R. 739 (C.A.N.-B.).

Il n’existe en l’espèce aucune circonstance de la nature de celles qui ont été énumérées et nous ne sommes clairement pas en aussi bonne position que le juge de première instance pour tirer les conclusions requises. Mon collègue n’examine cette question (au par. 33) que relativement à l’obligation de mise en garde et justifie notre examen de la question sur le fondement que «l’essentiel de la preuve cruciale présentée au procès était de nature documentaire et non testimoniale». Ce n’est toutefois pas la seule question de fait qui n’a pas été examinée lors du procès. Nous sommes saisis de deux autres questions de fait sur lesquelles le tribunal de première instance n’a pas tiré de conclusion:

- (i) Madame Hollis aurait-elle consenti à l’opération même si elle avait reçu une mise en garde adéquate?
- (ii) Le comportement du Dr Birch aurait-il été le même, que Dow ait ou non manqué à son obligation de mise en garde?

En ce qui concerne la première question, même si le juge de première instance ne l’a pas examinée, mon collègue conclut (au par. 47) qu’«il y avait une preuve suffisante au procès pour satisfaire au critère subjectif de l’arrêt *Buchan*». Le juge La Forest reconnaît la préoccupation exprimée par le juge en chef Laskin selon laquelle ce critère accorde un trop grand avantage au témoignage intéressé de la demanderesse. Cependant, à son avis (au par. 46), on peut répondre adéquate-

weighing by the trial judge of the relevant testimony". I do not understand how the concern of Laskin C.J. is addressed when the evidence was not weighed by the trial judge and is dealt with on the basis of the subjective *Buchan* test for the first time in this Court. The hallmark of this test as explained in *Buchan* is acceptance of the evidence of the plaintiff on the assertion that she would not have consented to the operation. Ms. Hollis was asked at trial what she would have done if advised of "all of those complications". She replied: "I would not have had the surgery". If, as explained by Robins J.A. in *Buchan*, the entire issue turns on whether the trial judge gives credit to this statement and the evidence of expert witnesses as to what other reasonable women would do is not relevant, then it is vital that the trial judge make a specific finding as to the credibility of this statement. The fact that in this case the trial judge made no adverse finding with respect to this statement and accepted her evidence on other issues cannot be a substitute for a finding on this crucial issue. Indeed, the trial judge made no comment with respect to Ms. Hollis' credibility or demeanour as a witness in general. A trial judge or jury is perfectly at liberty to accept part of a witness's evidence and reject other parts. We do not know whether he would have done so in this case.

97 On the other hand, if the testimony of experts was relevant, five plastic surgeons testified that many women were not deterred by possible complications. This evidence conflicted with the evidence of Ms. Hollis and could only be resolved at trial.

98 My colleague resolves the second causation issue (namely, whether or not Dr. Birch would

ment à cette préoccupation «en première instance par voie de contre-interrogatoire et par la juste appréciation par le juge des témoignages pertinents». Je ne vois pas comment on répond à la préoccupation soulevée par le juge en chef Laskin s'il n'y a pas eu appréciation de la preuve en première instance et si cette preuve est examinée pour la première fois devant notre Cour sur le fondement du critère subjectif de l'arrêt *Buchan*. La caractéristique de ce critère, selon l'arrêt *Buchan*, est l'acceptation du témoignage de la demanderesse relativement à l'affirmation qu'elle n'aurait pas consenti à l'intervention. En première instance, on a demandé à M^{me} Hollis ce qu'elle aurait fait si elle avait été prévenue de [TRADUCTION] «toutes les complications». Elle a répondu: [TRADUCTION] «Je n'aurais pas subi l'intervention». Comme le juge Robins l'a expliqué dans l'arrêt *Buchan*, si toute la question est de savoir si le juge de première instance donne foi à cette déclaration et si la déposition des témoins experts relativement à ce que d'autres femmes raisonnables feraient n'est pas pertinente, il est alors essentiel que le juge du procès tire une conclusion spécifique sur la crédibilité de la déclaration. Le fait que le juge de première instance n'a pas tiré de conclusion défavorable relativement à la déclaration de M^{me} Hollis et qu'il a accepté son témoignage sur d'autres questions ne saurait remplacer une conclusion sur cette question cruciale. En fait, le juge de première instance n'a fait aucun commentaire relativement à la crédibilité ou au comportement de M^{me} Hollis comme témoin en général. Il est tout à fait loisible au juge de première instance ou au jury d'accepter une partie du témoignage d'une personne et d'en rejeter d'autres. Nous ne savons pas si c'est ce qui se serait produit en l'espèce.

Par contre, si le témoignage des experts était pertinent, il faut signaler que cinq plasticiens ont affirmé que de nombreuses femmes n'étaient pas dissuadées par les complications possibles. Ces témoignages sont en contradiction avec celui de M^{me} Hollis et ce n'est qu'en première instance que l'on peut en faire l'appréciation.

Mon collègue résout la seconde question de la causalité (savoir si le D^r Birch aurait ou non trans-

have passed any warnings along), by effectively deciding that this aspect of causation does not arise. As explained above, my colleague's approach flies in the face of well established legal principles by eliminating the need for the plaintiff to show that her injuries would not have occurred had Dow warned the "learned intermediary". Clearly, the issue of causation must be resolved. In the absence of a finding in this Court that evidence was lacking to raise the issues or that a weighing of the evidence cannot resolve the matter, a new trial should be ordered for the purpose of enabling the trial judge to carry out this function.

Apart from the foregoing, there are three additional reasons for ordering a new trial in this case.

First, there will be a new trial in any event with respect to Dr. Birch, and the judgment of this Court will not put an end to the litigation.

Second, the issue as to whether Ms. Hollis would have proceeded with the implant if properly warned is an issue in the new trial ordered in respect of Dr. Birch. That order is not in issue here. Dr. Birch is entitled to raise the issue of causation. If this Court determines that issue and decides that on the evidence Ms. Hollis would have refused consent, I cannot see how a trial judge could decide otherwise. If he did, such inconsistent findings would not enhance the image of justice.

Finally, under the *Negligence Act*, where damage or loss is caused by the fault of two or more persons, liability for the damage must be apportioned in accordance with the degrees of fault. In accordance with s. 2 of the *Negligence Act*, the trial judge will have to determine the degree to which Dr. Birch was at fault. This involves a comparison of the degrees of fault of Dow and Dr. Birch. Such a comparison is at worst impossible and at best extremely difficult without hearing and weighing the evidence of negligence with respect to each defendant. It is, therefore, the practice to

mis les mises en garde) en décidant en fait que cet aspect de la causalité ne se pose pas. Comme je l'ai déjà expliqué, l'analyse de mon collègue va contre les principes de droit bien établis en éliminant la nécessité que la demanderesse démontre qu'elle n'aurait pas subi de préjudice si Dow avait informé l'«intermédiaire compétent». Il faut de toute évidence trancher la question de la causalité. Faute d'une conclusion par notre Cour qu'il n'y avait pas de preuve permettant de soulever ces questions ou qu'une appréciation de la preuve ne peut trancher l'affaire, il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès pour que le juge de première instance puisse s'acquitter de cette tâche.

Outre ce qui précède, il y a trois autres motifs pour lesquels il y a lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès en l'espèce.

Premièrement, il y aura de toute façon un nouveau procès concernant le Dr Birch et l'arrêt de notre Cour ne mettra pas un terme au litige.

Deuxièmement, la question de savoir si M^{me} Hollis aurait accepté l'implantation si elle avait été adéquatement prévenue est une question qui sera débattue au cours du nouveau procès ordonné relativement au Dr Birch. Cette ordonnance n'est pas contestée en l'espèce. Le Dr Birch a le droit de soulever la question de la causalité. Si notre Cour tranche cette question et décide, sur le fondement de la preuve, que M^{me} Hollis aurait refusé l'opération, je ne vois pas comment un juge de première instance pourrait arriver à une conclusion contraire. S'il le faisait, de telles conclusions incompatibles ne rehausseraient pas l'image de la justice.

Enfin, en vertu de la *Negligence Act*, dans le cas où le préjudice ou la perte est imputable à la faute d'au moins deux personnes, il faut répartir la responsabilité conformément au degré de faute. Conformément à l'art. 2 de la *Negligence Act*, le juge de première instance devra déterminer le degré de faute du Dr Birch. À cette fin, il devra établir une comparaison entre le degré de faute de Dow et celui du Dr Birch. Une telle comparaison est, au pis, impossible et, au mieux, extrêmement difficile s'il n'y a ni présentation ni appréciation d'une preuve de négligence relativement à chacun

99

100

101

102

have a joint trial which includes as parties all those alleged to be at fault for having caused the damage or loss claimed. It is in keeping with the intent and purpose of the *Negligence Act* that all parties alleged to be at fault should be before the trial judge at the end of the case. See *McCarroll v. Powell*, [1955] 4 D.L.R. 631 (Ont. C.A.), at pp. 635-36; *Hunt v. MacLeod Construction Co.*, [1958] S.C.R. 737. The problem that I foresee for the trial judge is that the evidence with respect to Dow's breach of duty will have to be tendered but presumably in the absence of Dow as a party. The trial judge will not, however, be free to evaluate this evidence free of the opinion of this Court. For example, the trial judge might be of the view that on the evidence before him or her no fault is established. Yet he or she must find some fault because this Court has determined that Dow was at fault. Moreover, unless Dow is able to re-inject itself into the proceedings, its degree of fault will be determined *ex parte*.

des défendeurs. Il est donc courant de tenir un procès conjoint contre toutes les parties qui pourraient être en faute relativement au préjudice ou à la perte subis. En conséquence, conformément à l'objet de la *Negligence Act*, toutes les parties susceptibles d'être en faute devraient en fin de compte se retrouver devant le juge de première instance. Voir *McCarroll c. Powell*, [1955] 4 D.L.R. 631 (C.A. Ont.), aux pp. 635 et 636; *Hunt c. MacLeod Construction Co.*, [1958] R.C.S. 737. Le problème auquel le juge de première instance sera confronté, à mon avis, est que la preuve relativement au manquement de Dow devra être présentée, mais vraisemblablement sans Dow comme partie à l'instance. Cependant, il ou elle ne sera pas loisible au juge de première instance de faire l'appréciation de cette preuve sans tenir compte de l'opinion de notre Cour. Par exemple, le juge de première instance pourrait considérer, à partir de la preuve, qu'aucune faute n'a été démontrée. Cependant, il ou elle devra conclure à l'existence d'une faute puisque notre Cour a déterminé que Dow était en faute. Qui plus est, à moins que Dow ne soit en mesure de redevenir partie au litige, son degré de faute sera déterminé *ex parte*.

103 Accordingly, I would allow the appeal and direct a new trial as proposed by Southin J.A. dissenting on this issue.

Appeal dismissed with costs to the respondent Susan Hollis, SOPINKA and MCLACHLIN JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Clark, Wilson, Vancouver.

Solicitors for the respondent Susan Hollis: Lang, Michener, Vancouver.

Solicitors for the respondent John Robert Birch: Harper, Grey, Easton, Vancouver.

En conséquence, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès comme l'a proposé le juge Southin, qui était dissidente sur cette question.

Pourvoi rejeté avec dépens à l'intimée Susan Hollis, les juges SOPINKA et MCLACHLIN sont dissidents.

Procureurs de l'appelante: Clark, Wilson, Vancouver.

Procureurs de l'intimée Susan Hollis: Lang, Michener, Vancouver.

Procureurs de l'intimé John Robert Birch: Harper, Grey, Easton, Vancouver.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

John Richard Adams *Respondent*

INDEXED AS: R. v. ADAMS

File No.: 24252.

1995: October 6; 1995: December 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 QUEEN'S BENCH OF ALBERTA

Appeal — Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Publication ban as to identity of sexual assault complainant — Trial judge lifting ban on own motion and without consent after acquitting accused — Whether or not Supreme Court had jurisdiction to hear Crown's appeal from order lifting ban — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1), (3).

Appeal — Supreme Court of Canada — Mootness — Mandatory publication ban as to identity of sexual assault complainant lifted by trial judge without consent — Name not yet published by media — Whether or not live issue — If not, whether Supreme Court should exercise jurisdiction to hear case.

Criminal law — Publication bans — Rescission of ban as to identity of sexual assault complainant — Trial judge finding during accused's trial for sexual assault that complainant a prostitute — Trial judge lifting ban on own motion and without consent after accused's acquittal — Whether or not judge authorized to lift ban — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 486(3), (4).

At the request of the Crown, the trial judge in a sexual assault case ordered a publication ban as to identity of the complainant under s. 486(3) and (4) of the *Criminal Code*. After acquitting the accused, the trial judge on his own motion rescinded the order on the ground that the complainant's evidence was not credible. The order lifting the ban was later stayed pending appeal. The Crown appealed from the rescission order directly to this Court

Sa Majesté la Reine *Appelante*

c.

John Richard Adams *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. c. ADAMS

N° du greffe: 24252.

1995: 6 octobre; 1995: 21 décembre.

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 DU BANC DE LA REINE DE L'ALBERTA

Appel — Cour suprême du Canada — Compétence — Interdiction de publier le nom d'une plaignante victime d'agression sexuelle — Juge du procès levant l'interdiction de sa propre initiative et sans consentement après avoir acquitté l'accusé — La Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre l'appel du ministère public contre l'ordonnance levant l'interdiction? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1), (3).

Appel — Cour suprême du Canada — Caractère théorique — Interdiction impérative de publier le nom d'une plaignante victime d'agression sexuelle levée sans consentement par le juge du procès — Nom pas encore publié par les médias — La question se pose-t-elle réellement? — Dans la négative, la Cour suprême doit-elle exercer sa compétence pour entendre l'affaire?

Droit criminel — Interdictions de publication — Levée de l'interdiction de publier le nom d'une plaignante victime d'agression sexuelle — Juge concluant pendant le procès d'une personne accusée d'agression sexuelle que la plaignante est une prostituée — Juge du procès levant l'interdiction de sa propre initiative et sans consentement après l'acquiescement de l'accusé — Le juge du procès était-il autorisé à lever l'interdiction? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486(3), (4).

À la demande du ministère public, le juge du procès, dans une affaire d'agression sexuelle, a imposé une interdiction de publier le nom de la plaignante, conformément aux par. 486(3) et (4) du *Code criminel*. Après avoir acquitté l'accusé, le juge du procès a annulé l'ordonnance, de sa propre initiative, pour le motif que le témoignage de la plaignante n'était pas crédible. Par la suite, l'ordonnance levant l'interdiction a été suspendue

under s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. At issue were: (1) whether or not this Court had jurisdiction; (2) whether or not the appeal was moot; and (3) whether or not s. 486(3) and (4) of the *Code* authorized a judge to revoke an order banning publication as to a sexual assault complainant's identity without obtaining the consent of the Crown and the complainant.

Held: The appeal should be allowed.

This Court had jurisdiction, pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, to grant leave and to hear the appeal. Since the acquittal was based on a finding that the Crown had failed to prove the charge beyond a reasonable doubt, the Crown could not appeal the acquittal under s. 676(1)(a) of the *Code*. Given that an appeal from the rescinding order did not fall under any of the subsections of s. 676(1), the trial court was the court of last resort in the province with respect to the order sought to be appealed. This Court's jurisdiction under s. 40(1) was not precluded by s. 40(3). The order revoking the ban was not a "judgment . . . acquitting . . . or affirming . . . [an] acquittal of an indictable offence" and had no bearing whatsoever on the acquittal.

The case at bar could not be considered moot. The dispute between the parties remained unresolved. That no news organization had publicized the complainant's name did not mean that no media outlet would not publish her name at some time if the ban is lifted. Even if the appeal were moot, the Court's discretion to hear the appeal should be exercised because the issue is important and may affect future cases.

Nothing in the language of s. 486(4) purports to authorize revocation of the order and, given the purpose of the legislation, no such power can or ought to be implied. Subsections (3) and (4) of s. 486 were enacted to encourage victims to come forward and complain and to facilitate the prosecution and conviction of those guilty of sexual offences. The mandatory nature of an order under s. 486(4) furthered this goal. A revocable publication ban, like a discretionary ban, would not provide the certainty that is necessary to encourage victims to come forward and so would not achieve Parliament's objective. The limited power of a court to reconsider

en attendant l'issue du pourvoi. Le ministère public s'est pourvu contre l'ordonnance d'annulation directement devant notre Cour, conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Il s'agit de décider (1) si notre Cour a compétence, (2) si le pourvoi est théorique, et (3) si les par. 486(3) et (4) du *Code* permettent à un juge d'annuler une ordonnance de non-publication du nom d'une plaignante victime d'agression sexuelle, sans avoir obtenu le consentement du ministère public et de la plaignante.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Notre Cour a compétence pour autoriser et entendre le pourvoi, conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. Étant donné que l'acquiescement était fondé sur la conclusion que le ministère public n'avait pas fait une preuve hors de tout doute raisonnable de l'accusation, le ministère public ne pouvait pas en appeler de l'acquiescement en vertu de l'al. 676(1)a) du *Code*. Vu qu'un appel de l'ordonnance d'annulation ne relevait d'aucun des alinéas du par. 676(1), le tribunal de première instance était le tribunal de dernier ressort habilité, dans la province, à se prononcer sur l'ordonnance que l'on cherchait à porter en appel. La compétence conférée à notre Cour par le par. 40(1) n'est pas écartée par le par. 40(3). L'ordonnance levant l'interdiction n'était pas un «jugement prononçant un acquiescement [. . .] ou confirmant [un acquiescement] [. . .] dans le cas d'un acte criminel» et elle n'a eu aucune incidence sur l'acquiescement.

La présente affaire ne peut pas être considérée comme théorique. Le différend qui opposait les parties n'était pas réglé. Le fait qu'aucun organisme de presse n'avait publié le nom de la plaignante ne signifiait pas qu'aucun média ne le publierait jamais si l'interdiction était levée. Même si le pourvoi était théorique, la Cour devrait exercer son pouvoir discrétionnaire de l'entendre parce que la question en litige est importante et peut avoir des répercussions sur des affaires ultérieures.

Rien dans le libellé du par. 486(4) n'a pour effet d'autoriser l'annulation de l'ordonnance et, compte tenu de l'objet de la mesure législative, on ne peut pas, ou on ne devrait pas, y voir l'existence implicite d'un tel pouvoir. Les paragraphes (3) et (4) de l'art. 486 ont été adoptés dans le but d'inciter les victimes à dénoncer les auteurs d'agression sexuelle, et de faciliter la poursuite et la condamnation de ces derniers. Le caractère impératif d'une ordonnance fondée sur le par. 486(4) favorise la réalisation de cet objectif. Une interdiction de publication annulable, comme une interdiction discrétionnaire, ne conférerait pas la certitude nécessaire pour inciter les

and vary its orders made as to the trial's conduct was not expressly excluded by s. 486. Generally, any order relating to the conduct of a trial can be varied or revoked if the circumstances that were present at the time the order was made have materially changed. In order to be material, the change must relate to a matter that justified the making of the order in the first place. Where an order is required to be made by statute, the circumstances that are relevant are those whose presence makes the order mandatory. As long as these circumstances are present, there cannot be a material change of circumstances.

Here, the Crown did not withdraw its application or consent to revocation of the order. Accordingly, the circumstances that were present and required the order to be made had not changed. The trial judge, therefore, did not have the power to revoke the order. Had the Crown but not the complainant consented to the revocation order, the trial judge would equally have had no authority to revoke. The complainant was also entitled to the publication ban even if the Crown had not applied for it. If, however, both the Crown and the complainant consent, then the circumstances which make the publication ban mandatory are no longer present and, subject to any rights that the accused may have under s. 486(3), the trial judge can revoke the order.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597; *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342; *Reigate Rural District Council v. Sutton District Water Co.* (1908), 99 L.T.R. 168; *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners*, [1926] S.C.R. 246; *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122; *Oley v. City of Fredericton* (1983), 50 N.B.R. (2d) 196; *R. v. Khela*, [1995] 4 S.C.R. 201; *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, ss. 1013 [am. 1930, c. 11, s. 28; am. 1931, c. 28, s. 14; am. 1938, c. 44, s. 48], 1023 [am. 1935, c. 56, s. 16; am. 1947, c. 55, s. 30].

victimés à dénoncer les crimes et ne permettrait donc pas de réaliser l'objectif du législateur. L'article 486 n'écarte pas expressément le pouvoir limité d'un tribunal de réexaminer et de modifier les ordonnances qu'il a rendues au sujet du déroulement du procès. En règle générale, toute ordonnance relative au déroulement d'un procès peut être modifiée ou annulée s'il y a eu changement important des circonstances qui existaient au moment où elle a été rendue. Pour que le changement soit important, il doit se rapporter à une question qui a justifié, au départ, la délivrance de l'ordonnance. Lorsqu'une ordonnance est requise par une loi, les circonstances pertinentes sont celles qui rendent l'ordonnance impérative. Tant que ces circonstances existent, il ne peut y avoir de changement de circonstances important.

En l'espèce, le ministère public n'a pas retiré sa demande ni consenti à ce que l'ordonnance soit annulée. Par conséquent, les circonstances qui existaient et qui ont exigé la délivrance de l'ordonnance n'avaient pas changé. Le juge du procès n'était donc pas habilité à annuler l'ordonnance. Si le ministère public, mais non la plaignante, avait consenti à l'ordonnance d'annulation, le juge du procès n'aurait pas non plus été habilité à l'annuler. La plaignante avait aussi droit à l'interdiction de publication même si le ministère public n'en avait pas fait la demande. Toutefois, s'il y a consentement et du ministère public et de la plaignante, les circonstances qui rendent impérative l'interdiction de publication n'existent plus et, sous réserve de tout droit que l'accusé peut avoir en vertu du par. 486(3), le juge du procès peut annuler l'ordonnance.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597; *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342; *Reigate Rural District Council c. Sutton District Water Co.* (1908), 99 L.T.R. 168; *Hirsch c. Protestant Board of School Commissioners*, [1926] R.C.S. 246; *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122; *Oley c. City of Fredericton* (1983), 50 R.N.-B. (2^e) 196; *R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201; *R. c. Stinchcombe*, [1991] 3 R.C.S. 326.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486(3) [abr. & rempl. ch. 23 (4^e suppl.), art. 1], (4) [*idem*], 675, 676(1) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 139], 691 [mod. ch. 34 (3^e suppl.), art. 10; mod. 1991, ch. 43, art. 9].

Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, ss. 486(3) [rep. & sub. c. 23 (4th Supp.), s. 1], (4) [*idem*], 675, 676(1) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 139], 691 [am. c. 34 (3rd Supp.), s. 10; am. 1991, c. 43, s. 9 (Sch., item 9)], 693 [am. c. 27 (1st Supp.), s. 146; am. c. 34 (3rd Supp.), s. 12].

Criminal Law Amendment Act, 1985, R.S.C., 1985, c. 27 (1st Supp.), s. 139.

Supreme Court Act, R.S.C. 1927, c. 35, s. 41 [rep. & sub. 1949 (2nd Sess.), c. 37, s. 2].

Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 2 "judgment", 40(1) [rep. & sub. 1990, c. 8, s. 37], (3).

(ann., art. 9)], 693 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 146; mod. ch. 34 (3^e suppl.), art. 12].

Code criminel, S.R.C. 1927, ch. 36, art. 1013 [mod. 1930, ch. 11, art. 28; mod. 1931, ch. 28, art. 14; mod. 1938, ch. 44, art. 48], 1023 [mod. 1935, ch. 56, art. 16; mod. 1947, ch. 55, art. 30].

Loi de 1985 modifiant le droit pénal, L.R.C. (1985), ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 139.

Loi de la Cour suprême, S.R.C. 1927, ch. 35, art. 41 [abr. & rempl. 1949 (2^e sess.), ch. 37, art. 2].

Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 2 «jugement», 40(1) [abr. & rempl. 1990, ch. 8, art. 37], (3).

APPEAL from an order of the Alberta Court of Queen's Bench setting aside a publication ban made at the beginning of a trial pursuant to s. 486 of the *Criminal Code*. Appeal allowed.

Jack Watson, Q.C., for the appellant.

Philip G. Lister, Q.C., for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

¹ SOPINKA J. — This appeal concerns the power of a trial judge to rescind a ban on publication made under s. 486(3) and (4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46. The order banning publication of the name of the complainant and any information capable of identifying her was issued on request of the Crown. After acquitting the respondent, the trial judge on his own motion rescinded the order on the ground that the complainant's evidence was not credible. The Crown appeals from the rescission order on the grounds that under the *Criminal Code* provisions there is no power to rescind and, if there is, it was not properly exercised in this case.

I. Facts

² The respondent John Adams was charged with one count of sexual assault using a weapon, one count of confining, one count of aggravated assault, one count of threatening and one count of

POURVOI contre une ordonnance de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta qui a levé une interdiction de publication imposée à l'ouverture d'un procès conformément à l'art. 486 du *Code criminel*. Pourvoi accueilli.

Jack Watson, c.r., pour l'appelante.

Philip G. Lister, c.r., pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE SOPINKA — Le présent pourvoi concerne le pouvoir du juge d'un procès de lever une interdiction de publication imposée en vertu des par. 486(3) et (4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46. L'ordonnance interdisant de publier le nom de la plaignante ou des renseignements pouvant permettre de l'identifier avait été rendue à la demande du ministère public. Après avoir acquitté l'intimé, le juge du procès a annulé l'ordonnance, de sa propre initiative, pour le motif que le témoignage de la plaignante n'était pas crédible. Le ministère public se pourvoit contre l'ordonnance d'annulation pour le motif que les dispositions du *Code criminel* ne confèrent aucun pouvoir d'annulation et, à supposer qu'un tel pouvoir existe, qu'il n'a pas été exercé correctement en l'espèce.

I. Les faits

L'intimé, John Adams, a été accusé d'agression sexuelle armée, de séquestration, de voies de fait graves, de menaces et de possession d'une arme. À la demande du ministère public, le juge du procès

possession of a weapon. At the request of the Crown, the trial judge imposed a ban on the publication of the complainant's name pursuant to s. 486(4) of the *Criminal Code*.

During the course of the trial, Feehan J. found that the complainant was a prostitute. The trial judge further held that the complainant had agreed to engage in prostitution with Mr. Adams.

The evidence led at trial was confusing and contradictory. While the complainant claimed that Adams had threatened her with a sword and forced her to perform sexual acts, Adams stated that he had refused to engage in sexual acts with the complainant upon learning that she was pregnant. In addition, Adams claimed that the complainant had stolen \$900 from his wallet, and that when he had discovered that the money was missing, the complainant became hysterical and attacked him with a sword.

After reviewing all of the evidence before him, Feehan J. found that he was unable to determine exactly what happened on the night in question. Neither the complainant nor the accused had given completely reliable evidence, and the various allegations could not be verified by independent witnesses. As a result of these findings, the trial judge made the following statement:

There is an important rule of law which applies in this case as it applies in all criminal cases and it is known as the presumption of innocence. To be put simply, it means that the accused person is presumed to be innocent until the Crown has proven his guilt beyond a reasonable doubt. The presumption of innocence and the burden of proof in a criminal case are inseparable. The onus or burden of proving the guilt of the accused beyond a reasonable doubt rests with the Crown, and that burden never shifts. There is no burden on the accused to prove his innocence. The Crown must prove each and every ingredient of the offence charged beyond a reasonable doubt. If a judge believes the complainant, he may convict. If he believes the accused, most times he must acquit, but there is something in between. If the judge is unsure, if he's not convinced beyond a reasonable doubt, that doubt must go to the accused and not to the Crown.

a imposé une interdiction de publier le nom de la plaignante, conformément au par. 486(4) du *Code criminel*.

Pendant le procès, le juge Feehan a conclu que la plaignante était une prostituée. Il a en outre statué qu'elle avait accepté de se livrer à la prostitution avec M. Adams.

La preuve produite au procès était déroutante et contradictoire. Alors que la plaignante a prétendu qu'Adams l'avait menacée avec une épée et l'avait obligée à se livrer à des actes sexuels, Adams a affirmé qu'il avait refusé de se livrer à des actes sexuels avec celle-ci lorsqu'il a appris qu'elle était enceinte. De plus, Adams a soutenu que la plaignante avait volé 900 \$ dans son portefeuille et que, lorsqu'il a découvert que l'argent avait disparu, la plaignante est devenue hystérique et l'a attaqué avec une épée.

Après avoir examiné l'ensemble de la preuve dont il avait été saisi, le juge Feehan a conclu qu'il était incapable de déterminer exactement ce qui s'était passé le soir en question. Ni le témoignage de la plaignante ni celui de l'accusé n'étaient tout à fait dignes de foi, et leurs diverses allégations ne pouvaient pas être confirmées par des témoins indépendants. À la suite de ces conclusions, le juge du procès affirme ce qui suit:

[TRADUCTION] Il existe une règle de droit importante qui s'applique en l'espèce comme dans toute affaire criminelle; il s'agit de la présomption d'innocence. Cela signifie simplement que l'accusé est présumé innocent tant que le ministère public n'a pas prouvé sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. La présomption d'innocence et la charge de la preuve en matière criminelle sont indissociables. Il incombe au ministère public de prouver la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable et il n'y a jamais déplacement de cette charge de preuve. L'accusé n'a pas à prouver son innocence. Le ministère public doit prouver hors de tout doute raisonnable chacun des éléments de l'infraction. Si le juge croit le plaignant, il peut prononcer une déclaration de culpabilité. S'il croit l'accusé, il doit l'acquitter la plupart du temps, mais il y a quelque chose entre les deux. Si le juge hésite, s'il n'est pas convaincu hors de tout doute raisonnable, ce doute doit jouer en faveur de l'accusé et non du ministère public.

All charges against the accused are dismissed. I lift the ban on the publication of the name of the complainant. [Emphasis added.]

At the conclusion of the trial, counsel for the Crown submitted that the publication ban should not have been lifted. The trial judge stayed the revocation of the ban pending a further hearing of the matter. At the conclusion of the hearing the trial judge upheld his revocation order citing his findings that the complainant was a prostitute and a liar. The latter was not a finding which appears to have been made at trial. Subsequently the order lifting the ban was stayed by Wachowich A.C.J. pending appeal.

II. Statutory Provisions

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

486. . . .

(3) Subject to subsection (4), where an accused is charged with an offence under section 151, 152, 153, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 271, 272, 273, 346 or 347, the presiding judge or justice may make an order directing that the identity of the complainant or of a witness and any information that could disclose the identity of the complainant or witness shall not be published in any document or broadcast in any way.

(4) The presiding judge or justice shall

(a) at the first reasonable opportunity, inform any witness under the age of eighteen years and the complainant to proceedings in respect of an offence mentioned in subsection (3) of the right to make an application for an order under subsection (3); and

(b) on application made by the complainant, the prosecutor or any such witness, make an order under that subsection.

III. Judgment Below

Alberta Court of Queen's Bench

6 On July 21, 1994, Feehan J. addressed the Crown's arguments concerning the revocation of the publication ban. Although he was willing to accept that lifting the ban could deter some individuals from reporting sexual assault, the judge

Toutes les accusations portées contre l'accusé sont rejetées. Je lève l'interdiction de publier le nom de la plaignante. [Je souligne.]

À la fin du procès, le substitut du procureur général a soutenu que l'interdiction de publication n'aurait pas dû être levée. Le juge du procès a décidé de surseoir à la levée de l'interdiction en attendant la tenue d'une autre audience sur cette question. À la fin de cette audience, le juge du procès a confirmé son ordonnance d'annulation en citant ses conclusions que la plaignante était une prostituée et une menteuse. Cette dernière conclusion ne semble pas avoir été tirée au procès. Par la suite, le juge en chef adjoint Wachowich a suspendu l'ordonnance levant l'interdiction en attendant l'issue du pourvoi.

II. Les dispositions législatives

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

486. . . .

(3) Sous réserve du paragraphe (4), lorsqu'une personne est accusée d'une infraction prévue aux articles 151, 152, 153, 155, 159, 160, 170, 171, 172, 173, 271, 272, 273, 346 ou 347, le juge ou le juge de paix peut rendre une ordonnance interdisant de publier ou de diffuser de quelque façon que ce soit l'identité du plaignant ou celle d'un témoin ou des renseignements qui permettraient de la découvrir.

(4) Le juge ou le juge de paix est tenu:

a) d'aviser dès que possible les témoins âgés de moins de dix-huit ans et le plaignant, dans des procédures engagées à l'égard d'une infraction mentionnée au paragraphe (3), de leur droit de demander une ordonnance en vertu de ce paragraphe;

b) de rendre une ordonnance en vertu de ce paragraphe si le plaignant, le poursuivant ou l'un de ces témoins le lui demande.

III. La juridiction inférieure

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta

Le juge Feehan a examiné, le 21 juillet 1994, les arguments du ministère public concernant la levée de l'interdiction de publication. Même s'il était disposé à reconnaître que la levée de l'interdiction pourrait dissuader certaines personnes de signaler

expressed the view that the primary purpose of the ban was to protect “innocent” victims. In his view, the protection of s. 486(4) should extend to “honest evidence” only, and should not be applied where the complainant is “a liar” and “a prostitute”.

Feehan J. then went on to consider policy reasons in favour of lifting the publication ban. In his view:

... this woman went into the beer parlor as a predator, and this fellow says he lost \$900. I didn't make that as a finding of fact, but he says he lost \$900.

Don't we owe society a duty to tell the next person that goes into that beer parlor for a beer and maybe also looking for a prostitute, that this is a dangerous one[?]

Feehan J. accordingly held that the protection of s. 486(4) should not apply in the case at bar, and upheld his original ruling revoking the publication ban.

IV. Issues

The following issues were raised by the parties:

1. Does this Court have jurisdiction to hear this appeal?
2. Is this appeal moot?
3. Do subss. (3) and (4) of s. 486 of the *Criminal Code* authorize a judge to revoke an order banning publication without obtaining the consent of the Crown and the complainant?
4. If the answer to No. 3 is yes, was the revocation order properly made in the circumstances of this case?

In view of the conclusion I have reached with respect to the first three issues, it will not be necessary to deal with the fourth issue.

des agressions sexuelles, le juge s'est dit d'avis que l'objet premier de l'interdiction était de protéger les victimes «innocentes». Selon lui, la protection du par. 486(4) devrait s'appliquer aux [TRADUCTION] «témoins honnêtes» seulement, et non lorsque la plaignante est [TRADUCTION] «une menteuse» et «une prostituée».

Le juge Feehan a ensuite examiné les raisons de principe justifiant la levée de l'interdiction de publication. À son avis:

[TRADUCTION] ... cette femme s'est rendue à la taverne comme un prédateur, et cet homme affirme qu'il a perdu 900 \$. Je n'ai pas tiré une conclusion de fait en disant cela, mais il affirme avoir perdu 900 \$.

N'avons-nous pas l'obligation envers la société d'avertir la prochaine personne qui se rendra dans cette taverne pour y consommer une bière et, peut-être aussi, pour y trouver une prostituée, que cette femme est dangereuse[?]

Le juge Feehan a donc conclu que la protection du par. 486(4) ne devrait pas s'appliquer en l'espèce, et il a confirmé sa décision initiale de lever l'interdiction de publication.

IV. Les questions en litige

Les parties ont soulevé les questions suivantes:

1. Notre Cour a-t-elle compétence pour entendre le présent pourvoi?
2. Le présent pourvoi est-il théorique?
3. Les paragraphes (3) et (4) de l'art. 486 du *Code criminel* permettent-ils à un juge d'annuler une ordonnance de non-publication, sans avoir obtenu le consentement du ministère public et du plaignant?
4. Si la réponse à la troisième question est affirmative, l'ordonnance d'annulation était-elle indiquée dans les circonstances de la présente affaire?

Étant donné les conclusions auxquelles je suis arrivé en ce qui concerne les trois premières questions, il ne sera pas nécessaire de répondre à la quatrième.

V. Analysis1. *Jurisdiction*

10 The Crown applied for leave to appeal directly to this Court from the order of the trial judge, pursuant to s. 40(1) of the *Supreme Court Act*, R.S.C., 1985, c. S-26. By reason of the jurisdictional issue raised by the application, an oral hearing of the leave application was ordered. A full bench heard the application which included submissions as to jurisdiction. The application was granted without reasons. The issue of jurisdiction was further raised on the appeal. In my view, the Court had jurisdiction to grant leave and to hear the appeal.

11 Section 40(1) of the *Supreme Court Act* authorizes an appeal to this Court with leave of this Court from "any . . . judgment . . . of the highest court of final resort in a province, or a judge thereof". If the Crown did have the right to appeal to the Court of Appeal, this Court would lack the jurisdiction to hear an appeal of the order in question based on s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. It is, therefore, necessary to consider whether the Crown had the right to appeal to the Court of Appeal from the order in question. Appeals by the Crown in criminal matters are governed by the *Criminal Code*. Section 676(1) provides as follows:

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; or

(b) against an order of a superior court of criminal jurisdiction that quashes an indictment or in any manner refuses or fails to exercise jurisdiction on an indictment;

V. Analyse1. *La compétence*

Le ministère public a demandé l'autorisation de se pourvoir directement devant notre Cour contre l'ordonnance du juge du procès, conformément au par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, L.R.C. (1985), ch. S-26. À cause de la question de compétence soulevée par la demande, une audience portant sur la demande d'autorisation a été ordonnée. La Cour en formation plénière a entendu la demande qui comportait des arguments sur la question de compétence. Elle a accueilli la demande sans fournir de motifs. La question de compétence a été soulevée une autre fois lors du pourvoi. À mon avis, la Cour avait compétence pour autoriser et entendre le pourvoi.

Le paragraphe 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême* prévoit qu'un pourvoi peut être formé devant notre Cour, avec l'autorisation de celle-ci, contre «tout jugement [. . .] rendu [. . .] par le plus haut tribunal de dernier ressort [. . .] dans une province [. . .] ou par l'un des juges de ces juridictions inférieures». Si le ministère public avait le droit d'interjeter appel devant la Cour d'appel, notre Cour n'aurait pas compétence pour entendre un pourvoi formé, en vertu du par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*, contre l'ordonnance en cause. Par conséquent, il faut examiner si le ministère public avait le droit d'interjeter appel de l'ordonnance en question devant la Cour d'appel. En matière criminelle, les appels interjetés par le ministère public sont régis par le *Code criminel*. Le paragraphe 676(1) se lit ainsi:

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;

b) contre une ordonnance d'une cour supérieure de juridiction criminelle qui annule un acte d'accusation ou refuse ou omet d'exercer sa compétence à l'égard d'un acte d'accusation;

(c) against an order of a trial court that stays proceedings on an indictment or quashes an indictment; or

(d) with leave of the court of appeal or a judge thereof, against the sentence passed by a trial court in proceedings by indictment, unless that sentence is one fixed by law.

The order in issue was made after the respondent had been acquitted. The acquittal was based on the trial judge's conclusion, based on his assessment of the evidence, that the Crown had failed to prove the guilt of the accused beyond a reasonable doubt. Understandably, the Crown has decided not to attempt to challenge this finding on appeal. Since no point of law appeared to be raised, the Crown could not surmount the jurisdictional hurdle imposed by s. 676(1)(a) that the appeal involve "a question of law alone". An appeal from the order itself does not fit within any of the subsections of s. 676(1) and the trial court is, therefore, the court of last resort in the province with respect to the order sought to be appealed. Section 2 of the *Supreme Court Act* defines "judgment" as including "any . . . order . . .". Accordingly, s. 40(1) confers jurisdiction on this Court unless this conclusion is precluded by s. 40(3) of the *Supreme Court Act*.

Section 40(3) provides as follows:

40. . . .

(3) No appeal to the Court lies under this section from the judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence or, except in respect of a question of law or jurisdiction, of an offence other than an indictable offence.

It is apparently intended to exclude an appeal under s. 40(3) of the *Supreme Court Act* of judgments in respect of which an appeal lies by virtue of the *Criminal Code* provisions. In respect of indictable offences, the subsection prohibits an appeal from a judgment of any court:

c) contre une ordonnance d'un tribunal de première instance qui arrête les procédures sur un acte d'accusation ou annule un acte d'accusation;

d) avec l'autorisation de la cour d'appel ou de l'un de ses juges, contre la peine prononcée par un tribunal de première instance à l'égard de procédures par acte d'accusation, à moins que cette peine ne soit de celles que fixe la loi.

L'ordonnance en question a été rendue après l'acquiescement de l'intimé. Après avoir apprécié la preuve, le juge du procès a acquitté l'intimé parce qu'il a conclu que le ministère public n'avait pas prouvé sa culpabilité hors de tout doute raisonnable. On peut comprendre que le ministère public ait décidé de ne pas tenter de contester cette conclusion en appel. Étant donné qu'aucune question de droit ne semblait soulevée, le ministère public ne pouvait pas surmonter l'obstacle imposé en matière de compétence par l'al. 676(1)a), à savoir que l'appel doit comporter «une question de droit seulement». L'appel de l'ordonnance elle-même ne concorde avec aucun des alinéas du par. 676(1) et, par conséquent, le tribunal de première instance est le tribunal de dernier ressort habilité, dans la province, à se prononcer sur l'ordonnance que l'on cherche à porter en appel. Suivant l'article 2 de la *Loi sur la Cour suprême*, «jugement» s'entend de «tout[e] [. . .] ordonnance». Le paragraphe 40(1) confère donc compétence à notre Cour à moins que cette conclusion ne soit écartée par le par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême*.

Le paragraphe 40(3) prévoit ce qui suit:

40. . . .

(3) Le présent article ne permet pas d'en appeler devant la Cour d'un jugement prononçant un acquiescement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant l'une ou l'autre de ces décisions dans le cas d'un acte criminel ou, sauf s'il s'agit d'une question de droit ou de compétence, d'une infraction autre qu'un acte criminel.

Il semble que l'on veuille, au par. 40(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, exclure tout appel contre des jugements qui peuvent faire l'objet d'un appel en vertu des dispositions du *Code criminel*. Ce paragraphe interdit, à l'égard des actes criminels, l'appel d'un jugement:

12

13

14

- (1) acquitting,
- (2) convicting,
- (3) setting aside a conviction,
- (4) affirming a conviction,
- (5) setting aside an acquittal,
- (6) affirming an acquittal.

The use of the words “[n]o appeal to the Court lies under this section” implies that it was the intention of Parliament to affirm that in the instances I have listed above the avenues of appeal provided in the *Code* were to be followed. When s. 40(3) (formerly s. 41(3)) was passed in 1949, s. 691 (formerly s. 1023) provided and continues to provide for an appeal to this Court by the accused from a judgment:

- (a) affirming a conviction (s. 691(1), formerly s. 1023(1)),
- (b) setting aside an acquittal (s. 691(2), formerly s. 1023(2)).

Section 693 (formerly s. 1023) provided and continues to provide for an appeal to this Court from a judgment:

- (a) setting aside a conviction (s. 693(1), formerly s. 1023(3)),
- (b) affirming an acquittal (s. 693(1), formerly s. 1023(3)). This is expressed as dismissing an appeal taken pursuant to s. 676(1)(a) (formerly s. 1013), thus affirming the acquittal.

- (1) prononçant un acquittement,
- (2) prononçant une déclaration de culpabilité,
- (3) annulant une déclaration de culpabilité,
- (4) confirmant une déclaration de culpabilité,
- (5) annulant un acquittement,
- (6) confirmant un acquittement.

L’emploi des termes «[l]e présent article ne permet pas d’en appeler devant la Cour» laisse entendre que le législateur avait l’intention de confirmer que, dans les cas que j’ai énumérés ci-dessus, les moyens d’appel qu’offre le *Code* doivent être utilisés. Lorsque le par. 40(3) (auparavant le par. 41(3)) a été adopté en 1949, l’art. 691 (auparavant l’art. 1023) prévoyait, et prévoit encore, qu’un accusé peut se pourvoir devant notre Cour contre un jugement:

- (a) confirmant une condamnation (par. 691(1), auparavant par. 1023(1)),
- (b) annulant un acquittement (par. 691(2), auparavant par. 1023(2)).

L’article 693 (auparavant l’art. 1023) prévoyait, et prévoit encore, qu’un pourvoi peut être formé devant notre Cour contre un jugement:

- (a) annulant une déclaration de culpabilité (par. 693(1), auparavant par. 1023(3)),
- (b) confirmant un acquittement (par. 693(1), auparavant par. 1023(3)). Cela est exprimé sous la forme d’un rejet d’appel interjeté aux termes de l’al. 676(1)a) (auparavant l’art. 1013), confirmant ainsi l’acquittement.

15

Accordingly, these rights of appeal are excluded by items (3), (4), (5) and (6) listed above. In 1985, and after s. 40(3) was passed, the avenues of appeal to this Court by the Crown were expanded under the *Criminal Code* to permit an appeal from a judgment dismissing a Crown appeal from an order of a superior court (1) quashing an indictment, (2) refusing to exercise jurisdiction on an indictment, or (3) staying an indictment. See R.S.C., 1985, c. 27 (1st Suppl.), s. 139 (formerly

En conséquence, ces droits d’appel sont exclus par les points (3), (4), (5) et (6) énumérés ci-dessus. En 1985, après l’adoption du par. 40(3), on a élargi dans le *Code criminel* les moyens dont disposait le ministère public pour se pourvoir devant notre Cour de manière à permettre l’appel d’un jugement rejetant l’appel interjeté par le ministère public contre une ordonnance d’une cour supérieure qui (1) annule un acte d’accusation, (2) refuse d’exercer sa compétence à l’égard d’un acte d’accusation ou (3) qui arrête les procédures sur un acte d’accusation. Voir L.R.C. (1985), ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 139 (auparavant S.C. 1985, ch. 19,

S.C. 1985, c. 19, s. 137). However, s. 40(3) was not up-dated to reflect this change in the *Code*.

Items (1) and (2) preclude an appeal under s. 40(1) where an appeal is provided under the provisions of the *Criminal Code* to the Crown from an acquittal (s. 676(1)(a)) and to the accused from conviction (s. 675). When s. 40(3) was enacted these rights of appeal were contained in s. 1013 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, as amended.

It is clear, therefore, that s. 40(3) precludes an appeal that falls within one of the six categories that I have listed and in respect of which an appeal lies pursuant to the provisions of the *Criminal Code*. In addition, this Court has recently held, in *R. v. Hinse*, [1995] 4 S.C.R. 597, that s. 40(3) extends to any order that is integrally related to one of the categories. In concluding that an order made under the ancillary jurisdiction of a court of appeal pursuant to s. 686(8) is not integrally related to one of the kinds of judgments listed in s. 40(3), the Chief Justice stated (at p. 623):

However, in my view, when a court of appeal exercises its power to impose an order under s. 686(8), it is not rendering an order which constitutes an integral part of a "judgment of any court acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence". Rather, as I shall endeavour to explain, the court is imposing an order which is by nature ancillary to the underlying judgment rendered by the court. As such, I am of the view that in accordance with a purposive interpretation of ss. 2 and 40(3), an accused or the Crown is entitled to seek leave to appeal a s. 686(8) order under this Court's general jurisdiction as defined in s. 40(1) of the *Supreme Court Act*. [Emphasis in original.]

As a result, an appeal is precluded by s. 40(3) not only in respect of the six instances which I have listed but also the vast array of interlocutory orders and rulings made at trial with respect to the conduct of the proceedings.

art. 137). Cependant, le par. 40(3) n'a pas été mis à jour afin de refléter cette modification du *Code*.

Les points (1) et (2) empêchent de former un pourvoi en vertu du par. 40(1) lorsque les dispositions du *Code criminel* habilite le ministère public à interjeter appel contre un verdict d'acquiescement (al. 676(1)a)), et l'accusé à interjeter appel de sa déclaration de culpabilité (art. 675). Lorsque le par. 40(3) a été adopté, ces droits d'appel étaient prévus à l'art. 1013 du *Code criminel*, S.R.C. 1927, ch. 36, et ses modifications.

Il est donc clair que le par. 40(3) interdit tout pourvoi qui tombe dans l'une des six catégories que j'ai énumérées et qui peut être formé conformément aux dispositions du *Code criminel*. De plus, notre Cour a statué récemment, dans *R. c. Hinse*, [1995] 4 R.C.S. 597, que le par. 40(3) s'applique à toute ordonnance qui fait partie intégrante de l'une de ces catégories. En concluant qu'une ordonnance rendue en vertu de la compétence accessoire d'une cour d'appel, aux termes du par. 686(8), ne fait pas partie intégrante de l'une des catégories de jugements énumérées au par. 40(3), le Juge en chef affirme (à la p. 623):

Toutefois, j'estime que, lorsqu'une cour d'appel exerce son pouvoir de rendre une ordonnance en vertu du par. 686(8), celle-ci ne se trouve pas à rendre une ordonnance qui fait partie intégrante d'un «jugement prononçant un acquiescement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant l'une ou l'autre de ces décisions dans le cas d'un acte criminel». Elle se trouve plutôt, comme je vais tenter de l'expliquer, à rendre une ordonnance qui, de par sa nature, est accessoire au jugement qu'elle a prononcé. C'est pourquoi, je suis d'avis que, conformément à une interprétation fondée sur l'objet de l'art. 2 et du par. 40(3), l'accusé ou le ministère public a le droit de demander l'autorisation de se pourvoir contre une ordonnance fondée sur le par. 686(8), en vertu de la compétence générale conférée à notre Cour par le par. 40(1) de la *Loi sur la Cour suprême*. [Souligné dans l'original.]

Par conséquent, le par. 40(3) interdit tout pourvoi au sujet non seulement des six cas que j'ai énumérés, mais aussi de la vaste gamme de décisions et d'ordonnances interlocutoires rendues au procès en ce qui concerne le déroulement des procédures.

16

17

18 Applying the foregoing to this appeal, it is manifest that the order revoking the ban was not a "judgment . . . acquitting or convicting or setting aside or affirming a conviction or acquittal of an indictable offence". The order was made after an acquittal had been ordered and no appeal would lie to the Court of Appeal from the order itself under the provisions of the *Criminal Code*. The order is not integrally related to the acquittal. Indeed, it had no bearing whatsoever on the acquittal. Accordingly, s. 40(3) is not a bar and this Court has jurisdiction to hear this appeal.

2. Mootness

19 The respondent submitted that the appeal was moot on the ground that no media outlet has yet expressed the desire to publish the name of the complainant. He submits, therefore, that there is no live controversy and that we should not exercise our discretion to hear the appeal.

20 An issue of mootness involves a two-stage process. The first stage requires consideration of whether a live controversy remains. In *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, at p. 353, this Court stated:

The doctrine of mootness is an aspect of a general policy or practice that a court may decline to decide a case which raises merely a hypothetical or abstract question. The general principle applies when the decision of the court will not have the effect of resolving some controversy which affects or may affect the rights of the parties.

21 The second stage applies if no live controversy remains. The Court must then consider whether to exercise its discretion to hear the appeal notwithstanding that it is moot. In my view, the case at bar cannot be considered moot. Clearly, the dispute between the parties remains unresolved. Although no news organization has yet deemed the complainant's name to be newsworthy information, this does not mean that no media outlet will ever wish to publish the complainant's name if the ban is lifted. The publicity surrounding this case

Si on applique ce qui précède au présent pourvoi, il est clair que l'ordonnance levant l'interdiction n'était pas un «jugement prononçant un acquittement ou une déclaration de culpabilité ou annulant ou confirmant l'une ou l'autre de ces décisions dans le cas d'un acte criminel». L'ordonnance a été rendue après le prononcé d'un acquittement et l'ordonnance même ne pouvait pas faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel, selon les dispositions du *Code criminel*. L'ordonnance ne fait pas partie intégrante de l'acquittement. En fait, elle n'a eu aucune incidence sur l'acquittement. Par conséquent, le par. 40(3) ne constitue pas un obstacle et notre Cour a compétence pour entendre le présent pourvoi.

2. Le caractère théorique

L'intimé a soutenu que le pourvoi était théorique parce qu'aucun média n'avait encore exprimé le désir de publier le nom de la plaignante. Il prétend donc qu'il n'y a aucun litige réel et que nous ne devrions pas exercer notre pouvoir discrétionnaire d'entendre le pourvoi.

L'analyse du caractère théorique comporte deux volets. Le premier volet consiste à examiner s'il y a encore un litige réel. Dans l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342, à la p. 353, notre Cour affirme:

La doctrine relative au caractère théorique est un des aspects du principe ou de la pratique générale voulant qu'un tribunal peut refuser de juger une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite. Le principe général s'applique quand la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties.

Le deuxième volet s'applique s'il ne subsiste aucun litige réel. La Cour doit alors examiner si elle devrait exercer son pouvoir discrétionnaire d'entendre le pourvoi même si celui-ci est théorique. À mon avis, on ne peut pas considérer que la présente affaire est théorique. Il est clair que le différend qui oppose les parties n'est pas réglé. Même si aucun organisme de presse n'a encore jugé que le nom de la plaignante constituait une information digne d'être rapportée, cela ne signifie pas qu'aucun média ne voudra jamais le publier si l'in-

increases the likelihood that a news organization might seek to print the complainant's name.

In any event, even if the appeal were moot I would exercise the Court's discretion to hear the appeal. The issue is one that is important and may affect future cases. It is in the public interest that the question be resolved.

3. *Was the Order Authorized?*

To answer this question it is necessary to consider (1) whether the language of s. 486(3) and (4) authorizes a judge to revoke the order, and (2) whether the revocation of the order is supportable on the basis of the exercise of an inherent power of a court to reconsider an order previously made. In approaching the interpretation of any statutory provision, it is prudent to keep in mind the simple but fundamental instruction offered by the court in *Reigate Rural District Council v. Sutton District Water Co.* (1908), 99 L.T.R. 168 (K.B.), at p. 170, and affirmed by this Court in *Hirsch v. Protestant Board of School Commissioners*, [1926] S.C.R. 246:

... it is always necessary in construing a statute, and in dealing with the words you find in it, to consider the object with which the statute was passed, because it enables one to understand the meaning of the words introduced into the enactment.

This well-settled rule of statutory interpretation has continued to be followed by this Court to the present time.

The "object and purpose" of the s. 486 publication ban were considered by this Court in *Canadian Newspapers Co. v. Canada (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 122. In that case, the Court held that the object of the predecessor to the relevant subsections was to encourage the reporting of sexual offences. In addition, the subsections were held to pursue the broader objective of suppressing criminal activity. According to Lamer J. (as he then was) for the Court, at p. 130:

terdiction est levée. La publicité entourant la présente affaire accroît la probabilité qu'un organisme de presse cherche à diffuser le nom de la plaignante.

De toute façon, même si le pourvoi était théorique, j'exercerais le pouvoir discrétionnaire de l'entendre que possède la Cour. La question en litige est importante et peut avoir des répercussions sur des affaires ultérieures. Il est dans l'intérêt public de régler cette question.

3. *L'ordonnance était-elle autorisée?*

Pour répondre à cette question, il est nécessaire d'examiner (1) si le libellé des par. 486(3) et (4) autorise un juge à annuler l'ordonnance, et (2) si l'annulation de l'ordonnance peut se justifier par l'exercice du pouvoir inhérent d'un tribunal de réexaminer une ordonnance rendue antérieurement. Pour interpréter une disposition législative, il est prudent de rappeler la directive judiciaire simple mais fondamentale qui a été donnée dans *Reigate Rural District Council c. Sutton District Water Co.* (1908), 99 L.T.R. 168 (K.B.), à la p. 170, et qui a été confirmée par notre Cour dans *Hirsch c. Protestant Board of School Commissioners*, [1926] R.C.S. 246:

[TRADUCTION] Pour interpréter une loi et les termes que l'on y trouve, il faut toujours examiner le but visé au moment de l'adoption de la loi parce qu'il permet de comprendre le sens des termes qui y sont utilisés.

Notre Cour continue d'appliquer cette règle bien établie d'interprétation législative.

Notre Cour a examiné l'«objet» de l'interdiction de publication fondée sur l'art. 486 dans l'arrêt *Canadian Newspapers Co. c. Canada (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 122. Dans cet arrêt, la Cour a statué que l'objet des dispositions antérieures aux paragraphes pertinents était d'inciter à signaler les infractions d'ordre sexuel. De plus, elle a jugé que l'objectif général de ces paragraphes était de réprimer les activités criminelles. Le juge Lamer (maintenant Juge en chef) affirme, au nom de la Cour, à la p. 130:

22

23

24

Encouraging victims to come forward and complain facilitates the prosecution and conviction of those guilty of sexual offences. Ultimately, the overall objective of the publication ban . . . is to favour the suppression of crime and to improve the administration of justice.

These objectives were held to be “pressing and substantial” within the meaning of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

25

According to the Court in *Canadian Newspapers*, the mandatory nature of an order under s. 486 serves to further the goal of encouraging the reporting of sexual offences. As Lamer J. stated, at pp. 131-32:

When considering all of the evidence adduced by appellant, it appears that, of the most serious crimes, sexual assault is one of the most unreported. The main reasons stated by those who do not report this offence are fear of treatment by police or prosecutors, fear of trial procedures and fear of publicity or embarrassment. Section [486] is one of the measures adopted by Parliament to remedy this situation, the rationale being that a victim who fears publicity is assured, when deciding whether to report the crime or not, that the judge must prohibit upon request the publication of the complainant's identity or any information that could disclose it.

In addition, the Court pointed out that complainants must be certain that their names will not be published in order for the object of the publication ban to be achieved. According to Lamer J., at p. 132:

Obviously, since fear of publication is one of the factors that influences the reporting of sexual assault, certainty with respect to non-publication at the time of deciding whether to report plays a vital role in that decision. Therefore, a discretionary provision under which the judge retains the power to decide whether to grant or refuse the ban on publication would be counterproductive, since it would deprive the victim of that certainty. Assuming that there would be a lesser impairment of freedom of the press if the impugned provision were limited to a discretionary power, it is clear, in my view, that such a measure would not, however, achieve Parliament's objective, but rather defeats it. [Emphasis in original.]

En incitant les victimes à dénoncer les auteurs d'agression sexuelle, on en facilite la poursuite et la condamnation. En dernière analyse, l'objectif général visé par l'interdiction de publication [. . .] est de réprimer le crime et d'améliorer l'administration de la justice.

Ces objectifs ont été jugés «urgents et réels» au sens de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Suivant la Cour dans l'arrêt *Canadian Newspapers*, le caractère impératif d'une ordonnance fondée sur l'art. 486 sert à favoriser la réalisation de l'objectif d'incitation à signaler les infractions d'ordre sexuel. Comme l'affirme le juge Lamer, aux pp. 131 et 132:

Au vu de l'ensemble de la preuve produite par l'appellante, il appert que, parmi les crimes très graves, l'agression sexuelle est l'un de ceux qui est le moins souvent signalé. D'après les personnes qui se sont abstenues de dénoncer cette infraction, les principales raisons en sont la crainte quant au traitement que leur réserverait la police ou la poursuite, la crainte des procédures judiciaires ainsi que la crainte de la publicité ou de l'humiliation. [L'article 486] est l'une des mesures qu'a adoptées le Parlement pour remédier à cette situation. L'idée est de faire en sorte qu'une victime qui craint la publicité puisse être certaine, lorsqu'elle décide si elle va ou non dénoncer le crime, que le juge est tenu d'interdire sur demande la publication de l'identité du plaignant ou de renseignements permettant de la découvrir.

De plus, la Cour a fait remarquer que, pour que l'objectif de l'interdiction de publication soit atteint, les plaignants doivent être certains que leur nom ne sera pas publié. Le juge Lamer dit, à la p. 132:

De toute évidence, comme la crainte de la publication est l'un des facteurs qui influent sur la dénonciation d'agressions sexuelles, la certitude de la non-publication qu'on peut avoir au moment où l'on décide de dénoncer le crime joue un rôle primordial dans cette décision. Cela étant, une disposition accordant au juge un pouvoir discrétionnaire de décider s'il imposera ou non l'interdiction de publication se révélerait inefficace puisqu'elle priverait la victime de cette certitude. À supposer qu'il y eût une atteinte moins grave à la liberté de la presse si la disposition contestée ne conférait qu'un pouvoir discrétionnaire, il est évident, selon moi, qu'une mesure à cet effet contrarierait toutefois l'objectif visé par le législateur. [Souligné dans l'original.]

Lamer J. went on to hold that a “discretionary ban is not an option as it is not effective in attaining Parliament’s pressing goal” (pp. 132-33). As a result, the mandatory nature of the publication ban was not only necessary to ensure certainty for the complainant, but it was also necessary in order for the section to achieve Parliament’s objective. Had the order in question been merely discretionary, s. 486 might not have survived the “rational connection” branch of the *Oakes* test.

A revocable publication ban, like a discretionary ban, would fail to provide the certainty that is necessary to encourage victims to come forward. If the trial judge were given the power by the legislation to revoke the ban, the complainant would never be certain that her anonymity would be protected. The ban would serve as little more than a temporary guarantee of anonymity. There is nothing in the language of s. 486(4) that purports to authorize revocation of the order and, given the purpose of the legislation, no such power can or ought to be implied.

The respondent submits, however, that there is nothing in the section that prevents a judge from reconsidering and, if appropriate, from revoking the order. Reliance is, therefore, placed on the inherent power of a trial judge to reconsider, vary or rescind previous orders made during the course of trial.

I agree with the respondent that nothing in the language of s. 486 of the *Criminal Code* expressly excludes any power possessed by a court to reconsider an order made under s. 486(3) and (4). These provisions address the making of the order but do not deal with whether the order is reviewable after it has been made. It is, therefore, not inconsistent with the interpretation of these subsections to hold that, whatever inherent power to reconsider resides in a court, survives. Indeed, as I shall point out hereafter, it may be desirable and in keeping with the purpose and objects of the section to permit reconsideration and revocation of the order if the

Le juge Lamer a ajouté que le «pouvoir discrétionnaire de prononcer l’interdiction [...] n’est pas une solution puisque ce n’est pas un moyen efficace d’atteindre le but urgent visé par le législateur fédéral» (p. 133). Par conséquent, le caractère impératif de l’interdiction de publication était nécessaire non seulement pour conférer cette certitude à la plaignante, mais aussi pour assurer que la disposition réaliserait l’objectif du Parlement. Si l’ordonnance en question avait été simplement discrétionnaire, l’art. 486 n’aurait peut-être pas résisté à l’application du volet «lien rationnel» du critère de l’arrêt *Oakes*.

Une interdiction de publication annulable, comme une interdiction discrétionnaire, ne conférerait pas la certitude nécessaire pour inciter les victimes à dénoncer les crimes. Si le juge du procès était légalement habilité à annuler l’interdiction, la plaignante n’aurait jamais la certitude que son anonymat serait préservé. L’interdiction ne servirait tout au plus qu’à assurer un anonymat temporaire. Rien dans le libellé du par. 486(4) n’a pour effet d’autoriser l’annulation de l’ordonnance et, compte tenu de l’objet de la mesure législative, on ne peut pas, ou on ne devrait pas, y voir l’existence implicite d’un tel pouvoir.

L’intimé soutient toutefois que rien dans cette disposition n’empêche un juge de réexaminer et, si cela est indiqué, d’annuler l’ordonnance. Il se fonde donc sur le pouvoir inhérent du juge du procès de réexaminer, de modifier ou d’annuler des ordonnances antérieures rendues pendant le procès.

Je suis d’accord avec l’intimé pour dire que rien dans le libellé de l’art. 486 du *Code criminel* n’empêche expressément un tribunal d’exercer son pouvoir de réexaminer une ordonnance fondée sur les par. 486(3) et (4). Ces dispositions traitent de la délivrance de l’ordonnance, mais non de la question de savoir s’il est possible de réviser une telle ordonnance une fois qu’elle a été rendue. Il n’est donc pas incompatible avec l’interprétation de ces paragraphes de conclure que tout pouvoir inhérent de réexamen que peut posséder un tribunal subsiste. En réalité, comme je le soulignerai plus loin, il peut être souhaitable et conforme aux objectifs

26

27

28

circumstances which justified its making have ceased to exist. It is, therefore, necessary to consider what authority a judge has to reconsider a previous order and its application to the circumstances of this case.

29

A court has a limited power to reconsider and vary its judgment disposing of the case as long as the court is not *functus*. The court continues to be seized of the case and is not *functus* until the formal judgment has been drawn up and entered. See *Oley v. City of Fredericton* (1983), 50 N.B.R. (2d) 196 (C.A.). With respect to orders made during trial relating to the conduct of the trial, the approach is less formalistic and more flexible. These orders generally do not result in a formal order being drawn up and the circumstances under which they may be varied or set aside are also less rigid. The ease with which such an order may be varied or set aside will depend on the importance of the order and the nature of the rule of law pursuant to which the order is made. For instance, if the order is a discretionary order pursuant to a common law rule, the precondition to its variation or revocation will be less formal. On the other hand, an order made under the authority of statute will attract more stringent conditions before it can be varied or revoked. This will apply with greater force when the initial making of the order is mandatory.

30

As a general rule, any order relating to the conduct of a trial can be varied or revoked if the circumstances that were present at the time the order was made have materially changed. In order to be material, the change must relate to a matter that justified the making of the order in the first place. In *R. v. Khela*, [1995] 4 S.C.R. 201, this Court had occasion to consider this issue in relation to an order requiring the Crown to disclose pursuant to the principles in this Court's decision in *R. v. Stinchcombe*, [1991] 3 S.C.R. 326. In the majority reasons the following statement was made with

de l'article de permettre le réexamen et l'annulation de l'ordonnance si les circonstances qui l'ont justifiée ont disparu. Par conséquent, il est nécessaire d'examiner quel pouvoir a un juge de réexaminer une ordonnance antérieure et de déterminer si ce pouvoir s'applique aux circonstances de la présente affaire.

Un tribunal possède un pouvoir limité de réexaminer et de modifier sa décision dans une affaire tant qu'il n'a pas épuisé ses pouvoirs à cet égard. Il continue d'être saisi de l'affaire et n'a pas épuisé ses pouvoirs tant que le jugement officiel n'est pas rédigé et rendu. Voir *Oley c. City of Fredericton* (1983), 50 R.N.-B. (2^e) 196 (C.A.). En ce qui concerne les ordonnances rendues au procès relativement à son déroulement, la démarche suivie est moins formaliste et plus souple. En règle générale, ces ordonnances ne donnent pas lieu à la rédaction d'une ordonnance formelle et les circonstances dans lesquelles elles peuvent être modifiées ou annulées sont également moins strictes. La facilité avec laquelle il est possible de modifier ou d'annuler une telle ordonnance dépend de son importance et de la nature de la règle de droit sur laquelle elle est fondée. Par exemple, s'il s'agit d'une ordonnance discrétionnaire rendue en vertu d'une règle de common law, les conditions préalables à sa modification ou à son annulation seront moins rigides. Par contre, des conditions plus strictes s'appliqueront à la modification ou à l'annulation d'une ordonnance rendue aux termes d'une loi. Cela est d'autant plus vrai si la délivrance initiale de l'ordonnance est impérative.

En règle générale, toute ordonnance relative au déroulement d'un procès peut être modifiée ou annulée s'il y a eu changement important des circonstances qui existaient au moment où elle a été rendue. Pour que le changement soit important, il doit se rapporter à une question qui a justifié, au départ, la délivrance de l'ordonnance. Dans l'arrêt *R. c. Khela*, [1995] 4 R.C.S. 201, notre Cour a eu l'occasion d'examiner cette question relativement à une ordonnance enjoignant au ministère public de communiquer la preuve conformément aux principes formulés par notre Cour dans l'arrêt *R. c.*

respect to the proper approach to reconsideration of such an order (at pp. 210-11):

Where new evidence which may warrant a change in the terms of the Crown's obligation to disclose comes into the possession of the Crown, the appropriate procedure is an application to the trial judge to vary. The trial judge has a discretion to vary an order for disclosure on the basis of evidence which establishes that the factual foundation upon which the order was based has changed. Such an application should be made at the earliest opportunity. Difficulties in compliance with disclosure orders should be resolved by application to vary disclosure obligations rather than by non-compliance followed by an attempt at *ex post facto* justification on the basis of alleged new circumstances.

Where an order is required to be made by statute, the circumstances that are relevant are those whose presence makes the order mandatory. As long as these circumstances are present, there cannot be a material change of circumstances.

Subsections (3) and (4) of s. 486 make the order banning publication mandatory on the application of the prosecution, the complainant or a witness under the age of 18. In this case, the circumstance that made the order mandatory was an application by the prosecutor. The Crown did not withdraw its application or consent to revocation of the order. Accordingly, the circumstances that were present and required the order to be made had not changed. The trial judge, therefore, did not have the power to revoke the order.

While this conclusion is sufficient to dispose of this case, it is useful to add that, had the Crown consented to the revocation order but the complainant did not, the trial judge would equally have had no authority to revoke. The complainant was also entitled to the publication ban even if the Crown had not applied for it. If, however, both the Crown and the complainant consent, then the cir-

Stinchcombe, [1991] 3 R.C.S. 326. Dans les motifs majoritaires, on affirme ce qui suit au sujet de la façon dont il convient d'aborder le réexamen d'une telle ordonnance (aux pp. 210 et 211):

Lorsque le ministère public entre en possession de nouveaux éléments de preuve susceptibles de justifier la modification des conditions de l'obligation qui lui incombe en matière de communication de la preuve, c'est une demande de modification qu'il convient de présenter au juge du procès. En effet, ce dernier a le pouvoir discrétionnaire de modifier une ordonnance de communication de la preuve sur la foi d'éléments de preuve établissant qu'il s'est produit un changement dans les faits sur lesquels était fondée l'ordonnance en question. Une telle demande doit être présentée à la première occasion. En cas de difficulté de se conformer à une ordonnance en matière de communication de la preuve, le problème devrait être réglé en présentant une demande de modification des obligations de communication, plutôt qu'en omettant de se conformer à ces obligations et en tentant, après coup, de justifier ce manquement en affirmant que de nouveaux faits seraient survenus.

Lorsqu'une ordonnance est requise par une loi, les circonstances pertinentes sont celles qui rendent l'ordonnance impérative. Tant que ces circonstances existent, il ne peut y avoir de changement de circonstances important.

En vertu des par. (3) et (4) de l'art. 486, une ordonnance de non-publication s'impose si la poursuite, le plaignant ou un témoin de moins de 18 ans en fait la demande. En l'espèce, c'est à la demande du poursuivant qu'il a fallu rendre l'ordonnance. Le ministère public n'a pas retiré sa demande ni consenti à ce que l'ordonnance soit annulée. Par conséquent, les circonstances qui existaient et qui ont exigé la délivrance de l'ordonnance n'avaient pas changé. Le juge du procès n'était donc pas habilité à annuler l'ordonnance.

Bien que cette conclusion soit suffisante pour trancher l'affaire, il est utile d'ajouter que, si le ministère public, mais non la plaignante, avait consenti à l'ordonnance d'annulation, le juge du procès n'aurait pas non plus été habilité à l'annuler. La plaignante avait aussi droit à l'interdiction de publication même si le ministère public n'en avait pas fait la demande. Toutefois, s'il y a consente-

31

32

cumstances which make the publication ban mandatory are no longer present and, subject to any rights that the accused may have under s. 486(3), the trial judge can revoke the order. There may be circumstances in which the facts are such that both the Crown and the complainant conclude, after hearing the evidence or some of it, that the public interest and that of the complainant are better served if the facts are published.

33 It might still be argued that a witness might object to the revocation. Whether such an objection would prevail requires considerable speculation as to the nature of the order, whether revocation would disclose the identity of the witness and whether the witness is one that the section is designed to protect. I would leave for another day the question whether every witness under 18 years of age could insist on the ban being maintained against the wishes of the Crown and the complainant. As well, I would not rule out the traditional power of a court to set aside or review an order that has been obtained by fraud or misrepresentation. No such issue arises here and I would prefer to leave consideration of the exercise of this power to a case in which the point is raised directly.

34 In the result, the appeal is allowed, the order of the trial judge dated June 17, 1994 and affirmed on July 21, 1994 is set aside and the order banning publication dated June 14, 1994 is restored.

Appeal allowed.

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

Solicitors for the respondent: Lister & Associates, Edmonton.

ment et du ministère public et de la plaignante, les circonstances qui rendent impérative l'interdiction de publication n'existent plus et, sous réserve de tout droit que l'accusé peut avoir en vertu du par. 486(3), le juge du procès peut annuler l'ordonnance. Il se peut, dans certains cas, que les faits amènent le ministère public et le plaignant à conclure, après avoir entendu une partie ou la totalité de la preuve, que la publication des faits est dans l'intérêt du public et du plaignant.

Il serait toujours possible de soutenir qu'un témoin pourrait s'opposer à l'annulation. Quant à savoir si une telle opposition serait fructueuse, il faudrait conjecturer énormément sur la nature de l'ordonnance et déterminer si, en l'annulant, l'identité du témoin serait révélée et si ce témoin est l'un de ceux que l'article vise à protéger. Je suis d'avis de reporter à une autre occasion l'analyse de la question de savoir si chacun des témoins âgés de moins de 18 ans pourrait exiger que l'interdiction soit maintenue contre la volonté du ministère public et du plaignant. De même, je n'écarterais pas le pouvoir traditionnel d'une cour d'annuler ou d'examiner une ordonnance obtenue frauduleusement ou à la suite d'une fausse déclaration. Aucune question de cette nature ne se pose ici et je préférerais que l'exercice de ce pouvoir soit examiné dans un cas où la question sera soulevée directement.

En définitive, le pourvoi est accueilli, l'ordonnance du juge du procès, datée du 17 juin 1994 et confirmée le 21 juillet 1994, est annulée et l'ordonnance de non-publication, datée du 14 juin 1994, est rétablie.

Pourvoi accueilli.

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

Procureurs de l'intimé: Lister & Associates, Edmonton.

J.P. Appellant

v.

MacMillan Bloedel Limited Respondent

and

The Attorney General of British Columbia Respondent

and

The Attorney General of Canada Intervener

INDEXED AS: MACMILLAN BLOEDEL LTD. v. SIMPSON

File No.: 24171.

1995: June 12; 1995: December 14.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Courts — Transfer of superior court powers to inferior tribunal — Youth courts granted exclusive jurisdiction to try youths for ex facie contempt of superior courts — Whether exclusive grant of jurisdiction constitutional — Constitution Act, 1867, s. 96 — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 47(2).

The appellant, a young person, contravened an injunction of the British Columbia Supreme Court prohibiting protest activities interfering with the respondent's logging operations in the Clayoquot Sound area of Vancouver Island. He was charged with contempt of court and, at trial, made an application to be tried in youth court pursuant to s. 47(2) of the *Young Offenders Act*. This section states that exclusive jurisdiction over *ex facie* contempt of court committed by a young person is transferred to the youth court. The application was dismissed and the appellant was later convicted and sentenced to 45 days' imprisonment and a fine. He appealed his conviction on the ground that the British

J.P. Appellant

c.

MacMillan Bloedel Limited Intimée

et

Le procureur général de la Colombie-Britannique Intimé

et

Le procureur général du Canada Intervenant

RÉPERTORIÉ: MACMILLAN BLOEDEL LTD. c. SIMPSON

N° du greffe: 24171.

1995: 12 juin; 1995: 14 décembre.

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 — Tribunaux — Transfert de pouvoirs d'une cour supérieure à un tribunal inférieur — Attribution aux tribunaux pour adolescents de la compétence exclusive pour juger des adolescents pour outrage commis en dehors des audiences d'une cour supérieure — L'attribution de compétence exclusive est-elle constitutionnelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 96 — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 47(2).

L'appelant, un adolescent, a contrevenu à une injonction de la Cour suprême de la Colombie-Britannique interdisant la tenue de manifestations d'opposition gênant les opérations forestières de l'intimée dans la région de Clayoquot Sound, sur l'île de Vancouver. Il a été accusé d'outrage au tribunal et, à son procès, il a demandé à être jugé devant un tribunal pour adolescents, conformément au par. 47(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Cette disposition précise que la compétence exclusive en matière d'outrage commis par un adolescent en dehors des audiences d'un tribunal est transférée au tribunal pour adolescents. La demande a été rejetée et l'appelant a, par la suite, été déclaré

Columbia Supreme Court had no jurisdiction to try him. The Court of Appeal upheld the conviction. The court found s. 47(2) unconstitutional, concluding that the contempt power is within the core jurisdiction of the superior courts and that it is beyond the jurisdiction of Parliament to remove any part of it from those courts. The main issue in this appeal is whether Parliament, pursuant to its criminal law power, can confer upon youth courts the exclusive power to try youths for contempt *ex facie* of superior courts.

Held (L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier and Cory JJ.: This Court's approval of the *Young Offenders Act* in *Reference re Young Offenders Act* does not preclude a separate analysis of whether a particular provision of that Act meets constitutional requirements. That case left open the specific question of whether individual provisions of the *Young Offenders Act* may offend s. 96 of the *Constitution Act, 1867* even though the overall scheme of the *Young Offenders Act* does not. To determine the validity of the transfer of power in question in this case, a two-stage analysis is required: first, using the *Residential Tenancies* test, the Court must decide whether the grant of jurisdiction is permissible; second, if it is, it must decide whether the superior court's jurisdiction can be ousted. The second stage of the analysis only arises when the core or inherent jurisdiction of superior courts is affected. That jurisdiction is integral to their operations and no part of it can be removed by either level of government in the absence of a constitutional amendment.

The history of contempt of court, academic commentary, and the overall scheme of the *Criminal Code* and the *Young Offenders Act* all reinforce the view that criminal contempt of court has distinct characteristics from other crimes. The dispute is one between the individual and the court itself. *Ex facie* criminal contempt of

coupable et condamné à 45 jours d'emprisonnement ainsi qu'à une amende. Il a interjeté appel contre sa déclaration de culpabilité en faisant valoir que la Cour suprême de la Colombie-Britannique n'était pas compétente pour le juger. La Cour d'appel a confirmé la déclaration de culpabilité. Elle a jugé le par. 47(2) inconstitutionnel, concluant que le pouvoir en matière d'outrage fait partie de la compétence fondamentale des cours supérieures et que le Parlement n'a pas compétence pour leur retirer quelque partie que ce soit de ce pouvoir. En l'espèce, il s'agit principalement de savoir si le Parlement peut, conformément à sa compétence en matière de droit criminel, conférer au tribunal pour adolescents le pouvoir exclusif de juger des adolescents pour outrage commis en dehors des audiences d'une cour supérieure.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci et Major sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory: L'approbation par notre Cour de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants*, n'empêche pas de procéder à une analyse distincte de la question de savoir si une disposition particulière de cette loi satisfait aux exigences de la Constitution. Ce renvoi a laissé entière la question précise de savoir si certaines dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants* peuvent contrevenir à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, même si l'économie générale de la *Loi sur les jeunes contrevenants* n'y contrevient pas. Pour déterminer la validité du transfert de pouvoir dont il est question en l'espèce, il est nécessaire de procéder à une analyse en deux étapes: premièrement, la Cour doit, à l'aide du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*, décider si l'attribution de compétence est acceptable; et deuxièmement, dans l'affirmative, elle doit décider si la compétence de la cour supérieure peut être écartée. Ce n'est que lorsque la compétence fondamentale ou inhérente des cours supérieures est touchée que l'on passe à la deuxième étape de l'analyse. Cette compétence fait partie intégrante de leur fonctionnement et aucune partie de celle-ci ne peut leur être retirée par un ordre ou l'autre de gouvernement sans une modification de la Constitution.

L'historique de l'outrage au tribunal, la doctrine et l'économie générale du *Code criminel* et de la *Loi sur les jeunes contrevenants* renforcent tous le point de vue selon lequel l'outrage criminel au tribunal possède des caractéristiques distinctes de celles des autres crimes. Le litige est entre la personne et le tribunal même.

superior courts committed by youths has some aspects of a crime and some aspects of a *sui generis* court power. To reflect both these aspects, the jurisdiction transferred by s. 47(2) of the *Young Offenders Act* should be characterized as the power to punish youths for *ex facie* contempt of a superior court. Once s. 47(2) is properly characterized, the three-part test outlined in the *Residential Tenancies* case shows that this power or jurisdiction may be constitutionally given to an inferior court. Although the power to punish youths for *ex facie* contempt of superior courts was within the jurisdiction of superior courts at Confederation and this power obviously remains judicial in nature even in its new institutional setting, when one considers the institutional function of the youth courts, a transfer of this power is permissible. The policy objectives of the youth court system are clear and laudable. Our society wishes to establish different treatment for youths accused of criminal offences than for adults. Youth courts have an expertise in providing procedural protections appropriate for youths and in deciding punishments for convicted young offenders. The power to punish youths for *ex facie* contempt of superior courts is merely ancillary to these primary functions. Accordingly, granting jurisdiction to punish youths for *ex facie* contempt of superior courts does not infringe s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

This jurisdiction, however, cannot be granted to the youth court to the exclusion of provincial superior courts. Although the inherent jurisdiction of superior courts is difficult to define, there is no doubt that the power to punish for all forms of contempt is within that jurisdiction. The rule of law requires a judicial system that can ensure that its orders are enforced and its process respected. The provincial superior court is the only court of general jurisdiction in Canada. To remove the power to punish contempt *ex facie* by youths would maim the institution which is at the heart of our judicial system. Such an alteration is impermissible in Canada in the absence of a constitutional amendment. Thus, in light of its importance to the very existence of a superior court, no aspect of the contempt power may be removed from a superior court without infringing our Constitution and the principle of the rule of law recognized both

L'outrage criminel commis en dehors des audiences d'une cour supérieure par un adolescent comporte certains aspects d'un crime et certains aspects d'un pouvoir judiciaire *sui generis*. Pour refléter ces deux aspects, la compétence transférée par le par. 47(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* devrait être qualifiée comme étant le pouvoir de punir des adolescents pour outrage commis en dehors des audiences d'une cour supérieure. Une fois que le par. 47(2) est bien qualifié, l'application du critère à trois volets exposé dans le *Renvoi sur la location résidentielle* montre qu'il est possible d'attribuer constitutionnellement ce pouvoir ou cette compétence à un tribunal inférieur. Même si, à l'époque de la Confédération, le pouvoir de punir des adolescents pour outrage commis en dehors des audiences d'une cour supérieure relevait de la compétence des cours supérieures et que ce pouvoir continue manifestement d'être de nature judiciaire même dans son nouveau cadre institutionnel, un transfert de ce pouvoir est acceptable compte tenu de la fonction institutionnelle des tribunaux pour adolescents. Les objectifs de principe du régime de tribunaux pour adolescents sont clairs et louables. Notre société souhaite traiter différemment des adultes les adolescents accusés d'avoir commis une infraction criminelle. Les tribunaux pour adolescents possèdent une expertise pour ce qui est d'offrir des garanties procédurales propres aux adolescents et de décider des peines à imposer aux jeunes contrevenants déclarés coupables. Le pouvoir de punir des adolescents pour outrage commis en dehors des audiences d'une cour supérieure est simplement accessoire à ces fonctions principales. En conséquence, l'attribution de compétence pour punir des adolescents pour outrage commis en dehors des audiences d'une cour supérieure ne viole pas l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Toutefois, cette compétence ne peut être conférée au tribunal pour adolescents de façon à exclure celle des cours supérieures provinciales. Bien que la compétence inhérente d'une cour supérieure soit difficile à définir, il n'y a pas de doute que le pouvoir de punir toutes les formes d'outrage relève de cette compétence. Pour assurer le maintien de la primauté du droit, il doit exister un système judiciaire qui peut garantir l'exécution de ses ordonnances ainsi que le respect de sa procédure. Au Canada, la cour supérieure provinciale est la seule cour de juridiction générale. Retirer le pouvoir de punir des adolescents pour outrage commis en dehors des audiences d'un tribunal mutilerait l'institution qui est au cœur de notre système judiciaire. En l'absence d'une modification de la Constitution, une telle transformation est inacceptable au Canada. Ainsi, vu l'importance que le pouvoir en matière d'outrage revêt quant à l'existence

in the preamble to the *Constitution Act, 1867* and in all our conventions of governance. It will, in most instances, be preferable for the youth court to try and punish a youth in *ex facie* contempt of a superior court, but the provincial superior court's jurisdiction cannot be ousted. It will always be for the superior court to elect whether to hold contempt proceedings against a youth in order to exert control over its process, or to defer to the youth court. In addition, in cases where the youth court does proceed against a youth for contempt *ex facie* of a superior court, the provincial superior court retains its supervisory power to ensure that the lower court's disposition of the matter is correct.

Section 47(2) of the *Young Offenders Act* is therefore unconstitutional to the extent that it purports to confer exclusive jurisdiction on the youth court and to deprive a superior court of general jurisdiction of its *ex facie* contempt power. Section 47(2) is valid to the extent that it confers jurisdiction on the youth court. The section should be read down accordingly. Section 47(2) is thus inoperative to deprive the superior court of its jurisdiction to convict the appellant of contempt in this case.

Per L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. (dissenting): The three-step test outlined in *Residential Tenancies* is the appropriate approach in determining whether a transfer of power from a s. 96 court to an inferior court is valid. The test permits only incidental derogations of powers from s. 96 courts, and then only to the extent that the judicial nature of such powers is transformed by the administrative context in which they are exercised. By focusing on the function of the power in the administrative context rather than the nature of the power conferred, this test provides sufficient flexibility to equip administrative tribunals with the powers they need to do their work, while preserving the constitutional position of the s. 96 courts. There is no need for an additional condition that the transfer not involve any aspect of the "core" inherent powers of the superior court. The proposed "core test" needlessly derogates from the functional approach of the *Residential Tenancies* test, making a shift toward a more categorical approach. This new test would amount to an important

même des cours supérieures, aucun aspect de ce pouvoir ne peut leur être retiré sans contrevenir à notre Constitution et au principe de la primauté du droit reconnu à la fois dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* et dans toutes nos conventions de gestion publique. Même si, dans la plupart des cas, il sera préférable que le tribunal pour adolescents juge et punisse un adolescent pour outrage commis en dehors des audiences d'une cour supérieure, on ne peut écarter la compétence de la cour supérieure provinciale. Il appartiendra toujours à la cour supérieure de décider d'engager des procédures en matière d'outrage contre un adolescent afin d'exercer un contrôle sur sa procédure, ou de s'en remettre au tribunal pour adolescents. De plus, dans les cas où le tribunal pour adolescents juge un adolescent pour outrage commis en dehors des audiences d'une cour supérieure, la cour supérieure provinciale conserve son pouvoir de surveillance qui lui permet de garantir que la décision du tribunal d'instance inférieure est correcte.

Par conséquent, le par. 47(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* est inconstitutionnel dans la mesure où il a pour objet de conférer compétence exclusive au tribunal pour adolescents et de priver une cour supérieure de juridiction générale de son pouvoir en matière d'outrage commis en dehors des audiences du tribunal. Le paragraphe 47(2) est valide dans la mesure où il confère compétence au tribunal pour adolescents. La disposition devrait recevoir une interprétation atténuée. Le paragraphe 47(2) est donc sans effet pour ce qui est de priver la cour supérieure de son pouvoir de condamner l'appellant pour outrage en l'espèce.

Les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci et Major (dissidents): L'application du critère à trois volets exposé dans le *Renvoi sur la location résidentielle* est la bonne façon de procéder pour déterminer la validité du transfert à un tribunal inférieur d'un pouvoir d'une cour visée à l'art. 96. Ce critère ne permet que des retraits accessoires de pouvoirs des cours visées à l'art. 96, et ce, uniquement dans la mesure où la nature judiciaire de ces pouvoirs est transformée par le contexte administratif dans lequel ils sont exercés. Du fait qu'il soit axé sur le rôle du pouvoir dans le contexte administratif plutôt que sur la nature du pouvoir conféré, ce critère fournit une souplesse suffisante pour doter les tribunaux administratifs des pouvoirs dont ils ont besoin pour s'acquitter de leur tâche, tout en préservant la position constitutionnelle des cours visées à l'art. 96. Il n'est pas nécessaire d'avoir une autre condition selon laquelle le transfert ne doit viser aucun aspect des pouvoirs «fondamentaux» inhérents de la cour supérieure. Le critère proposé de la «compétence fondamentale» s'écarte

new fetter on the ability of Parliament and the provincial legislatures to create effective tribunals to ensure compliance with regulatory schemes.

The conferral of exclusive power over *ex facie* contempt of the court committed by juveniles on the youth court, and its removal from s. 96 courts, brings this case directly within the ambit of the *Residential Tenancies* test. There is nothing exceptional in the exclusive nature of the transfer of the s. 96 power to the inferior tribunal. If an administrative scheme is to operate effectively with a minimum of procedural confusion, it is typically essential that the tribunal have exclusive power to decide the matters at issue.

Further, the inherent power of superior courts to regulate their process does not preclude elected bodies from enacting legislation affecting that process. The court's inherent powers exist to complement the statutory assignment of specific powers, not override or replace them. Courts must conform to the rule of law and, while they can exercise more power in the control of their process than is expressly provided by statute, they must generally abide by the dictates of the legislature. It follows that Parliament and the legislatures can legislate to limit and define the superior courts' inherent powers, including their powers over contempt, provided that the legislation is not otherwise unconstitutional. Parliament may thus enact s. 47(2) of the *Young Offenders Act*, provided that the conditions of the *Residential Tenancies* test are met.

The functional approach of the *Residential Tenancies* test is adequate to protect the s. 96 courts. Transfers of s. 96 jurisdiction to inferior tribunals have not ousted the power of the superior courts. These courts still have their rights of review of inferior tribunals' decisions and ensure that the law is followed and fair process maintained. Moreover, the facts of this case do not support the contention that powers essential to the proper functioning of s. 96 courts are in danger of being eroded. What is essential to maintaining the authority of a court is that consequences attach to the disobedience of its order, not the source of those consequences. *Ex facie* contempt of court is generally prosecuted, like any other

inutilement de l'approche fonctionnelle du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*, en raison du virage qu'il fait vers une approche plus catégorique. Ce nouveau critère constituerait une nouvelle entrave importante à la capacité du Parlement et des législatures provinciales de créer des tribunaux efficaces pour assurer le respect de régimes de réglementation.

L'attribution au tribunal pour adolescents d'un pouvoir exclusif en matière d'outrage commis en dehors des audiences du tribunal par des adolescents, et son retrait des cours visées à l'art. 96, fait en sorte que le critère du *Renvoi sur la location résidentielle* s'applique directement à la présente affaire. La nature exclusive du transfert au tribunal inférieur du pouvoir conféré par l'art. 96 n'a rien d'exceptionnel. Si un régime administratif doit fonctionner efficacement avec un minimum de confusion procédurale, il est habituellement essentiel que le tribunal administratif ait le pouvoir exclusif de statuer sur les questions qui lui sont soumises.

De plus, le pouvoir inhérent des cours supérieures de régir leur procédure n'empêche pas des assemblées élues d'adopter des mesures législatives touchant cette procédure. Les pouvoirs inhérents de la cour sont là pour compléter les pouvoirs précis conférés par la loi, et non pour les supplanter ou les remplacer. Les tribunaux doivent observer la primauté du droit et, bien qu'ils puissent, à l'égard de leur procédure, exercer un pouvoir de contrôle plus grand que ce qui leur est expressément conféré par la loi, ils doivent généralement respecter la volonté du législateur. Il s'ensuit que le Parlement et les législatures peuvent légiférer pour restreindre et définir les pouvoirs inhérents des cours supérieures, y compris leurs pouvoirs en matière d'outrage, pourvu que la mesure législative adoptée ne soit pas par ailleurs inconstitutionnelle. Le Parlement peut ainsi adopter le par. 47(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, pourvu que les conditions du critère du *Renvoi sur la location résidentielle* soient remplies.

L'approche fonctionnelle du critère du *Renvoi sur la location résidentielle* est suffisante pour protéger les cours visées à l'art. 96. Les transferts à des tribunaux inférieurs de la compétence visée à l'art. 96 n'ont pas écarté le pouvoir des cours supérieures. Ces cours conservent leurs droits de contrôler les décisions de tribunaux inférieurs et continuent d'assurer le respect de la loi et l'équité de la procédure. De plus, les faits de la présente affaire ne permettent pas de prétendre que les pouvoirs essentiels au bon fonctionnement des cours visées à l'art. 96 risquent d'être minés. Ce qui est essentiel au maintien de l'autorité d'un tribunal, c'est que des conséquences se rattachent au non-respect de son

crime, by the Attorney General, who gathers the evidence and presents the case to the court, and the youth court is just as able to protect the validity and efficacy of a superior court order as is the superior court. If the youth court errs, or fails to proceed where it should, it is subject to the corrective power of the superior court on judicial review or of the Court of Appeal on appeal. The superior court itself may initiate proceedings by referring a charge of *ex facie* contempt of court to the youth court. More importantly, the residual inherent jurisdiction of the superior courts to take such measures as may be required to preserve their process guarantees that the process of the superior courts will not be undermined by a transfer of juvenile contempt of court *ex facie* to the youth courts. Should the administration of justice require that a particular case be tried in superior court, that court possesses the inherent power to hold such a trial. Where the use of a legislative provision or rule of court would itself amount to an abuse of the court's process, the court may invoke its inherent jurisdiction to ensure that justice is done. Section 47(2) of the *Young Offenders Act* is no exception. That section, however, poses no threat to the authority of the superior courts. In leaving the power to try youths for *in facie* contempt of court with the superior courts, Parliament has carefully considered and weighed what is necessary to permit the superior courts to preserve their authority.

Parliament's transfer of contempt of court *ex facie* by youths from the s. 96 superior courts to the youth courts is valid. The test for transfer laid down in *Residential Tenancies* is met and this test alone suffices to determine this appeal. The power was historically possessed by s. 96 courts, it is judicial, and it is merely ancillary to the larger role of the youth courts in relation to the special problems and needs of young offenders. Since the constitutionality of s. 47(2) of the *Young Offenders Act* has not been successfully challenged, it follows that the appellant should have been tried in youth court. His

ordonnance, et non la source de ces conséquences. À l'instar de tout autre crime, l'outrage commis en dehors des audiences d'un tribunal donne généralement lieu à des poursuites par le procureur général, qui recueille les éléments de preuve et les soumet à la cour, et le tribunal pour adolescents est tout aussi en mesure que la cour supérieure de préserver la validité et l'efficacité de l'ordonnance d'une cour supérieure. Si le tribunal pour adolescents commet une erreur ou s'il omet d'agir là où il devrait le faire, il est sujet à l'exercice du pouvoir correctif de la cour supérieure dans le cadre d'un contrôle judiciaire, ou du pouvoir correctif de la Cour d'appel dans le cadre d'un appel. La cour supérieure elle-même peut engager des procédures en déférant au tribunal pour adolescents une accusation d'outrage commis en dehors des audiences du tribunal. Qui plus est, la compétence résiduelle inhérente qu'ont les cours supérieures pour prendre les mesures nécessaires pour préserver l'intégrité de leur procédure garantit que la procédure des cours supérieures ne sera pas minée par un transfert au tribunal pour adolescents du pouvoir de juger des adolescents pour outrage commis en dehors des audiences du tribunal. Si l'administration de la justice exige qu'une affaire donnée soit jugée devant une cour supérieure, cette cour a le pouvoir inhérent de tenir un tel procès. Dans le cas où le recours à une disposition législative ou à une règle de pratique constitue lui-même un abus de la procédure de la cour, la cour peut invoquer sa compétence inhérente pour veiller à ce que justice soit rendue. Le paragraphe 47(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* ne fait pas exception. Toutefois, ce paragraphe ne constitue pas une menace pour l'autorité des cours supérieures. En laissant aux cours supérieures le pouvoir de juger des adolescents pour outrage commis pendant les audiences du tribunal, le Parlement a examiné et soupesé soigneusement ce qui est nécessaire pour que les cours supérieures puissent préserver leur autorité.

Le transfert par le Parlement aux tribunaux pour adolescents du pouvoir que les cours supérieures visées à l'art. 96 ont de juger des adolescents pour outrage commis en dehors des audiences du tribunal est valide. Le critère applicable au transfert, établi dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, est respecté et ce critère suffit à lui seul pour statuer sur le présent pourvoi. Le pouvoir en question appartenait historiquement aux cours visées à l'art. 96, il est de nature judiciaire et n'est qu'accessoire au rôle plus large que les tribunaux pour adolescents jouent relativement aux problèmes et aux besoins particuliers des jeunes contrevenants. Étant donné que la constitutionnalité du par. 47(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* n'a pas été contestée avec succès, il

conviction in superior court should be set aside and the charges remitted to youth court for trial.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; **considered:** *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252; **referred to:** *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, [1989] 1 S.C.R. 238; *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220; *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307; *R. v. Vermette*, [1987] 1 S.C.R. 577; *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901; *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394; *British Columbia (Attorney-General) v. Mount Currie Indian Band* (1991), 64 C.C.C. (3d) 172.

By McLachlin J. (dissenting)

Re Residential Tenancies Act, 1979, [1981] 1 S.C.R. 714; *Toronto v. York*, [1938] A.C. 415; *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398; *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134; *Tomko v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1977] 1 S.C.R. 112; *City of Mississauga v. Regional Municipality of Peel*, [1979] 2 S.C.R. 244; *Attorney General of Quebec v. Grondin*, [1983] 2 S.C.R. 364; *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, [1989] 1 S.C.R. 238; *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252; *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *Glover v. Glover (No. 1)* (1980), 113 D.L.R. (3d) 161, aff'd [1981] 2 S.C.R. 561; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220.

Statutes and Regulations Cited

Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(14), 96, 97 to 101, 129.
Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 9 [rep. & sub. c. 27 (1st Supp.), s. 6]; 127(1), 484 [am. c. 27

s'ensuit que l'appelant aurait dû être jugé devant un tribunal pour adolescents. Sa déclaration de culpabilité prononcée par une cour supérieure devrait être annulée et les accusations devraient être renvoyées devant le tribunal pour adolescents en vue d'un procès.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; **arrêt examiné:** *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252; **arrêts mentionnés:** *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238; *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220; *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307; *R. c. Vermette*, [1987] 1 R.C.S. 577; *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901; *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394; *British Columbia (Attorney-General) c. Mount Currie Indian Band* (1991), 64 C.C.C. (3d) 172.

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle, [1981] 1 R.C.S. 714; *Toronto c. York*, [1938] A.C. 415; *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398; *Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134; *Tomko c. Labour Relations Board (Nouvelle-Écosse)*, [1977] 1 R.C.S. 112; *Ville de Mississauga c. Municipalité régionale de Peel*, [1979] 2 R.C.S. 244; *Procureur général du Québec c. Grondin*, [1983] 2 R.C.S. 364; *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238; *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252; *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *Glover c. Glover (No. 1)* (1980), 113 D.L.R. (3d) 161, conf. par [1981] 2 R.C.S. 561; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220.

Lois et règlements cités

Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 9 [abr. & rempl. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 6; mod. ch. 1 (4^e suppl.), art. 18 (ann. I, n^o 3)], 127(1), 484 [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 203], 486(1) [*idem*], (4) [abr.

(1st Supp.), s. 203], 486(1) [*idem*], (4) [rep. & sub. c. 23 (4th Supp.), s. 1], (5), 605(2) [am. c. 27 (1st Supp.), s. 203], 708(1).

Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, ss. 2(1) "offence", 5(1), 47.

& rempl. ch. 23 (4^e suppl.), art. 1], (5), 605(2) [mod. ch. 27 (1^{er} suppl.), art. 203], 708(1).

Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(14), 96, 97 à 101, 129.

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 2(1) «infraction», 5(1), 47.

Authors Cited

Borrie and Lowe's Law of Contempt, 2nd ed. By Nigel Lowe. Consultant Editor, Sir Gordon Borrie. London: Butterworths, 1983.

Cromwell, T. A. "Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada" (1995), 46 *S.C. L. Rev.* 1027.

Fox, Sir John C. *The History of Contempt of Court: The Form of Trial and the Mode of Punishment*. London: Professional Books Ltd., 1972.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Jacob, I. H. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Current Legal Problems* 23.

Mason, Keith. "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1983), 57 *A.L.J.* 449.

Miller, Christopher J. *Contempt of Court*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

Popovici, Adrian. *L'outrage au tribunal*. Montréal: Thémis, 1977.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1994), 90 B.C.L.R. (2d) 24, 113 D.L.R. (4th) 368, 89 C.C.C. (3d) 217, 21 C.R.R. (2d) 116, 43 B.C.A.C. 1, 69 W.A.C. 1, dismissing the young person's appeal from his conviction for contempt of court (1993), 12 C.E.L.R. (N.S.) 81. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. dissenting.

Marilyn E. Sandford, for the appellant.

Peter W. Ewert, Q.C., for the respondent the Attorney General of British Columbia.

John R. Haig, Q.C., for the intervener.

Doctrine citée

Borrie and Lowe's Law of Contempt, 2nd ed. By Nigel Lowe. Consultant Editor, Sir Gordon Borrie. London: Butterworths, 1983.

Cromwell, T. A. «Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada» (1995), 46 *S.C. L. Rev.* 1027.

Fox, Sir John C. *The History of Contempt of Court: The Form of Trial and the Mode of Punishment*. London: Professional Books Ltd., 1972.

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 3rd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

Jacob, I. H. «The Inherent Jurisdiction of the Court» (1970), 23 *Current Legal Problems* 23.

Mason, Keith. «The Inherent Jurisdiction of the Court» (1983), 57 *A.L.J.* 449.

Miller, Christopher J. *Contempt of Court*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

Popovici, Adrian. *L'outrage au tribunal*. Montréal: Thémis, 1977.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1994), 90 B.C.L.R. (2d) 24, 113 D.L.R. (4th) 368, 89 C.C.C. (3d) 217, 21 C.R.R. (2d) 116, 43 B.C.A.C. 1, 69 W.A.C. 1, qui a rejeté l'appel interjeté par l'adolescent contre sa déclaration de culpabilité d'outrage au tribunal (1993), 12 C.E.L.R. (N.S.) 81. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci et Major sont dissidents.

Marilyn E. Sandford, pour l'appelant.

Peter W. Ewert, c.r., pour l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique.

John R. Haig, c.r., pour l'intervenant.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier and Cory JJ. was delivered by

LAMER C.J. —

I. Introduction

This case requires us to decide whether Parliament, pursuant to its criminal law power, can confer upon youth courts the exclusive power to try youths for contempt *ex facie* of superior courts. To put the question another way, must superior courts retain the power to try charges of contempt, both *in facie* and *ex facie*. The problematic aspect of the impugned legislative provision is precisely the exclusivity of the grant of jurisdiction. The historical evolution of the provincial superior courts and their importance to our constitutional structure require that these superior courts retain the full range of their inherent contempt powers. While it need not have exclusive jurisdiction, curbing the power of a superior court to control its own process alters its essence, making it something less than a superior court. Such an alteration is impermissible in Canada in the absence of a constitutional amendment.

To resolve this issue we must consider both whether the grant of jurisdiction to the youth court is permissible and whether removing the corresponding jurisdiction from the superior court is equally so. The jurisprudence concerning s. 96 of the *Constitution Act, 1867* gives guidance in considering the grant of jurisdiction. The removal of jurisdiction is better analyzed in a broader constitutional context, considering this jurisprudence along with the preamble to the *Constitution Act, 1867*, the principle of the rule of law, and the central place of the superior courts in our system of governance.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier et Cory rendu par

LE JUGE EN CHEF LAMER —

I. Introduction

La question que nous devons trancher, en l'espèce, est de savoir si le législateur fédéral peut, conformément à sa compétence en matière de droit criminel, conférer au tribunal pour adolescents le pouvoir exclusif de juger des adolescents pour outrage commis en dehors des audiences d'une cour supérieure. En d'autres termes, une cour supérieure doit-elle conserver le pouvoir de connaître de tout outrage, qu'il ait été commis au cours des audiences d'un tribunal ou en dehors de ses audiences. Le problème que pose la disposition législative attaquée est précisément l'exclusivité de la compétence conférée. En raison de l'évolution historique des cours supérieures provinciales et de leur importance pour notre régime constitutionnel, ces cours supérieures doivent conserver l'éventail complet de leurs pouvoirs inhérents en matière d'outrage. Bien qu'une cour supérieure n'ait pas à jouir d'une compétence exclusive, restreindre le pouvoir qu'elle a de contrôler sa propre procédure a pour effet d'en transformer la nature même, la réduisant à quelque chose de moins qu'une cour supérieure. En l'absence d'une modification de la Constitution, une telle transformation est inacceptable au Canada.

Pour résoudre la question soulevée, nous devons examiner s'il est acceptable, d'une part, d'attribuer compétence au tribunal pour adolescents et, d'autre part, de retirer la compétence correspondante à la cour supérieure. La jurisprudence portant sur l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est utile pour examiner la question de l'attribution de compétence. Celle du retrait de compétence s'analyse mieux dans un contexte constitutionnel plus large, en examinant cette jurisprudence conjointement avec le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le principe de la primauté du droit et le rôle primordial que les cours supérieures jouent dans notre régime de gestion publique.

II. Constitutional Question

3 The following constitutional question was stated:

Is it within the jurisdiction of Parliament to grant exclusive jurisdiction to youth courts, through the operation of s. 47(2) of the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, over contempt of court committed by a young person against a superior court otherwise than in the face of that court?

III. Factual Background

4 On July 19, 1993, the appellant was arrested and charged with contempt of court while participating in protest activities in the Clayoquot Sound area of Vancouver Island. Along with many others, a large number of whom were also arrested, the appellant stood on a logging road and refused to move thus preventing employees of MacMillan Bloedel Limited from reaching their job sites. This activity contravened an injunction of the British Columbia Supreme Court ordering that MacMillan Bloedel's operations not be obstructed. The appellant was 17 years old at the time of his arrest.

5 At trial, counsel for the appellant made an application for him to be tried in youth court. Bouck J., relying on the decision in *British Columbia (Attorney-General) v. Mount Currie Indian Band* (1991), 64 C.C.C. (3d) 172 (B.C.S.C.), dismissed this application. The appellant was convicted on October 6, 1993, and on October 13, 1993, was sentenced to 45 days' imprisonment and a \$1000 fine: (1993), 12 C.E.L.R. (N.S.) 81 and 104.

IV. Statutory Provisions

6 The impugned legislative provision in this case is:

Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1

47....

(2) The youth court has exclusive jurisdiction in respect of every contempt of court committed by a

II. La question constitutionnelle

La question constitutionnelle suivante a été formulée:

Le Parlement a-t-il, en vertu du par. 47(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, le pouvoir de conférer aux tribunaux pour adolescents la compétence exclusive en matière d'outrage au tribunal commis par un adolescent envers une cour supérieure en dehors de ses audiences?

III. Le contexte factuel

Le 19 juillet 1993, l'appellant a été arrêté et accusé d'outrage au tribunal pour avoir participé à des manifestations d'opposition dans la région de Clayoquot Sound, sur l'île de Vancouver. En compagnie d'un grand nombre de manifestants, dont plusieurs ont également été arrêtés, l'appellant s'est tenu sur un chemin d'exploitation et a refusé de bouger, empêchant ainsi des employés de MacMillan Bloedel Limited de se rendre à leur lieu de travail. Cette manifestation contrevenait à une injonction de la Cour suprême de la Colombie-Britannique interdisant de gêner l'exploitation de MacMillan Bloedel. L'appellant était âgé de 17 ans au moment de son arrestation.

Au procès, l'avocat de l'appellant a demandé que ce dernier soit jugé devant un tribunal pour adolescents. Le juge Bouck a rejeté cette demande en se fondant sur la décision *British Columbia (Attorney-General) c. Mount Currie Indian Band* (1991), 64 C.C.C. (3d) 172 (C.S.C.-B.). Le 6 octobre 1993, l'appellant a été déclaré coupable et, le 13 octobre 1993, il a été condamné à 45 jours d'emprisonnement ainsi qu'à une amende de 1 000 \$: (1993), 12 C.E.L.R. (N.S.) 81 et 104.

IV. Les dispositions législatives

Voici le libellé de la disposition législative contestée en l'espèce:

Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1

47....

(2) Le tribunal pour adolescents a compétence exclusive pour connaître de tout outrage au tribunal commis

young person against the youth court whether or not committed in the face of the court and every contempt of court committed by a young person against any other court otherwise than in the face of that court.

Other provisions relevant to resolving the case are:

Young Offenders Act

2. (1) In this Act,

“offence” means an offence created by an Act of Parliament or by any regulation, rule, order, by-law or ordinance made thereunder other than an ordinance of the Yukon Territory or the Northwest Territories;

5. (1) Notwithstanding any other Act of Parliament but subject to the *National Defence Act* and section 16, a youth court has exclusive jurisdiction in respect of any offence alleged to have been committed by a person while he was a young person and any such person shall be dealt with as provided in this Act.

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

9. Notwithstanding anything in this Act or any other Act, no person shall be convicted or discharged under section 736

(a) of an offence at common law,

but nothing in this section affects the power, jurisdiction or authority that a court, judge, justice or provincial court judge had, immediately before April 1, 1955, to impose punishment for contempt of court.

V. The British Columbia Court of Appeal

The issue before this Court is but one of the many addressed in the Court of Appeal judgment. We denied leave to appeal with respect to the various other issues. The Court of Appeal was called upon to decide numerous questions pertaining to the joint contempt of court trial of 44 individuals who had defied the injunction. Thirty-one individuals appealed their convictions and another group appealed their sentences in a separate proceeding.

par un adolescent soit envers le tribunal pour adolescents au cours de ses audiences ou en dehors de ses audiences, soit envers tout autre tribunal en dehors des audiences de celui-ci.

Les autres dispositions utiles pour trancher le présent pourvoi sont les suivantes:

Loi sur les jeunes contrevenants

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«infraction» Toute infraction créée par une loi fédérale ou par ses textes d'application: règlement, règle, ordre, décret, arrêté, règlement administratif ou ordonnance, à l'exclusion des ordonnances du territoire du Yukon ou des Territoires du Nord-Ouest.

5. (1) Nonobstant toute autre loi fédérale mais sous réserve de la *Loi sur la défense nationale* et de l'article 16, le tribunal pour adolescents a compétence exclusive pour toute infraction imputée à une personne et qu'elle aurait commise en cours d'adolescence; cette personne bénéficie des dispositions de la présente loi.

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

9. Nonobstant toute autre disposition de la présente loi ou de quelque autre loi, nul ne peut être déclaré coupable ou absous en vertu de l'article 736 des infractions suivantes:

a) une infraction en *common law*;

Toutefois, le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte au pouvoir, à la juridiction ou à l'autorité qu'un tribunal, juge, juge de paix ou juge de la cour provinciale possédait, immédiatement avant le 1^{er} avril 1955, d'imposer une peine pour outrage au tribunal.

V. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique

La question en litige en l'espèce est l'une des nombreuses questions examinées dans l'arrêt de la Cour d'appel. Nous avons refusé l'autorisation de pourvoi relativement aux diverses autres questions. La Cour d'appel avait été appelée à se prononcer sur de nombreuses questions concernant le procès conjoint pour outrage au tribunal de 44 personnes qui avaient contrevenu à l'injonction. Trente et une personnes en avaient appelé de leur déclaration de

While other trials arising from breaches of the same injunction were held later, J.P. was the only youth involved in this particular appeal. The British Columbia Court of Appeal unanimously upheld the contempt of court convictions: (1994), 90 B.C.L.R. (2d) 24, 113 D.L.R. (4th) 368, 89 C.C.C. (3d) 217, 21 C.R.R. (2d) 116, 43 B.C.A.C. 1, 69 W.A.C. 1. The sentence appeals were allowed to the extent that all fines were removed from the sentences: (1994), 47 B.C.A.C. 264.

culpabilité, et un autre groupe de personnes avaient interjeté un appel distinct contre les peines qui leur avaient été infligées. Bien que la violation de l'injonction ait donné lieu à d'autres procès par la suite, J.P. était le seul adolescent concerné dans l'appel en cause. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé, à l'unanimité, les déclarations de culpabilité d'outrage au tribunal: (1994), 90 B.C.L.R. (2d) 24, 113 D.L.R. (4th) 368, 89 C.C.C. (3d) 217, 21 C.R.R. (2d) 116, 43 B.C.A.C. 1, 69 W.A.C. 1. Les appels contre les peines ont été accueillis dans la mesure où toutes les amendes ont été supprimées des peines infligées: (1994), 47 B.C.A.C. 264.

8

McEachern C.J.B.C. penned the reasons of the court. In response to the argument that J.P. should be tried before a youth court pursuant to s. 47(2) of the *Young Offenders Act*, he struck down s. 47(2) as unconstitutional. In his reasons, McEachern C.J.B.C., like Bouck J. at trial, followed the principles set out by Macdonald J. in *Mount Currie Indian Band*, *supra*. McEachern C.J.B.C. considered both the nature of the contempt power and the jurisprudence which recognizes that superior courts have a "core" or "inherent" jurisdiction that is beyond the reach of Parliament and the provincial legislatures in the absence of constitutional amendment. In particular, he noted the decisions of this Court in *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704, and in *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252; the former for the proposition that the superior courts are independent of both levels of government and the latter for the principle that superior courts have a core jurisdiction which is, in McEachern C.J.B.C.'s words, "untouchable". Throughout his reasons, McEachern C.J.B.C. carefully separated criminal law jurisdiction from the contempt power of superior courts. He concluded that as the contempt power is within the core jurisdiction of the superior courts, no part of it can be

Le juge en chef McEachern a rédigé les motifs de la cour. En réponse à l'argument selon lequel J.P. devrait être jugé devant un tribunal pour adolescents conformément au par. 47(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, il a annulé cette disposition pour cause d'inconstitutionnalité. Dans ses motifs, le juge en chef McEachern a, à l'instar du juge Bouck en première instance, suivi les principes énoncés par le juge Macdonald dans la décision *Mount Currie Indian Band*, précitée. Le juge en chef McEachern a examiné à la fois la nature du pouvoir en matière d'outrage et la jurisprudence qui reconnaît que les cours supérieures possèdent une compétence «fondamentale» ou «inhérente» hors de portée du législateur fédéral et des législatures provinciales en l'absence d'une modification de la Constitution. Il a mentionné en particulier les arrêts de notre Cour *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704, et *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252, le premier établissant que les cours supérieures sont indépendantes des deux ordres de gouvernement, et le deuxième, que les cours supérieures ont une compétence fondamentale qui, pour reprendre les termes du juge en chef McEachern, est [TRADUCTION] «intouchable». Tout au long de ses motifs, le juge en chef McEachern a pris soin de faire une distinction entre la compétence en matière de droit criminel et le pouvoir en matière d'outrage que possèdent les cours supérieures. Il a conclu que, puisque le pouvoir en matière d'outrage fait partie de la compétence fondamentale des cours supérieures, aucune

transferred away from those courts to the youth courts.

VI. Analysis

I agree in part with McEachern C.J.B.C.'s analysis, particularly with his consideration of the inherent jurisdiction of superior courts and the nature of the contempt power. Nonetheless, in keeping with my conclusion that the essence of the problem before us is the exclusivity of the grant of jurisdiction to the youth court, I find that our jurisprudence on this question mandates a two-part analysis. After reviewing our s. 96 jurisprudence, therefore, I will first consider whether this grant of jurisdiction can be made and next consider whether the superior court's jurisdiction can be ousted. The first inquiry involves examining the nature of the contempt power; the second necessitates elaboration of the inherent jurisdiction of superior courts and recognition of their importance to our constitutional structure.

A. *The Section 96 Jurisprudence*

This Court's decision in *McEvoy*, *supra*, establishes that s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, limits both Parliament and the provincial legislatures. Accordingly, the first analytic step is to consider the s. 96 jurisprudence to date to determine how that limitation takes effect.

Writing for the Court in *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, Dickson J. (as he then was) reviewed the s. 96 jurisprudence up to that time and fashioned its principles into a three-part test for determining which powers, under which circumstances, can be transferred to inferior courts or to administrative tribunals without infringing the guarantee of judicial independence which s. 96 has come to stand for. Dickson J. asserted that the judicature sections of the *Constitution Act, 1867* limit the power of the provincial legislatures under s. 92(14) over the administration of justice in a province and provide a

partie de ce pouvoir ne saurait être transférée aux tribunaux pour adolescents.

VI. Analyse

Je souscris en partie à l'analyse du juge en chef McEachern, tout particulièrement à l'examen qu'il fait de la compétence inhérente des cours supérieures et de la nature du pouvoir en matière d'outrage. Néanmoins, conformément à ma conclusion que le problème dont nous sommes saisis est essentiellement celui de l'exclusivité de la compétence conférée au tribunal pour adolescents, je suis d'avis que notre jurisprudence en la matière exige que nous procédions à une analyse en deux étapes. Après avoir passé en revue notre jurisprudence sur l'art. 96, je vais d'abord examiner si cette attribution de compétence est possible, et ensuite, s'il est possible d'écarter la compétence de la cour supérieure. Le premier volet comporte l'examen de la nature du pouvoir en matière d'outrage; le deuxième commande un examen détaillé de la compétence inhérente des cours supérieures et une reconnaissance de leur importance pour notre régime constitutionnel.

A. *La jurisprudence relative à l'art. 96*

Dans l'arrêt *McEvoy*, précité, notre Cour établit que l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* restreint à la fois la compétence du législateur fédéral et celle des législatures provinciales. La première étape de l'analyse consiste donc à examiner la jurisprudence relative à l'art. 96 pour déterminer comment s'applique cette restriction.

S'exprimant au nom de notre Cour dans le *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a examiné la jurisprudence qui existait à l'époque relativement à l'art. 96 et en a formulé les principes sous la forme d'un critère à trois volets, applicable pour déterminer quels pouvoirs peuvent être transférés aux tribunaux inférieurs ou aux tribunaux administratifs et dans quelles circonstances ils peuvent l'être, sans qu'il ne soit porté atteinte à la garantie d'indépendance judiciaire dont est devenu synonyme l'art. 96. Le juge Dickson soutient que les articles sur le

9

10

11

unifying force to the Canadian judicial system (at p. 728):

Section 92(14) and ss. 96 to 100 represent one of the important compromises of the Fathers of Confederation. It is plain that what was sought to be achieved through this compromise, and the intended effect of s. 96, would be destroyed if a province could pass legislation creating a tribunal, appoint members thereto, and then confer on the tribunal the jurisdiction of the superior courts. What was conceived as a strong constitutional base for national unity, through a unitary judicial system, would be gravely undermined.

After reviewing the jurisprudence, Dickson J. concluded that there was a general trend towards an increasingly broad test of constitutional validity, except in cases where the judicial function in question is isolated from the rest of the administrative structure of the legislation in question. Having thus stated his view of the purpose of the constitutional provisions and the directions in the jurisprudence, he elaborated the test which is now our standard for analysing grants of jurisdiction to tribunals not presided over by s. 96 judges.

12

The first branch of the test is an historical inquiry into "whether the power or jurisdiction conforms to the power or jurisdiction exercised by superior, district or county courts at the time of Confederation" (p. 734). He emphasizes that this phase involves a temporary isolation of the power or jurisdiction in question, which is to be considered in its context at the second and third stages of the test. Of course, if the power in question does not conform to one exercised by a superior court in 1867, the inquiry ends here. The second step asks whether the function in question is "judicial" in its institutional setting, and he contrasts "judicial" functions with policy making functions. The final branch of the test involves an assessment of the "tribunal's function as a whole in order to appraise the impugned function in its entire institutional context" (p. 735). Under this branch of the test it is

système judiciaire dans la *Loi constitutionnelle de 1867* restreignent la compétence que les législatures provinciales possèdent, en vertu du par. 92(14), sur l'administration de la justice dans la province et confèrent une force unificatrice au système judiciaire canadien (à la p. 728):

Le paragraphe 92(14) et les art. 96 à 100 représentent un des compromis importants des Pères de la Confédération. Il est clair qu'on détruirait l'objectif visé par ce compromis et l'effet qu'on voulait donner à l'art. 96 si une province pouvait adopter une loi créant un tribunal, nommer ses juges et lui attribuer la compétence des cours supérieures. Ce qu'on concevait comme un fondement constitutionnel solide de l'unité nationale, au moyen d'un système judiciaire unitaire, serait gravement sapé à sa base.

Après avoir examiné la jurisprudence, le juge Dickson a conclu qu'on avait tendance à appliquer un critère de constitutionnalité de plus en plus large, sauf dans les cas où la fonction judiciaire en question est isolée du reste de la structure administrative de la loi pertinente. Après avoir exposé ainsi sa perception de l'objet des dispositions constitutionnelles et de l'orientation de la jurisprudence, le juge Dickson a formulé le critère qui est la norme que nous appliquons maintenant à l'analyse de l'attribution de compétence à des tribunaux qui ne sont pas présidés par des juges nommés en vertu de l'art. 96.

Le premier volet du critère consiste à effectuer une recherche historique pour déterminer «si le pouvoir ou la compétence correspondent au pouvoir ou à la compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération» (p. 734). Il a fait ressortir que cette étape comporte un isolement temporaire du pouvoir ou de la compétence en question, qu'il faut examiner dans son contexte aux deuxième et troisième étapes du critère. Certes, si le pouvoir en question n'est pas conforme à celui exercé par une cour supérieure en 1867, l'enquête s'arrête là. La deuxième étape consiste à se demander si la fonction en question est «judiciaire» dans son cadre institutionnel, et le juge Dickson met les fonctions «judiciaires» en opposition avec les fonctions d'établissement de politiques. La dernière étape consiste à examiner la «fonction globale du

permissible for administrative tribunals and inferior courts to exercise powers historically belonging to courts with s. 96 judges provided those judicial powers are “merely subsidiary or ancillary” to the general administrative functions assigned to the tribunal (at p. 736).

Applying this three-part test to the legislative scheme set out in the Act before the Court, Dickson J. found that the creation of the Residential Tenancy Commission infringed s. 96. The legislation could not be saved by either the second or third branches of the test. In his analysis of the third branch, Dickson J. noted that the chief role of the Commission was not to administer policy or to carry out an administrative function. While the legislation aimed to address an acknowledged social problem, he stated (at p. 750):

... however worthy the policy objectives, it must be recognized that we, as a Court, are not given the freedom to choose whether the problem is such that provincial, rather than federal, authority should deal with it. We must seek to give effect to the Constitution as we understand it and with due regard for the manner in which it has been judicially interpreted in the past. If the impugned power is violative of s. 96 it must be struck down.

Following *McEvoy*, *supra*, this conclusion is equally applicable to devolution of powers to a federally created court or tribunal. Essential historic functions of superior courts cannot be removed from those courts and granted to other adjudicative bodies to meet social policy goals if the resulting transfer contravenes our Constitution.

An important addition to the *Residential Tenancies* test was elaborated in *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, [1989] 1 S.C.R. 238, where Wilson J. described the characterization of the transferred power as preliminary to the first or historical

tribunal afin d'évaluer dans tout son contexte institutionnel la fonction attaquée» (p. 735). En vertu de ce volet du critère, les tribunaux administratifs et les tribunaux inférieurs peuvent exercer des pouvoirs qui appartenaient historiquement aux cours présidées par des juges nommés en vertu de l'art. 96, à condition que ces pouvoirs judiciaires soient «simplement complémentaires ou accessoires» aux fonctions administratives générales attribuées au tribunal (à la p. 736).

Après avoir appliqué ce critère à trois volets au régime législatif établi dans la loi dont la Cour était saisie, le juge Dickson a conclu que la création de la Commission du logement contrevenait à l'art. 96. La mesure législative ne pouvait être sauvegardée par les deuxième ou troisième volets du critère. Dans son analyse du troisième volet, le juge Dickson a précisé que le rôle principal de la Commission n'était pas d'appliquer une politique ni de remplir une fonction administrative. Même si la mesure législative visait à résoudre un problème social reconnu, le juge Dickson affirme (à la p. 750):

... si louables que soient les objectifs de politique, il faut reconnaître qu'il n'est pas donné à cette Cour de choisir qui, de l'autorité provinciale ou fédérale, doit s'occuper de ce problème. Nous devons chercher à appliquer la Constitution comme nous la comprenons, en respectant la façon suivant laquelle les tribunaux l'ont interprétée dans le passé. Si le pouvoir attaqué viole l'art. 96, il faut l'écarter.

Selon l'arrêt *McEvoy*, précité, cette conclusion s'applique également à l'attribution de pouvoirs à un tribunal judiciaire ou administratif créé par le fédéral. Les fonctions historiques essentielles des cours supérieures ne peuvent leur être retirées et conférées à d'autres organismes décisionnels afin de répondre à des objectifs de politique sociale, si le transfert qui s'ensuit contrevient à notre Constitution.

Un ajout important au critère établi dans le *Renvoi sur la location résidentielle* a été formulé dans l'arrêt *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238, où le juge Wilson a dit qu'il fallait qualifier le pouvoir transféré avant de passer au

branch of the test. Considering that the second and third branches of the test are designed to preserve some grants of power despite the fact that the powers were within the exclusive jurisdiction of the superior courts at Confederation, Wilson J. concluded that the test requires a strict, or narrow, approach to characterization to prevent large accretions of power (at p. 254). As many present day remedies were not available in 1867, characterization should highlight the type of dispute rather than the type of remedy sought. She also states that the same characterization must be used at each stage of the test. The complexity of the characterization question is demonstrated in the *Reference re Young Offenders Act* case.

15

The decision in *Reference re Young Offenders Act* is important to my analysis in this case both because it continues the development of the s. 96 jurisprudence and because it addresses in a broad manner the same Act which is before the Court now. I opened my analysis in *Reference re Young Offenders Act* by stating (at p. 264):

Section 96 of the *Constitution Act, 1867* is regarded as a means of protecting the "core" jurisdiction of the superior courts so as to provide for some uniformity throughout the country in the judicial system. The case law has developed principles to ensure that s. 96 would not be rendered meaningless through the use of the provincial competence to constitute, maintain and organize provincial courts staffed with provincially appointed judges having the same jurisdiction and powers as superior courts.

... if the jurisdiction conferred on Youth Courts by Parliament is within the core of jurisdiction of superior courts, Parliament cannot confer such jurisdiction on courts presided over by judges not appointed in accordance with s. 96.

While there were three judgments in the case, none of my colleagues took issue with my statement of the law regarding the core jurisdiction of the

premier volet ou volet historique du critère. Puisqu'elle était d'avis que les deuxième et troisième volets du critère servaient à préserver certaines attributions de pouvoirs, en dépit du fait qu'ils relevaient de la compétence exclusive des cours supérieures au moment de la Confédération, le juge Wilson a conclu que le critère exige d'adopter un point de vue strict ou étroit en matière de qualification afin d'empêcher d'importants accroissements de compétence (à la p. 254). Puisque de nombreuses mesures de redressement contemporaines n'existaient pas en 1867, la qualification devrait faire ressortir la nature du litige plutôt que le type de redressement recherché. Le juge Wilson affirme aussi qu'il faut utiliser la même qualification à chaque étape du critère. La complexité de la question de la qualification est illustrée dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants*.

Le Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants est important pour mon analyse en l'espèce parce qu'il constitue un autre jalon dans l'évolution de la jurisprudence relative à l'art. 96, et qu'il porte d'une façon générale sur la même loi que celle dont nous sommes maintenant saisis. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants*, j'ai commencé mon analyse en affirmant (à la p. 264):

L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* est considéré comme un moyen de protéger la compétence fondamentale des cours supérieures afin d'assurer une certaine uniformité du système judiciaire dans tout le pays. La jurisprudence a dégagé des principes permettant d'empêcher que l'art. 96 ne perde tout son sens par suite de l'exercice par les provinces de leur compétence pour créer, maintenir et organiser des cours provinciales présidées par des juges nommés par les provinces qui auraient les mêmes compétences et pouvoirs que les cours supérieures.

... si la compétence conférée aux tribunaux pour adolescents par le Parlement constitue un élément fondamental de la compétence des cours supérieures, le Parlement ne peut attribuer une telle compétence à des tribunaux présidés par des juges qui ne sont pas nommés conformément à l'art. 96.

Même si trois séries de motifs ont été rédigés dans ce renvoi, aucun de mes collègues n'a contesté mon énoncé du droit relatif à la compétence

superior courts. The superior courts have a core or inherent jurisdiction which is integral to their operations. The jurisdiction which forms this core cannot be removed from the superior courts by either level of government, without amending the Constitution. Without this core jurisdiction, s. 96 could not be said either to ensure uniformity in the judicial system throughout the country or to protect the independence of the judiciary. Furthermore, the power of superior courts to fully control their own process is, in our system where the superior court of general jurisdiction is central, essential to the maintenance of the rule of law itself. I discuss the contents and contours of the core jurisdiction below.

The second aspect of the *Reference re Young Offenders Act* decision which figures in my analysis here is the precise issue which was determined at that time. In that case, four constitutional questions were addressed:

1. Is the *Young Offenders Act* . . . unconstitutional on the basis and to the extent that it does not specifically require that the Youth Court be presided over by a Judge appointed pursuant to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?
 2. Is the establishment by a Province of a Youth Court as defined by s. 2 of the *Young Offenders Act* within the legislative competence of the Province pursuant to s. 92 of the *Constitution Act, 1867*?
 3. (a) Is the appointment of a Youth Court Judge an appointment which must be made by the Governor in Council pursuant to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*?
- (b) If the answer to (a) is no,
- (i) Can a Provincial Court Judge be appointed a Judge of the Youth Court by the Lieutenant Governor in Council?
 - (ii) Can a Supreme Court Judge be appointed a Judge of the Youth Court by the Lieutenant Governor in Council?

fondamentale des cours supérieures. Les cours supérieures possèdent une compétence fondamentale ou inhérente qui fait partie intégrante de leur fonctionnement. Aucun des ordres de gouvernement ne peut retirer à une cour supérieure cette compétence fondamentale, sans que ne soit modifiée la Constitution. Sans cette compétence fondamentale, on ne pourrait dire que l'art. 96 garantit l'uniformité du système judiciaire dans tout le pays ou qu'il protège l'indépendance de la magistrature. De plus, le pouvoir qu'a une cour supérieure de contrôler pleinement sa propre procédure est essentiel au maintien de la primauté du droit à l'intérieur de notre système où la cour supérieure de compétence générale joue un rôle de premier plan. J'examinerai plus loin le contenu et les particularités de cette compétence fondamentale.

Le deuxième aspect du *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants*, que je retiens aux fins de mon analyse en l'espèce, est la question qui avait justement été tranchée dans ce renvoi. Voici les quatre questions constitutionnelles qui avaient alors été examinées:

1. La *Loi sur les jeunes contrevenants* [. . .] est-elle inconstitutionnelle dans la mesure où elle n'exige pas expressément que le tribunal pour adolescents soit présidé par un juge nommé conformément à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
 2. L'établissement par une province d'un tribunal pour adolescents au sens de l'art. 2 de la *Loi sur les jeunes contrevenants* relève-t-il de la compétence législative de la province, conformément à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
 3. a) La nomination d'un juge du tribunal pour adolescents doit-elle être faite par le gouverneur en conseil, conformément à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?
- b) Si la réponse donnée à a) est négative,
- (i) Le juge d'une cour provinciale peut-il être nommé juge du tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil?
 - (ii) Le juge d'une cour suprême peut-il être nommé juge du tribunal pour adolescents par le lieutenant-gouverneur en conseil?

These questions demonstrate that our review of the legislation at the time was undertaken from a broad perspective in light of the overall policy aims of the Act. In particular, the focus of the inquiry was judicial appointments and the establishment of youth courts. Our approval of the *Young Offenders Act* at that time does not preclude a separate analysis in this case of whether a particular provision of that Act meets constitutional requirements.

Ces questions montrent que nous avons alors examiné la loi en cause sous un angle général, en fonction de l'ensemble de ses objectifs de principe. En particulier, notre examen avait porté sur la nomination des juges et la constitution de tribunaux pour adolescents. Notre approbation de la *Loi sur les jeunes contrevenants* à l'époque ne nous empêche pas de procéder, en l'espèce, à une analyse distincte de la question de savoir si une disposition particulière de cette loi satisfait aux exigences de la Constitution.

¹⁷ In addition, my characterization of the issue, which was accepted by my colleagues, stated (at p. 268):

I am of the view that the jurisdiction in issue here should be characterized as jurisdiction over young persons charged with a criminal offence. I do not mean to say that Youth Courts' jurisdiction is limited to criminal offences but I think it appropriate to limit the inquiry of this Court to the facts of this case. The Court has not had the benefit of hearing arguments on the jurisdiction of the superior and inferior courts on matters other than criminal offences, nor has the issue been examined in the factums. [Emphasis added.]

De plus, dans ma qualification de la question en litige, que mes collègues ont acceptée, j'affirme (à la p. 268):

Je suis d'avis que la compétence en cause devrait être définie comme la compétence à l'égard d'adolescents inculpés d'une infraction criminelle. Je ne veux pas dire que la compétence des tribunaux pour adolescents se limite aux infractions criminelles, mais j'estime qu'il convient de restreindre l'analyse de notre Cour aux faits de l'espèce. La Cour n'a pas eu l'occasion d'entendre des arguments au sujet de la compétence des tribunaux inférieurs et des cours supérieures sur d'autres questions que les infractions criminelles, pas plus d'ailleurs que ce point n'a été examiné dans les mémoires. [Je souligne.]

In the *Young Offenders Act* "offence" is defined as "an offence created by an Act of Parliament or by any regulation, rule, order, by-law or ordinance made thereunder other than an ordinance of the Yukon Territory or the Northwest Territories". As a common law provision, contempt of court is not, therefore, an offence within the meaning of the Act. On this strict interpretation, the *Young Offenders Act* decision cannot be said to preclude us from considering whether the contempt of court provisions of that Act offend s. 96. Reasoning more broadly, my characterization of the issue clearly stated that some aspects of the youth courts' jurisdiction were not considered by the Court at that time. Contempt of court powers granted by s. 47 of the Act were one of those aspects.

Dans la *Loi sur les jeunes contrevenants*, le terme «infraction» s'entend de «[t]oute infraction créée par une loi fédérale ou par ses textes d'application: règlement, règle, ordre, décret, arrêté, règlement administratif ou ordonnance, à l'exclusion des ordonnances du territoire du Yukon ou des Territoires du Nord-Ouest». En tant que création de la common law, l'outrage au tribunal ne constitue donc pas une infraction au sens de la Loi. Suivant cette interprétation stricte, on ne saurait dire que le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants* nous empêche d'examiner si les dispositions en matière d'outrage au tribunal, contenues dans cette loi, contreviennent à l'art. 96. D'une manière plus générale, ma qualification de la question précisait clairement que certains aspects de la compétence des tribunaux pour adolescents n'ont pas, à l'époque, été examinés par notre Cour. Les pouvoirs en matière d'outrage au tribunal conférés par l'art. 47 sont un de ces aspects.

The *Reference re Young Offenders Act* decision states explicitly that there is a core jurisdiction of superior court powers which cannot be removed by either level of government in the absence of a constitutional amendment. It also leaves open the specific question of whether individual provisions of the Act may offend s. 96 even though the overall scheme of the Act does not. While it was not required in that case, *Reference re Young Offenders Act* mandates a two-stage analysis in cases like the present. The first stage, following the jurisprudence of *Residential Tenancies* and *Sobeys Stores*, is to consider whether the grant of jurisdiction is permissible. The second stage, considering the emphasis on core jurisdiction in *Reference re Young Offenders Act*, is to decide whether the superior court's jurisdiction can be ousted. In other words, the second stage weighs whether an exclusive grant of jurisdiction is permissible.

B. *Is the Grant of Jurisdiction Permissible?*

(1) Characterization

The first step in analysing whether a grant of jurisdiction infringes s. 96 is to properly characterize the provision in question. The provision here is not adequately described by the characterization I set out in *Reference re Young Offenders Act*. There the jurisdiction at stake was "jurisdiction over young persons charged with a criminal offence" (p. 268). In addition to being overly broad for this case, this characterization is inappropriate given the nature of criminal contempt of court. Unlike my colleague, I find that the history of contempt of court, academic commentary, and indeed the provisions of the *Young Offenders Act* and the *Criminal Code*, all reinforce the view that criminal contempt of court is unique among crimes. It may even be inappropriate to call it a crime. A careful consideration of the nature of criminal contempt of court is essential to properly characterizing the

Le Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants mentionne explicitement que les cours supérieures possèdent une compétence fondamentale qu'un ordre ou l'autre de gouvernement ne peut leur retirer sans une modification de la Constitution. Ce renvoi laisse également entière la question précise de savoir si certaines dispositions de la Loi peuvent contrevenir à l'art. 96, même si l'économie générale de la Loi n'y contrevient pas. Même s'il n'était pas nécessaire de procéder à une analyse en deux étapes dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants*, ce renvoi commande une telle analyse dans des cas comme la présente affaire. Conformément au *Renvoi sur la location résidentielle* et à l'arrêt *Sobeys Stores*, la première étape consiste à examiner si l'attribution de compétence est acceptable. Compte tenu de l'accent mis sur la compétence fondamentale dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants*, la deuxième étape consiste à décider si la compétence de la cour supérieure peut être écartée. En d'autres termes, à la deuxième étape, on examine si une attribution exclusive de compétence est acceptable.

B. *L'attribution de compétence est-elle acceptable?*

(1) La qualification

En examinant si une attribution de compétence empiète sur l'art. 96, la première étape consiste à bien qualifier la disposition en question. La qualification que j'ai faite dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants* ne décrit pas bien la disposition dont il est question en l'espèce. Dans ce renvoi, la compétence en cause était «la compétence à l'égard d'adolescents inculpés d'une infraction criminelle» (p. 268). En plus d'être trop générale pour les fins de la présente affaire, cette qualification ne convient pas si on considère la nature de l'outrage criminel au tribunal. Contrairement à ma collègue, je conclus que l'historique de l'outrage au tribunal, la doctrine et, en fait, les dispositions de la *Loi sur les jeunes contrevenants* et du *Code criminel* renforcent tous le point de vue selon lequel l'outrage criminel au tribunal est un crime unique en son genre. Il se pourrait même

power being transferred by s. 47(2) of the *Young Offenders Act*.

20

The authoritative history of contempt of court was written by Sir John Fox in 1927 (*The History of Contempt of Court: The Form of Trial and the Mode of Punishment* (reprinted 1972)). In his introductory remarks, he states that contempt of court has been a recognized phrase in English law from the twelfth century to the present time, and continues (at p. 1):

The punishment of contempt is the basis of all legal procedure and implies two distinct functions to be exercised by the Court: (a) enforcement of the process and orders of the Court, disobedience to which may be described as 'civil contempt', and (b) punishment of other acts which hinder the administration of justice, such as disturbing the proceedings of the Court while it is sitting (contempt in court) or libelling a Judge or publishing comments on a pending case (contempt out of court), which are both distinguished as 'criminal contempt'.

The distinction he draws between civil and criminal contempt does not precisely correspond with the distinction drawn in contemporary Canadian law, but this is of little import given the difficulties in establishing that distinction. He does note, also, that some contempts are both civil and criminal. Fox's work demonstrates that the punishment of contempt predated the development of criminal law.

21

Discussing the law of contempt in England, which has been partially codified by the *Contempt of Court Act 1981* (U.K.), 1981, c. 49, C. J. Miller states:

Although criminal contempt of court is a criminal offence punishable in the superior courts by an unlimited fine or a fixed period of imprisonment of up to two years it has many characteristics which distinguish it from ordinary crimes. Indeed these characteristics are so marked that criminal contempt may be said to be an offence *sui generis*.

(*Contempt of Court* (1989), at p. 5.)

qu'il ne convienne pas de le qualifier de crime. Il est essentiel de faire un examen approfondi de la nature de l'outrage criminel au tribunal pour bien qualifier le pouvoir transféré par le par. 47(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*.

C'est sir John Fox qui a rédigé, en 1927, l'historique de l'outrage au tribunal, qui fait autorité (*The History of Contempt of Court: The Form of Trial and the Mode of Punishment* (réimprimé 1972)). Dans ses remarques préliminaires, l'auteur affirme que l'outrage au tribunal existe en droit anglais depuis le douzième siècle, et il poursuit (à la p. 1):

[TRADUCTION] La peine pour outrage est le fondement de toutes les poursuites judiciaires et sous-entend l'existence de deux fonctions distinctes que doit remplir le tribunal: a) l'exécution des actes de procédure et des ordonnances du tribunal, dont le non-respect peut être décrit comme un «outrage civil», et b) la peine infligée pour d'autres actes qui entravent l'administration de la justice, comme perturber les procédures du tribunal pendant qu'il siège (outrage commis au cours des audiences du tribunal), diffamer un juge ou publier des commentaires sur une affaire en instance (outrage en dehors des audiences du tribunal), qui sont tous deux perçus comme «un outrage criminel».

La distinction que l'auteur fait entre l'outrage civil et l'outrage criminel ne correspond pas exactement à la distinction qui est faite dans le droit canadien contemporain; cependant, cela n'a pas beaucoup d'importance compte tenu des difficultés d'établir cette distinction. L'auteur fait aussi remarquer que certains outrages sont à la fois civils et criminels. L'ouvrage de Fox montre que l'outrage au tribunal était puni avant même que le droit criminel existe.

Dans son examen du droit en matière d'outrage en Angleterre, qui a été codifié en partie par la *Contempt of Court Act 1981* (R.-U.), 1981, ch. 49, C. J. Miller affirme:

[TRADUCTION] Bien que l'outrage criminel au tribunal soit une infraction criminelle punissable, devant les cours supérieures, d'une amende indéterminée ou d'un emprisonnement maximal de deux ans, il possède de nombreuses caractéristiques qui le distinguent des crimes ordinaires. En fait, ces caractéristiques sont si prononcées que l'on peut dire que l'outrage criminel est une infraction *sui generis*.

(*Contempt of Court* (1989), à la p. 5.)

Among the unique characteristics of contempt which Miller notes are the summary process by which some contempts are tried, the manner of initiating proceedings, how evidence is given, and sentencing. Borrie and Lowe also address the relationship between criminal contempt and other crimes:

In so far as contempt constitutes a crime it is best to regard it as a crime that is *sui generis* since there are a number of peculiarities associated with the offence of which perhaps the outstanding example is the summary process by which such crimes are prosecuted.

(*Borrie and Lowe's Law of Contempt* (2nd ed. 1983), at p. 3.)

Commenting in the Canadian context on the parallels between certain *Criminal Code* provisions which create offences dealing with the administration of justice, Adrian Popovici writes:

[TRANSLATION] The parallel and complementary role of contempt of court in our system is explained by the characterization of *power* which we have given it. Contempt of court can only be understood by considering that it is part power and part offence. In fact, one could imagine a system in which contempt of court was eliminated completely and replaced by a number of criminal offences or penal sanctions. The elimination of contempt of court would be the elimination of the summary procedure, which can be explained historically only by the power aspect of contempt of court. [Emphasis in original.]

(*L'outrage au tribunal* (1977), at p. 130.)

While it is indeed possible to conceive of a system where all of the contempt powers are transformed into codified offences, such a system would be antithetical to ours, where the superior court of general jurisdiction plays the central role.

Both the *Criminal Code* and the *Young Offenders Act* treat contempt of court distinctly from criminal offences. When common law offences

Parmi les caractéristiques exceptionnelles de l'outrage que souligne Miller, il y a les poursuites par procédure sommaire auxquelles donnent lieu certains outrages, la façon de déclencher des procédures, la façon de présenter la preuve et la détermination de la peine. Borrie et Lowe examinent également le rapport entre l'outrage criminel et d'autres crimes:

[TRADUCTION] Dans la mesure où l'outrage constitue un crime, il vaut mieux le considérer comme un crime *sui generis* puisqu'il comporte un certain nombre de particularités dont l'illustration peut-être la plus frappante est qu'il donne lieu à des poursuites par procédure sommaire.

(*Borrie and Lowe's Law of Contempt* (2^e éd. 1983), à la p. 3.)

Dans le commentaire qu'il fait, en contexte canadien, sur les parallèles qui existent entre certaines dispositions du *Code criminel* qui créent des infractions relatives à l'administration de la justice, Adrian Popovici écrit:

Le rôle parallèle et complémentaire de l'outrage au tribunal dans notre système s'explique par la qualification de *pouvoir* que nous lui avons donnée. L'outrage au tribunal ne peut être compris qu'en faisant la part de ce qui est pouvoir et de ce qui est infraction. En définitive on pourrait concevoir un système dans lequel l'outrage au tribunal serait complètement supprimé pour être remplacé par un certain nombre d'infractions criminelles ou de sanctions pénales. La suppression de l'outrage au tribunal serait la suppression de la procédure sommaire, qui ne s'explique historiquement que par l'aspect pouvoir de l'outrage au tribunal. [En italique dans l'original.]

(*L'outrage au tribunal* (1977), à la p. 130.)

Même s'il est effectivement possible de concevoir un système dans lequel tous les pouvoirs en matière d'outrage seraient transformés en des infractions codifiées, ce système serait complètement différent du nôtre, où c'est la cour supérieure de juridiction générale qui joue le rôle central.

Le *Code criminel* et la *Loi sur les jeunes contrevenants* traitent, tous les deux, l'outrage au tribunal différemment des infractions criminelles. Lors de

were abolished in 1955, the power to punish contempt of court was specifically preserved for the courts. This provision in the *Code* remains to this day in s. 9. Section 47 of the *Young Offenders Act*, dealing with various contempt of court provisions, is included in the Act separately from the main body of the statute dealing with criminal offences. Despite a general grant of exclusive jurisdiction to the youth courts in s. 5, a separate exclusive grant of jurisdiction is made in s. 47(2). As I noted above, the definition of "offence" in the Act excludes contempt of court.

24 On the basis of the history of contempt of court, academic commentary, and the overall scheme of the *Criminal Code* and the *Young Offenders Act*, I am persuaded that criminal contempt of court has distinct characteristics from other crimes. By history and procedure, as well as its links with the inherent jurisdiction of superior courts which I discuss below, criminal contempt of court can be distinguished from other criminal offences. While other crimes occur in society and the law merely defines or criminalizes them, contempt of court does not occur in the absence of a court. Having considered the nature of criminal contempt of court, I will now proceed to characterize the power transferred by s. 47(2) of the *Young Offenders Act* and apply the test outlined in *Residential Tenancies*.

25 A proper characterization for s. 96 purposes must be narrow and consider the nature of the dispute. While I noted in *Reference re Young Offenders Act* that the nature of the dispute provides little assistance in criminal law, this is not the case here as contempt of court is distinctive. The dispute is one between the individual and the court itself. *Ex facie* criminal contempt of superior courts committed by youths has some aspects of a crime and some aspects of a *sui generis* court power. A proper characterization must be narrow enough to reflect both these aspects. I would therefore characterize the jurisdiction transferred by s. 47(2) as

l'abolition des infractions de common law en 1955, les tribunaux ont expressément conservé le pouvoir de punir l'outrage au tribunal. Cela est encore prévu à l'art. 9 de notre *Code*. L'article 47 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, qui traite de diverses dispositions en matière d'outrage au tribunal, figure séparément de la partie principale de la Loi qui porte sur des infractions criminelles. Bien qu'il y ait, à l'art. 5, une attribution générale de compétence exclusive aux tribunaux pour adolescents, on trouve, au par. 47(2), une attribution distincte de compétence exclusive. Comme je l'ai déjà mentionné, la définition du terme «infraction» dans la Loi ne comprend pas l'outrage au tribunal.

Compte tenu de l'historique de l'outrage au tribunal, de la doctrine et de l'économie générale du *Code criminel* et de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, je suis convaincu que l'outrage criminel au tribunal possède des caractéristiques distinctes de celles des autres crimes. De plus, de par son historique et sa procédure, et de par ses liens avec la compétence inhérente des cours supérieures, que j'examinerai plus loin, l'outrage criminel au tribunal peut également se distinguer des autres infractions criminelles. Bien qu'il existe, dans notre société, d'autres crimes que la loi ne fait que définir ou criminaliser, il n'y a pas d'outrage au tribunal en l'absence du tribunal. Après avoir examiné la nature de l'outrage criminel au tribunal, je passe maintenant à la qualification du pouvoir transféré par le par. 47(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* et j'appliquerai le critère exposé dans le *Renvoi sur la location résidentielle*.

Une bonne qualification aux fins de l'art. 96 doit être restrictive et tenir compte de la nature du litige. Même si j'ai fait remarquer dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants* que la nature du litige est de peu d'utilité en droit criminel, ce n'est pas le cas en l'espèce puisque l'outrage au tribunal est distinct. Le litige est entre la personne et le tribunal même. L'outrage criminel commis en dehors des audiences d'une cour supérieure par un adolescent comporte certains aspects d'un crime et certains aspects d'un pouvoir judiciaire *sui generis*. Une bonne qualification doit être suffisamment restrictive pour refléter ces deux

the power to punish youths for *ex facie* contempt of a superior court.

(2) The Residential Tenancies Test

Having settled on a characterization of the power being transferred, the three branches of the *Residential Tenancies* test are quickly dealt with in this case. Power to punish youths for *ex facie* contempt of superior courts was within the jurisdiction of superior courts at Confederation. Under the second branch of the test, this power obviously remains judicial in nature even in its new institutional setting. Nonetheless, when considering the institutional function of the youth courts, a transfer of this power is permissible. As we elaborated in *Reference re Young Offenders Act*, the policy objectives of the youth court system are clear and laudable. Our society wishes to establish different treatment for youths accused of criminal offences than for adults. Youth courts have an expertise in providing procedural protections appropriate for youths and in deciding punishments for convicted young offenders. The power to punish youths for *ex facie* contempt of superior courts is indeed a mere ancillary to these primary functions. Accordingly, granting jurisdiction to punish youth for *ex facie* contempt of superior courts does not infringe s. 96. What remains to be considered, however, is whether this jurisdiction can be granted to the exclusion of superior courts.

C. *Can the Superior Courts' Jurisdiction Be Removed?*

In the case of transfers of jurisdiction which are within the inherent powers of a superior court, the

aspects. Je suis en conséquence d'avis de qualifier la compétence transférée par le par. 47(2) comme étant le pouvoir de punir des adolescents pour outrage commis en dehors des audiences d'une cour supérieure.

(2) Le critère du Renvoi sur la location résidentielle

Une fois réglée la question de la qualification du pouvoir transféré, il est possible de statuer rapidement sur les trois volets du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*. À l'époque de la Confédération, le pouvoir de punir des adolescents pour outrage commis en dehors des audiences d'une cour supérieure relevait de la compétence des cours supérieures. Selon le deuxième volet du critère, ce pouvoir continue manifestement d'être de nature judiciaire même dans son nouveau cadre institutionnel. Néanmoins, compte tenu de la fonction institutionnelle des tribunaux pour adolescents, un transfert de ce pouvoir est acceptable. Comme nous l'avons précisé dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants*, les objectifs de principe du régime de tribunaux pour adolescents sont clairs et louables. Notre société souhaite traiter différemment des adultes les adolescents accusés d'avoir commis une infraction criminelle. Les tribunaux pour adolescents possèdent une expertise pour ce qui est d'offrir des garanties procédurales propres aux adolescents et de décider des peines à imposer aux jeunes contrevenants déclarés coupables. Le pouvoir de punir des adolescents pour outrage commis en dehors des audiences d'une cour supérieure est, en fait, simplement accessoire à ces fonctions principales. En conséquence, l'attribution de compétence pour punir des adolescents pour outrage commis en dehors des audiences d'une cour supérieure ne viole pas l'art. 96. Cependant, il reste à examiner si cette compétence peut être conférée de façon à exclure celle des cours supérieures.

C. *La compétence des cours supérieures peut-elle être retirée?*

Dans le cas des transferts de compétence qui relèvent des pouvoirs inhérents d'une cour

Residential Tenancies test does not provide a framework for analysing the most important aspect of constitutional infringement. The true problem in this case is the exclusivity of the grant. The impugned section of the *Young Offenders Act* clearly states that exclusive jurisdiction over *ex facie* contempt of court is transferred to the youth court. The plain meaning of this section is that the corresponding part of the superior court's jurisdiction is removed. Otherwise, the word "exclusive" would have no meaning in this sentence. Indeed, it is not used in s. 47(3) which deals with *in facie* contempt. As my colleague McLachlin J. notes, in most instances where a s. 96 analysis is employed, the grant of jurisdiction is exclusive. The requirement to consider whether the corresponding removal of jurisdiction is valid only arises when the core jurisdiction of superior courts is affected. In many instances, therefore, the *Residential Tenancies* test provides a complete answer to the constitutional query.

supérieure, on ne peut se servir du critère du *Renvoi sur la location résidentielle* pour analyser l'aspect le plus important de la violation de la Constitution. Le véritable problème en l'espèce est celui de l'exclusivité de l'attribution. La disposition attaquée de la *Loi sur les jeunes contrevenants* précise clairement que la compétence exclusive en matière d'outrage commis en dehors des audiences d'un tribunal est transférée au tribunal pour adolescents. Cette disposition signifie nettement que la partie correspondante de la compétence de la cour supérieure est retirée, sinon le terme «exclusive» utilisé dans cette phrase n'aurait aucun sens. En fait, ce terme n'est pas utilisé au par. 47(3) qui traite de l'outrage commis au cours des audiences d'un tribunal. Comme ma collègue le juge McLachlin le fait remarquer, dans la plupart des cas où il y a recours à une analyse fondée sur l'art. 96, la compétence accordée est exclusive. Ce n'est que lorsque la compétence fondamentale des cours supérieures est touchée que naît l'obligation d'examiner la validité du retrait correspondant de compétence. En conséquence, dans bien des cas, le critère du *Renvoi sur la location résidentielle* fournit une réponse complète à la question constitutionnelle.

28

To determine whether either Parliament or a provincial legislature may remove part of the superior court's jurisdiction, we must consider the contours and contents of the "core" or "inherent" jurisdiction of superior courts. On the facts of this appeal, the British Columbia Supreme Court being the superior court involved, we need only consider whether this jurisdiction can be removed from superior courts of general jurisdiction, that is, the provincial superior courts. Whether jurisdiction to punish youth for *ex facie* contempt of statutorily constituted superior courts can be removed from those courts is a question for another day since neither the parties nor the courts below addressed the issue of whether a distinction might exist between these two kinds of superior courts.

Pour déterminer si le législateur fédéral ou une législature provinciale peut retirer une partie de la compétence d'une cour supérieure, nous devons examiner les particularités et le contenu de la compétence «fondamentale» ou «inhérente» des cours supérieures. D'après les faits du présent pourvoi, étant donné que la cour supérieure en cause est la Cour suprême de la Colombie-Britannique, il nous faut seulement examiner s'il est possible de retirer cette compétence aux cours supérieures de juridiction générale, c'est-à-dire les cours supérieures provinciales. La réponse à la question de savoir s'il est possible de retirer à une cour supérieure créée par la loi la compétence pour punir des adolescents pour outrage commis en dehors de ses audiences est reportée à une autre occasion, puisque ni les parties ni les tribunaux d'instance inférieure n'ont abordé la question de savoir s'il pourrait y avoir une différence entre ces deux genres de cour supérieure.

The seminal article on the core or inherent jurisdiction of superior courts is I. H. Jacob's "The Inherent Jurisdiction of the Court" (1970), 23 *Current Legal Problems* 23. Jacob's work is a starting point for many discussions of the subject, figures prominently in analyses of contempt of court, and was cited with approval by Dickson C.J. in *B.C.G.E.U. v. British Columbia (Attorney General)*, [1988] 2 S.C.R. 214. While the particular focus of Jacob's work is the High Court of Justice in England, he notes that "[t]he English doctrine of the inherent jurisdiction of the court is reflected in most, if not all, other common law jurisdictions, though not so extensively in the United States" (p. 23, fn. 1). Moreover, the English judicial system is the historic basis of our system and is explicitly imported into the Canadian context by the preamble of the *Constitution Act, 1867*. The superior courts of general jurisdiction are as much the cornerstone of our judicial system as they are of the system which is Jacob's specific referent.

Discussing the history of inherent jurisdiction, Jacob says (at p. 25):

... the superior courts of common law have exercised the power which has come to be called "inherent jurisdiction" from the earliest times, and ... the exercise of such power developed along two paths, namely, by way of punishment for contempt of court and of its process, and by way of regulating the practice of the court and preventing the abuse of its process.

Regarding the basis of inherent jurisdiction, Jacob states (at p. 27):

... the jurisdiction to exercise these powers was derived, not from any statute or rule of law, but from the very nature of the court as a superior court of law, and for this reason such jurisdiction has been called "inherent." This description has been criticised as being "metaphysical" [cite omitted], but I think nevertheless that it is apt to describe the quality of this jurisdiction. For the essential character of a superior court of law necessarily involves that it should be invested with a power to maintain its authority and to prevent its process being obstructed and abused. Such a power is intrinsic in a superior court; it is its very life-blood, its very essence,

L'article de principe sur la compétence fondamentale ou inhérente des cours supérieures est celui de I. H. Jacob, intitulé «The Inherent Jurisdiction of the Court» (1970), 23 *Current Legal Problems* 23. L'article de Jacob, qui est le point de départ de nombreuses analyses de la question, occupe une place importante dans les analyses de l'outrage au tribunal et a été cité et approuvé par le juge en chef Dickson dans l'arrêt *B.C.G.E.U. c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 214. Bien que l'article de Jacob porte sur la Haute Cour de justice d'Angleterre, il souligne que [TRADUCTION] «[l]a règle anglaise de la compétence inhérente de la cour se reflète dans pratiquement tous les autres ressorts de common law, mais pas dans une aussi large mesure aux États-Unis» (p. 23, renvoi 1). De plus, le système judiciaire anglais est le fondement historique de notre système et il est explicitement incorporé dans le contexte canadien par le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les cours supérieures de juridiction générale sont la pierre angulaire autant de notre système judiciaire que du système auquel Jacob fait expressément référence.

En analysant l'historique de la compétence inhérente, Jacob dit (à la p. 25):

[TRADUCTION] ... les cours supérieures de common law exercent depuis toujours le pouvoir que l'on en est venu à qualifier de «compétence inhérente», et [...] l'exercice du pouvoir s'est fait de deux façons, à savoir en punissant pour outrage au tribunal et à sa procédure, et en réglementant la pratique de la cour et en empêchant que l'on abuse de sa procédure.

Quant au fondement de la compétence inhérente, Jacob affirme (à la p. 27):

[TRADUCTION] ... la compétence pour exercer ces pouvoirs émanait non pas d'une loi ou d'une règle de droit, mais de la nature même de la cour en tant que cour supérieure de justice, et c'est pour ce motif que l'on a qualifié cette compétence d'«inhérente». On a reproché à cette description d'être «métaphysique» [renvoi omis], mais je crois néanmoins qu'elle permet de décrire la qualité de cette compétence. En raison de son caractère essentiel, une cour supérieure de justice doit nécessairement être investie du pouvoir de maintenir son autorité et d'empêcher qu'on fasse obstacle à sa procédure ou qu'on en abuse. Il s'agit d'un pouvoir intrinsèque d'une

its immanent attribute. Without such a power, the court would have form but would lack substance. The jurisdiction which is inherent in a superior court of law is that which enables it to fulfil itself as a court of law. [Emphasis added.]

While inherent jurisdiction may be difficult to define, it is of paramount importance to the existence of a superior court. The full range of powers which comprise the inherent jurisdiction of a superior court are, together, its “essential character” or “immanent attribute”. To remove any part of this core emasculates the court, making it something other than a superior court.

31 Jacob also states that an inferior court of record has the inherent jurisdiction to punish summarily for *in facie* contempt, but jurisdiction to punish for *ex facie* contempt must be conferred explicitly by statute. This point is important in framing the issue before the Court in this case, for the problem with s. 47(2) of the *Young Offenders Act* is not the grant of jurisdiction to the youth court, but the removal of jurisdiction from the superior court.

32 Addressing the Canadian superior courts in particular, in the context of a discussion of constitutional judicial review, T. A. Cromwell states:

At the center of the Canadian conception of constitutional judicial review is the notion of the general jurisdiction superior courts of the provinces, which are the direct descendants of the English superior courts. The importance of these tribunals has been emphasized and reinforced in a variety of contexts. For example, the superior courts are said to possess “inherent jurisdiction” and to have original jurisdiction in any matter unless jurisdiction is clearly taken away by statute.

(“Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada” (1995), 46 *S.C. L. Rev.* 1027, at pp. 1030-31.)

cour supérieure; c’est son âme et son essence mêmes, son attribut immanent. Dénuée de ce pouvoir, la cour serait une entité ayant une forme mais aucune substance. La compétence inhérente d’une cour supérieure est celle qui lui permet de se réaliser en tant que cour de justice. [Je souligne.]

Bien que la compétence inhérente puisse être difficile à définir, elle revêt une importance majeure pour l’existence d’une cour supérieure. L’ensemble des pouvoirs compris dans la compétence inhérente d’une cour supérieure constitue «son caractère essentiel» ou son «attribut immanent». Lui retirer une partie de cette compétence fondamentale affaiblit la cour, en en faisant quelque chose d’autre qu’une cour supérieure.

Jacob affirme aussi qu’un tribunal inférieur d’archives a compétence inhérente pour punir par voie de procédure sommaire l’outrage commis au cours de ses audiences, mais que la compétence pour punir pour l’outrage commis en dehors de ses audiences doit lui être conférée explicitement par la loi. Cela est important dans la formulation de la question dont notre Cour est saisie, puisque le problème que pose le par. 47(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* est non pas l’attribution de compétence au tribunal pour adolescents, mais le fait de retirer compétence à la cour supérieure.

Au sujet plus particulièrement des cours supérieures canadiennes, T. A. Cromwell affirme, dans le cadre d’une analyse du contrôle judiciaire fondé sur la Constitution:

[TRADUCTION] On trouve, au cœur de la conception canadienne du contrôle judiciaire fondé sur la Constitution, la notion des cours supérieures de juridiction générale des provinces, qui descendent directement des cours supérieures anglaises. L’importance de ces tribunaux a été soulignée et renforcée dans divers contextes. Par exemple, on dit que les cours supérieures possèdent une «compétence inhérente» et qu’elles ont compétence en première instance pour connaître de toute affaire, sauf si une loi leur retire clairement cette compétence.

(«Aspects of Constitutional Judicial Review in Canada» (1995), 46 *S.C. L. Rev.* 1027, aux pp. 1030 et 1031.)

Although the inherent jurisdiction of superior courts is difficult to define, there is no doubt that the power to control its process and enforce its orders, through, in part, punishing for contempt, is within that jurisdiction. In an article which concludes that the inherent jurisdiction of superior courts is growing, at least in Australia, Keith Mason states that the “ubiquitous nature” of inherent jurisdiction “precludes any exhaustive enumeration of the powers which are thus exercised by the courts” (“The Inherent Jurisdiction of the Court” (1983), 57 *A.L.J.* 449, at p. 449). Following this qualification, Mason attempts to classify the functions of inherent jurisdiction which are clearly knowable by grouping them under four headings: (i) ensuring convenience and fairness in legal proceedings; (ii) preventing steps being taken that would render judicial proceedings ineffective; (iii) preventing abuse of process; and (iv) acting in aid of superior courts and in aid or control of inferior courts and tribunals. He includes the power to punish for contempt both *in facie* and *ex facie* under the first heading (at p. 452). That is, Mason recognizes that the power of a court to punish all forms of contempt is integral to its process.

The supervisory role which superior courts exercise over inferior courts, Mason’s fourth category, is of note here because s. 47(2) of the *Young Offenders Act* also limits the ability of the superior court to exercise its supervisory function in relation to the youth court by proscribing the superior court from punishing contempts of the youth court and of other inferior courts. Borrie and Lowe, *supra*, state that “[s]uperior courts of record have an inherent superintendent jurisdiction to punish contempts committed in connection with proceedings before inferior courts” (p. 316).

This Court’s jurisprudence has also contributed to outlining the contours of the inherent jurisdiction of superior courts. In *Crevier v. Attorney*

Bien que la compétence inhérente d’une cour supérieure soit difficile à définir, il n’y a pas de doute que le pouvoir de contrôler sa procédure et de mettre à exécution ses ordonnances, notamment en punissant l’outrage, relève de cette compétence. Dans un article qui conclut que la compétence inhérente des cours supérieures prend de l’ampleur, tout au moins en Australie, Keith Mason affirme que la [TRADUCTION] «nature omniprésente» de la compétence inhérente [TRADUCTION] «empêche toute énumération exhaustive des pouvoirs qui sont ainsi exercés par les tribunaux» («The Inherent Jurisdiction of the Court» (1983), 57 *A.L.J.* 449, à la p. 449). Après avoir formulé cette réserve, Mason tente de classer les fonctions de la compétence inhérente qui sont clairement identifiables, en les regroupant sous quatre rubriques: (i) assurer la commodité et l’équité des procédures judiciaires, (ii) empêcher la prise de mesures qui rendraient inefficaces les procédures judiciaires, (iii) empêcher l’abus de procédure, et (iv) aider les cours supérieures, et aider les tribunaux inférieurs et administratifs ou exercer un contrôle sur ceux-ci. Il situe sous la première rubrique le pouvoir de punir l’outrage commis au cours des audiences d’un tribunal ou en dehors de celles-ci (à la p. 452). Autrement dit, Mason reconnaît que le pouvoir d’un tribunal de punir toutes les formes d’outrage fait partie intégrante de sa procédure.

Le pouvoir de surveillance que les cours supérieures exercent sur les tribunaux inférieurs, quatrième catégorie de Mason, mérite d’être souligné ici parce que le par. 47(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* restreint aussi l’aptitude de la cour supérieure d’exercer son pouvoir de surveillance sur le tribunal pour adolescents, en lui interdisant de punir l’outrage au tribunal pour adolescents et à d’autres tribunaux inférieurs. Borrie et Lowe, *op. cit.*, affirment que [TRADUCTION] «[I]es cours supérieures d’archives ont une compétence inhérente de surveillance, qui leur permet de punir l’outrage lié à des procédures devant des tribunaux inférieurs» (p. 316).

La jurisprudence de notre Cour a également permis de souligner les particularités de la compétence inhérente des cours supérieures. Dans l’arrêt

General of Quebec, [1981] 2 S.C.R. 220, the Court considered whether the provincial legislature could grant the power to make final decisions on questions of jurisdiction to an appeal tribunal under Quebec's *Professional Code*. Writing for the Court, Laskin C.J. stated (at pp. 236-37):

It is true that this is the first time that this Court has declared unequivocally that a provincially-constituted statutory tribunal cannot constitutionally be immunized from review of decisions on questions of jurisdiction. In my opinion, this limitation, arising by virtue of s. 96, stands on the same footing as the well-accepted limitation on the power of provincial statutory tribunals to make unreviewable determinations of constitutionality. There may be differences of opinion as to what are questions of jurisdiction but, in my lexicon, they rise above and are different from errors of law, whether involving statutory construction or evidentiary matters or other matters. . . . [G]iven that s. 96 is in the *British North America Act* and that it would make a mockery of it to treat it in non-functional formal terms as a mere appointing power, I can think of nothing that is more the hallmark of a superior court than the vesting of power in a provincial statutory tribunal to determine the limits of its jurisdiction without appeal or other review. [Emphasis added.]

This decision establishes, therefore, that powers which are 'hallmarks of superior courts' cannot be removed from those courts.

36

In *Attorney General of Canada v. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 S.C.R. 307, the Court considered whether the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, ousted the jurisdiction of provincial superior courts to consider the constitutional validity of federal statutes. Estey J., writing for the Court, described the superior courts as follows (at pp. 326-27):

The provincial superior courts have always occupied a position of prime importance in the 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

Crevier c. Procureur général du Québec, [1981] 2 R.C.S. 220, notre Cour a examiné si une législature provinciale pouvait accorder à un tribunal d'appel, constitué en vertu du *Code des professions* du Québec, le pouvoir de rendre des décisions finales sur des questions de compétence. Le juge en chef Laskin affirme, au nom de notre Cour (aux pp. 236 et 237):

C'est la première fois, il est vrai, que cette Cour déclare sans équivoque qu'un tribunal créé par une loi provinciale ne peut être constitutionnellement à l'abri du contrôle de ses décisions sur des questions de compétence. À mon avis, cette limitation, qui découle de l'art. 96, repose sur le même fondement que la limitation reconnue du pouvoir des tribunaux créés par des lois provinciales de rendre des décisions sans appel sur des questions constitutionnelles. Il peut y avoir des divergences de vues sur ce que sont des questions de compétence, mais, dans mon vocabulaire, elles dépassent les erreurs de droit, dont elles diffèrent, que celles-ci tiennent à l'interprétation des lois, à des questions de preuve ou à d'autres questions. [. . .] [C]omme l'art. 96 fait partie de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et que ce serait le tourner en dérision que de l'interpréter comme un pouvoir de nomination simple et sans portée, je ne puis trouver de marque plus distinctive d'une cour supérieure que l'attribution à un tribunal provincial du pouvoir de délimiter sa compétence sans appel ni autre révision. [Je souligne.]

En conséquence, cet arrêt établit qu'un pouvoir qui constitue une «marque [. . .] distinctive d'une cour supérieure» ne peut être retiré à ce tribunal.

Dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Law Society of British Columbia*, [1982] 2 R.C.S. 307, notre Cour a examiné si la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10, écartait la compétence des cours supérieures provinciales pour examiner la constitutionnalité des lois fédérales. Le juge Estey, s'exprimant au nom de notre Cour, donne la description suivante des cours supérieures (aux pp. 326 et 327):

Les cours supérieures des provinces ont toujours occupé une position de premier plan à l'intérieur du régime constitutionnel de ce pays. Ces cours de compétence générale sont les descendantes des cours royales de justice. [. . .] [E]lles franchissent, pour ainsi dire, la ligne de partage des compétences fédérale et provinciale.

Finding that Parliament lacked the authority to remove the power of superior courts to rule on the validity of federal statutes, he stated (at p. 328) that:

To do so would strip the basic constitutional concepts of judicature of this country, namely the superior courts of the provinces, of a judicial power fundamental to a federal system as described in the *Constitution Act*.

This decision emphasizes the centrality of the superior courts to our constitutional and judicial system. In order for the superior courts to fulfil that central role, they must have the powers which are part of their essence as superior courts.

Commenting on the constitutional jurisprudence regarding courts, Cromwell, *supra*, concludes (at p. 1032):

Thus, through generous interpretation of the constitutional provisions governing appointment and independence of provincial superior court judges and a restrictive reading of the constitutional limits of jurisdiction on the Federal Court, the primacy of the provincial superior courts in constitutional judicial review has been maintained. The basic proposition is that the Canadian conception of constitutional judicial review is deeply committed to the supervisory role of the provincial superior courts, that is, the general jurisdiction trial courts in each province.

In the constitutional arrangements passed on to us by the British and recognized by the preamble to the *Constitution Act, 1867*, the provincial superior courts are the foundation of the rule of law itself. Governance by rule of law requires a judicial system that can ensure its orders are enforced and its process respected. In Canada, the provincial superior court is the only court of general jurisdiction and as such is the centre of the judicial system. None of our statutory courts has the same core jurisdiction as the superior court and therefore none is as crucial to the rule of law. To remove the power to punish contempt *ex facie* by youths would maim the institution which is at the heart of our judicial system. Destroying part of the core jurisdiction would be tantamount to abolishing the

En concluant que le Parlement n'a pas le pouvoir de retirer aux cours supérieures le pouvoir de statuer sur la validité de lois fédérales, le juge Estey affirme (à la p. 328):

S'il en était autrement, ces organismes judiciaires de base qu'a établis la Constitution de ce pays, notamment les cours supérieures des provinces, seraient dépouillés d'un pouvoir judiciaire fondamental dans un régime fédéral comme celui décrit dans la *Loi constitutionnelle*.

Cet arrêt fait ressortir le rôle crucial que les cours supérieures jouent à l'intérieur de notre régime constitutionnel et de notre système judiciaire. Pour qu'elles puissent s'acquitter de ce rôle crucial, les cours supérieures doivent avoir les pouvoirs qui constituent leur essence même.

Commentant la jurisprudence constitutionnelle relative aux tribunaux, Cromwell, *loc. cit.*, conclut (à la p. 1032):

[TRADUCTION] Ainsi, grâce à une interprétation libérale des dispositions constitutionnelles régissant la nomination et l'indépendance des juges des cours supérieures provinciales, et à une interprétation restrictive des limites de la compétence de la Cour fédérale sur le plan constitutionnel, on a maintenu la primauté des cours supérieures provinciales en matière de contrôle judiciaire fondé sur la Constitution. Fondamentalement, la conception canadienne du contrôle judiciaire fondé sur la Constitution accorde une importance considérable au rôle de surveillance des cours supérieures provinciales, c'est-à-dire les tribunaux de première instance de juridiction générale dans chaque province.

Selon les ententes constitutionnelles qui nous ont été transmises par l'Angleterre et qui sont reconnues dans le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les cours supérieures provinciales constituent le fondement de la primauté du droit. Pour assurer le maintien de la primauté du droit à l'intérieur du système de gestion publique, il doit exister un système judiciaire qui peut garantir l'exécution de ses ordonnances ainsi que le respect de sa procédure. Au Canada, la cour supérieure provinciale est la seule cour de juridiction générale et est de ce fait au cœur du système judiciaire. Aucune de nos cours créées par la loi ne possède la même compétence fondamentale que la cour supérieure et, en conséquence, aucune d'elles n'est aussi importante pour le maintien de la primauté du droit. Retirer le

superior courts of general jurisdiction, which is impermissible without constitutional amendment.

pouvoir de punir des adolescents pour outrage commis en dehors des audiences d'un tribunal mutilerait l'institution qui est au cœur de notre système judiciaire. Détruire une partie de la compétence fondamentale reviendrait à abolir les cours supérieures de juridiction générale, ce qui est inacceptable en l'absence d'une modification de la Constitution.

38 The core jurisdiction of the provincial superior courts comprises those powers which are essential to the administration of justice and the maintenance of the rule of law. It is unnecessary in this case to enumerate the precise powers which compose inherent jurisdiction, as the power to punish for contempt *ex facie* is obviously within that jurisdiction. The power to punish for all forms of contempt is one of the defining features of superior courts. The *in facie* contempt power is not more vital to the court's authority than the *ex facie* contempt power. The superior court must not be put in a position of relying on either the provincial attorney general or an inferior court acting at its own instance to enforce its orders. Furthermore, *ex facie* contempt is not limited to the enforcement of orders. It can include activities such as threatening witnesses or refusing to attend a proceeding (see *R. v. Vermette*, [1987] 1 S.C.R. 577). In addition, the distinction between *in facie* and *ex facie* contempt is not always easily drawn (see *B.C.G.E.U.*, *supra*), increasing the difficulty of saying one is more essential to the court's process than the other.

La compétence fondamentale des cours supérieures provinciales comprend les pouvoirs qui sont essentiels à l'administration de la justice et au maintien de la primauté du droit. Il est inutile en l'espèce d'énumérer les pouvoirs précis qui composent cette compétence inhérente, puisque le pouvoir de punir l'outrage commis en dehors des audiences du tribunal en fait partie de toute évidence. Le pouvoir de punir toutes les formes d'outrage est l'une des caractéristiques essentielles des cours supérieures. Le pouvoir de punir l'outrage commis au cours des audiences du tribunal n'est pas plus indispensable à l'autorité de la cour que celui de punir l'outrage commis en dehors des audiences. La cour supérieure ne doit pas avoir à s'en remettre au procureur général de la province ou à un tribunal inférieur, agissant de sa propre initiative, pour ce qui est d'exécuter ses ordonnances. De plus, l'outrage commis en dehors des audiences du tribunal ne se limite pas à l'exécution d'ordonnances. Il peut consister notamment à menacer des témoins ou à refuser de se présenter à une audience (voir *R. c. Vermette*, [1987] 1 R.C.S. 577). En outre, il n'est pas toujours facile de distinguer l'outrage commis en dehors des audiences du tribunal, de celui commis au cours de ses audiences (voir *B.C.G.E.U.*, précité), ce qui rend encore plus difficile de dire si l'un est plus essentiel que l'autre à la procédure de la cour.

39 Borrie and Lowe, *supra*, state that "[t]he power that courts of record enjoy to punish contempts is part of their *inherent* jurisdiction" (p. 314 (emphasis in original)). After referring to Jacob's work, which I have discussed earlier, they continue:

Borrie et Lowe, *op. cit.*, affirment que [TRADUCTION] «[l]e pouvoir de punir l'outrage que les cours d'archives possèdent fait partie de leur compétence *inhérente*» (p. 314 (en italique dans l'original)). Après avoir mentionné l'article de Jacob, que j'ai déjà analysé, les auteurs poursuivent en disant:

Such a power [to punish for contempt] is not derived from statute nor truly from the common law but instead flows from the very concept of a court of law.

Miller, *supra*, also links the contempt power directly to the core jurisdiction of superior courts (at p. 18):

From its ancient origins contempt of court has developed over the years as a creation of the superior courts, building on their inherent powers.

And later (at pp. 49-50):

In the case of contempt this inherent jurisdiction was linked historically to the notion of an affront to the King's justice with the equivalence between the sovereign and the courts in matters of contempt being relatively straightforward.

Canadian contempt of court case law also attests to the intertwining of superior court core jurisdiction and the contempt power. Writing for the Court in *Vermette, supra*, a case involving *ex facie* contempt, McIntyre J. said (at p. 581):

The power to deal with contempt as part of the inherent and essential jurisdiction of the courts has existed, it is said, as long as the courts themselves. . . . This power was necessary, and remains so, to enable the orderly conduct of the court's business and to prevent interference with the court's proceedings.

In *United Nurses of Alberta v. Alberta (Attorney General)*, [1992] 1 S.C.R. 901, Sopinka J., dissenting on another point, stated (at p. 944):

The common law has always jealously restricted the power to punish for criminal contempt. This is particularly true for contempt *ex facie* which was reserved to courts of superior jurisdiction.

Writing about contempt for the majority in *Chrysler Canada Ltd. v. Canada (Competition Tribunal)*, [1992] 2 S.C.R. 394, Gonthier J. asserted (at p. 405):

[TRANSCRIPTION] Ce pouvoir [de punir l'outrage] ne tire pas son origine de la loi ni véritablement de la common law, mais découle plutôt du concept même d'une cour de justice.

Miller, *op. cit.*, relie aussi directement le pouvoir en matière d'outrage à la compétence fondamentale des cours supérieures (à la p. 18):

[TRANSCRIPTION] Depuis son apparition, l'outrage au tribunal a évolué au fil des ans comme une création des cours supérieures, fondée sur leurs pouvoirs inhérents.

Puis il ajoute (aux pp. 49 et 50):

[TRANSCRIPTION] Dans le cas de l'outrage, cette compétence inhérente était historiquement liée à la notion d'un affront envers la justice du Roi, la notion d'équivalence entre le souverain et les cours de justice étant relativement simple en matière d'outrage.

La jurisprudence canadienne relative à l'outrage au tribunal témoigne également du lien étroit entre la compétence fondamentale des cours supérieures et le pouvoir en matière d'outrage. S'exprimant au nom de notre Cour dans l'arrêt *Vermette*, précité, une affaire d'outrage commis en dehors des audiences d'un tribunal, le juge McIntyre affirme (à la p. 581):

Le pouvoir de traiter l'outrage dans le cadre de la compétence inhérente et essentielle des tribunaux existe, dit-on, depuis aussi longtemps que les tribunaux eux-mêmes [. . .] Ce pouvoir était nécessaire et le demeure encore pour assurer la bonne marche des tribunaux et pour empêcher que l'on intervienne dans les procédures de la cour.

Dans l'arrêt *United Nurses of Alberta c. Alberta (Procureur général)*, [1992] 1 R.C.S. 901, le juge Sopinka, dissident sur un autre point, affirme (à la p. 944):

La common law a toujours jalousement restreint le pouvoir de punir pour outrage criminel. Cela est particulièrement vrai pour l'outrage *ex facie* qui est réservé aux cours de juridiction supérieure.

S'exprimant au nom de notre Cour à la majorité, relativement à la question de l'outrage, dans l'arrêt *Chrysler Canada Ltd. c. Canada (Tribunal de la concurrence)*, [1992] 2 R.C.S. 394, le juge Gonthier précise (à la p. 405):

Barring constitutional considerations, if a statute, read in context and given its ordinary meaning, clearly confers upon an inferior tribunal a jurisdiction that is enjoyed by the superior court at common law, while not depriving the superior court of its jurisdiction, it should be given effect. [Emphasis added.]

Later in the judgment he states (at p. 414):

Even if the Tribunal exercises powers that at common law belong to a superior court, it is still subject to full review by the Federal Court of Appeal. The Tribunal has none of the characteristics that would inspire fear for the integrity of the powers of superior courts.

These cases attest to the role of the contempt power as an essential attribute of superior courts.

41

In light of its importance to the very existence of a superior court, no aspect of the contempt power may be removed from a superior court without infringing all those sections of our Constitution which refer to our existing judicial system as inherited from the British, including ss. 96 to 101, s. 129, and the principle of the rule of law recognized both in the preamble and in all our conventions of governance. I agree with Macdonald J. who made the following statement in dealing with the identical issue:

In this case, the question should be whether parliament can remove from this court its inherent jurisdiction to maintain its authority by contempt proceedings. I would have no difficulty with a concurrent jurisdiction in the youth court in that regard in so far as young persons are concerned. The philosophy which underlies the Act is entitled to support, and has certainly received it from the Supreme Court of Canada. Just as adult offenders could be charged in the provincial courts under the *Criminal Code* for failure to comply with a court order, so young persons should be subject to being charged under the Act and dealt with in youth court.

It is quite another thing to deny this court the right to maintain its own authority.

(*Mount Currie Indian Band*, *supra*, at pp. 177-78.)

Sous réserve de considérations constitutionnelles, si une loi, interprétée dans son contexte et selon son sens ordinaire, confère clairement à un tribunal inférieur une compétence dont une cour supérieure jouit en common law, sans priver cette dernière de sa compétence, cette loi doit avoir effet. [Je souligne.]

Plus loin dans ses motifs, il affirme (à la p. 414):

Même si le Tribunal exerce des pouvoirs qui, en common law, appartiennent à une cour supérieure, il est quand même entièrement assujéti au contrôle de la Cour d'appel fédérale. Le Tribunal ne possède aucune des caractéristiques qui feraient craindre pour l'intégrité des pouvoirs des cours supérieures.

Ces arrêts montrent que le pouvoir en matière d'outrage est un attribut essentiel des cours supérieures.

Vu l'importance que ce pouvoir revêt quant à l'existence même des cours supérieures, aucun aspect de ce pouvoir ne peut leur être retiré sans contrevenir à toutes les dispositions de notre Constitution qui renvoient au système judiciaire dont nous avons hérité de l'Angleterre, y compris les art. 96 à 101 et l'art. 129, et au principe de la primauté du droit reconnu à la fois dans le préambule et dans toutes nos conventions de gestion publique. Je suis d'accord avec l'affirmation suivante que le juge Macdonald fait au sujet de la même question:

[TRADUCTION] En l'espèce, il faudrait déterminer si le législateur fédéral peut retirer à notre cour sa compétence inhérente pour assurer le maintien de son autorité au moyen des procédures en matière d'outrage. Je ne verrais aucun problème à ce que le tribunal pour adolescents possède une compétence concurrente en la matière lorsque des adolescents sont concernés. La philosophie sous-jacente de la Loi est digne d'appui, et elle a certainement reçu celui de la Cour suprême du Canada. De même que les contrevenants adultes pourraient faire l'objet d'accusations devant les cours provinciales, en vertu du *Code criminel*, parce qu'ils ont omis de se conformer à une ordonnance judiciaire, les adolescents devraient pouvoir être accusés en vertu de la Loi et jugés par le tribunal pour adolescents.

C'est une tout autre chose que de priver la cour du droit de maintenir sa propre autorité.

(*Mount Currie Indian Band*, précité, aux pp. 177 et 178.)

While it will in most instances be preferable for the youth court to try and punish a youth in *ex facie* contempt of a superior court, the provincial superior court's jurisdiction cannot be ousted. It will always be for the superior court to elect whether to hold contempt proceedings against a youth in order to exert control over its process, or to defer to the youth court. In addition, in cases where the youth court does proceed against a youth for contempt *ex facie* of a superior court, the provincial superior court retains its supervisory power to ensure that the lower court's disposition of the matter is correct. The full panoply of contempt powers is so vital to the superior court that even removing the jurisdiction in question here and transferring it to another court with judges appointed pursuant to s. 96 would offend our Constitution.

VII. Disposition

I would dismiss the appeal on the grounds that s. 47(2) is unconstitutional to the extent that it purports to confer exclusive jurisdiction on the youth court and to deprive a superior court of general jurisdiction of its *ex facie* contempt power. Section 47(2) is valid to the extent that it confers jurisdiction on the youth court. The section should be read down accordingly. As read down, the section is inoperative to deprive the superior court of its jurisdiction to convict the appellant of contempt in this case.

In light of this conclusion, I would answer the constitutional question as follows:

Is it within the jurisdiction of Parliament to grant exclusive jurisdiction to youth courts, through the operation of s. 47(2) of the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, over contempt of court committed by a young person against a superior court otherwise than in the face of that court?

Answer: No, not exclusive jurisdiction.

Même si, dans la plupart des cas, il sera préférable que le tribunal pour adolescents juge et punisse un adolescent pour outrage commis en dehors des audiences d'une cour supérieure, on ne peut écarter la compétence de la cour supérieure provinciale. Il appartiendra toujours à la cour supérieure de décider d'engager des procédures en matière d'outrage contre un adolescent afin d'exercer un contrôle sur sa procédure, ou de s'en remettre au tribunal pour adolescents. De plus, dans les cas où le tribunal pour adolescents juge un adolescent pour outrage commis en dehors des audiences d'une cour supérieure, la cour supérieure provinciale conserve son pouvoir de surveillance qui lui permet de garantir que la décision du tribunal d'instance inférieure est correcte. L'éventail complet des pouvoirs en matière d'outrage est si important pour la cour supérieure que même le fait de retirer la compétence en cause en l'espèce, pour la transférer à un autre tribunal dont les juges sont nommés conformément à l'art. 96, serait contraire à notre Constitution.

VII. Dispositif

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi pour le motif que le par. 47(2) est inconstitutionnel dans la mesure où il a pour objet de conférer compétence exclusive au tribunal pour adolescents et de priver une cour supérieure de juridiction générale de son pouvoir en matière d'outrage commis en dehors des audiences d'un tribunal. Le paragraphe 47(2) est valide dans la mesure où il confère compétence au tribunal pour adolescents. La disposition devrait donc recevoir une interprétation atténuée. Interprétée de façon atténuée, elle est sans effet pour ce qui est de priver la cour supérieure de son pouvoir de condamner l'appellant pour outrage en l'espèce.

À la lumière de cette conclusion, je répondrais à la question constitutionnelle de la façon suivante:

Le Parlement a-t-il, en vertu du par. 47(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, le pouvoir de conférer aux tribunaux pour adolescents la compétence exclusive en matière d'outrage au tribunal commis par un adolescent envers une cour supérieure en dehors de ses audiences?

Réponse: Non, pas la compétence exclusive.

The reasons of L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci and Major JJ. were delivered by

45 MCLACHLIN J. (dissenting) — J.P., aged 16, defied a court order which prohibited protest activities interfering with logging in Clayoquot Sound in British Columbia. He was tried in the British Columbia Supreme Court, convicted, and sentenced to 45 days in prison and fined \$1000: (1993), 12 C.E.L.R. (N.S.) 81 and 104. He appealed that conviction on the ground that the Supreme Court of British Columbia had no jurisdiction to try him, since s. 47(2) of the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, grants exclusive jurisdiction over *ex facie* contempt of court to the provincial youth courts.

46 The issue before us is a narrow one. Can Parliament confer upon youth courts the power to try youths for the offence of contempt outside the face of the court? Or do the superior courts created by s. 96 of the *Constitution Act, 1867* have exclusive power to try all charges of contempt, whether in or not in the face of the court?

The Enactments

47 Section 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, gives Parliament exclusive power over criminal law and procedure:

91. . . it is hereby declared that . . . the exclusive Legislative Authority of the Parliament of Canada extends to all Matters coming within the Classes of Subjects next hereinafter enumerated; that is to say, —

27. The Criminal Law, except the Constitution of Courts of Criminal Jurisdiction, but including the Procedure in Criminal Matters.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, McLachlin, Iacobucci et Major rendus par

LE JUGE MCLACHLIN (dissidente) — J.P., âgé de 16 ans, a désobéi à une ordonnance judiciaire interdisant la tenue de manifestations d'opposition gênant les opérations forestières à Clayoquot Sound, en Colombie-Britannique. Au terme d'un procès devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, il a été déclaré coupable et condamné à 45 jours d'emprisonnement ainsi qu'à une amende de 1 000 \$: (1993), 12 C.E.L.R. (N.S.) 81 et 104. Il a interjeté appel contre cette déclaration de culpabilité en faisant valoir que la Cour suprême de la Colombie-Britannique n'était pas compétente pour le juger, puisque le par. 47(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, confère aux tribunaux pour adolescents des provinces la compétence exclusive en matière d'outrage commis en dehors des audiences d'un tribunal.

La question dont nous sommes saisis est précise. Le Parlement peut-il habiliter les tribunaux pour adolescents à juger des adolescents pour l'infraction d'outrage commis en dehors des audiences du tribunal? Ou encore, les cours supérieures créées par l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont-elles le pouvoir exclusif de connaître de toutes les accusations d'outrage, que celui-ci ait été commis ou non au cours des audiences du tribunal?

Les textes de loi

Le paragraphe 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement la compétence exclusive en droit criminel ainsi qu'en procédure en matière criminelle:

91. . . il est par les présentes déclaré que [. . .] l'autorité législative exclusive du Parlement du Canada s'étend à toutes les matières tombant dans les catégories de sujets énumérés ci-dessous, à savoir:

27. le droit criminel, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle;

Pursuant to its power over criminal law and procedure, Parliament enacted s. 47 of the *Young Offenders Act*, which gives the youth courts exclusive jurisdiction to try contempt of court not in the face of the court committed by a young person, regardless of the court against which the contempt was committed:

47. . . .

(2) The youth court has exclusive jurisdiction in respect of every contempt of court committed by a young person against the youth court whether or not committed in the face of the court and every contempt of court committed by a young person against any other court otherwise than in the face of that court. [Emphasis added.]

The Court of Appeal ruled that the underlined portion of s. 47(2) is invalid because it transfers from the superior courts to the youth courts powers which can be transferred only by constitutional amendment, given the constitutionally protected status of s. 96 superior courts: (1994), 90 B.C.L.R. (2d) 24, 113 D.L.R. (4th) 368, 89 C.C.C. (3d) 217, 21 C.R.R. (2d) 116, 43 B.C.A.C. 1, 69 W.A.C. 1.

Section 96 of the *Constitution Act, 1867* creates and confers constitutional status on the superior courts:

96. The Governor General shall appoint the Judges of the Superior, District, and County Courts in each Province, except those of the Courts of Probate in Nova Scotia and New Brunswick.

Analysis

1. *The Test for Determining When Power May Be Transferred from Superior Courts*

(a) The Problem

One of the fundamental pillars upon which the Canadian Constitution rests is a unified national judiciary. This pillar in turn rests on a compromise made by the Fathers of Confederation in 1867. The provinces were given responsibility for the administration of justice under s. 92(14) of the

Conformément à son pouvoir en droit criminel et en procédure en matière criminelle, le Parlement a adopté l'art. 47 de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, qui confère aux tribunaux pour adolescents la compétence exclusive pour connaître de l'outrage au tribunal commis par un adolescent en dehors des audiences du tribunal, quel que soit ce tribunal:

47. . . .

(2) Le tribunal pour adolescents a compétence exclusive pour connaître de tout outrage au tribunal commis par un adolescent soit envers le tribunal pour adolescents au cours de ses audiences ou en dehors de ses audiences, soit envers tout autre tribunal en dehors des audiences de celui-ci. [Je souligne.]

La Cour d'appel a décidé que la partie du par. 47(2) que j'ai soulignée est invalide puisqu'on y retire aux cours supérieures, pour les attribuer aux tribunaux pour adolescents, des pouvoirs qui ne peuvent être transférés que par voie de modification constitutionnelle, étant donné que les cours supérieures visées à l'art. 96 sont protégées par la Constitution: (1994), 90 B.C.L.R. (2d) 24, 113 D.L.R. (4th) 368, 89 C.C.C. (3d) 217, 21 C.R.R. (2d) 116, 43 B.C.A.C. 1, 69 W.A.C. 1.

L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* crée les cours supérieures et leur confère un statut constitutionnel:

96. Le gouverneur général nommera les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province, sauf ceux des cours de vérification en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick.

Analyse

1. *Le critère applicable pour déterminer quand un pouvoir de cour supérieure peut être transféré*

a) Le problème

L'un des piliers de la Constitution canadienne est un système judiciaire national unifié. Ce pilier, lui, est le fruit d'un compromis fait en 1867 par les Pères de la Confédération. Le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* attribue aux provinces la responsabilité de l'administration de

48

49

50

51

Constitution Act, 1867 but under s. 96 the Governor General was given the power to appoint judges to the superior, district and county courts in each province. Section 100 obliges the Parliament of Canada to fix and pay the salaries of these judges. These sections, taken together, impose a regime of compulsory cooperation which has served for over a century to maintain a strong unified judicial presence throughout the country. The provinces establish and administer the s. 96 courts, the successors of the provincial superior courts in each territory at the time of Confederation. These courts in turn are united by the fact that they exercise similar jurisdiction, by the fact that their judges are federally appointed and paid, and by the fact that appeals lie from all to the Supreme Court of Canada, which exercises a unifying influence. The result is a network of related Canadian courts ensuring judicial independence, interprovincial uniformity, and minimum standards of decision making throughout the country. This in turn provides "a strong constitutional base for national unity": *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714, at p. 728, *per* Dickson J.

la justice, mais l'art. 96 confère au gouverneur général le pouvoir de nommer les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province. L'article 100 oblige le Parlement du Canada à fixer et à payer les traitements de ces juges. L'ensemble de ces dispositions impose un régime de coopération obligatoire qui, depuis plus d'un siècle, contribue au maintien d'une solide présence judiciaire unifiée dans tout le Canada. Les provinces établissent et administrent les cours visées à l'art. 96, cours qui, à l'époque de la Confédération, ont succédé aux cours supérieures provinciales de chaque territoire. Quant à ces tribunaux, ils ont en commun le fait qu'ils exercent une compétence similaire, que les juges qui les président sont nommés et rémunérés par le fédéral, et que leurs décisions peuvent faire l'objet d'un pourvoi devant notre Cour, d'où une influence unificatrice. Il en résulte un réseau de tribunaux canadiens connexes qui garantit l'indépendance judiciaire, l'uniformité entre les provinces et l'existence de normes minimales en matière décisionnelle partout au pays, ce qui offre un «fondement constitutionnel solide de l'unité nationale»: *Renvoi relatif à la Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, à la p. 728, le juge Dickson.

52

In this way the Canadian Constitution confers a special and inalienable status on what have come to be called the "section 96 courts". The unified national judicial system thus created cannot be destroyed or weakened. At the same time, however, the Constitution does not prevent either Parliament or the legislatures from passing laws regulating the powers and operations of the s. 96 courts; a strict separation of judicial and legislative powers is not a feature of the Canadian Constitution:

There is no general "separation of powers" in the Constitution Act, 1867. The Act does not separate the legislative, executive and judicial functions and insist that each branch of government exercise only "its own" function.

(P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3rd ed. 1992), at p. 184.)

Moreover, ss. 96 to 100 do not prevent Parliament or the legislatures from creating other courts and

C'est ainsi que la Constitution canadienne confère un statut spécial et inaliénable à ce qu'on en est venu à appeler les «cours visées à l'art. 96». Le système judiciaire national unifié ainsi créé ne peut être ni détruit ni affaibli. En même temps, la Constitution n'empêche pas le Parlement ou les législatures d'adopter des lois régissant les pouvoirs et les activités des cours visées à l'art. 96; la Constitution canadienne n'est pas caractérisée par une séparation stricte des pouvoirs judiciaire et législatif:

[TRADUCTION] La Loi constitutionnelle de 1867 ne prévoit pas une «séparation [générale] des pouvoirs». Elle ne sépare pas les fonctions législative, exécutive et judiciaire, et n'insiste pas pour que chaque secteur de gouvernement n'exerce que «ses propres» fonctions.

(P. W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (3^e éd. 1992), à la p. 184.)

De plus, les art. 96 à 100 n'empêchent pas le Parlement ou les législatures de créer d'autres tribunaux

tribunals, provided they do not threaten the constitutional position of the s. 96 courts.

In the years since Confederation, Parliament and the legislatures have created many specialized tribunals to supplement the work of the s. 96 courts. New problems have given rise to new schemes of regulation. New schemes of regulation in turn have created new problems of adjudication. And new problems of adjudication have given rise to new administrative tribunals. A number of reasons for the preference of Parliament and the legislatures for administrative tribunals with decision-making powers have been identified: the desire for a specialist body; the desire for innovation; the desire for a comprehensive investigative, adjudicative and policy-formation approach; and the problem of volume: see Hogg, *supra*, at p. 190. If they are to discharge their tasks, administrative tribunals must inevitably be clothed with powers which, before their time, were exercised exclusively by the s. 96 courts.

This brings us to the heart of the problem posed on this appeal: when may Parliament or the provincial legislatures confer powers exercised by s. 96 courts on inferior tribunals created for special purposes? Clearly, Parliament and the legislatures cannot be allowed to set up shadow courts exercising all or some of the powers of s. 96 courts. As Dickson J. stated in *Residential Tenancies, supra*, at p. 728:

... the intended effect of s. 96, would be destroyed if a province could pass legislation creating a tribunal, appoint members thereto, and then confer on the tribunal the jurisdiction of the superior courts. What was conceived as a strong constitutional base for national unity, through a unitary judicial system, would be gravely undermined.

On the other hand, short of impairing s. 96 courts, nothing in the Constitution suggests that

judiciaires et administratifs, pourvu qu'ils ne compromettent pas la position des cours visées à l'art. 96.

Depuis la Confédération, le Parlement et les législatures ont créé de nombreux tribunaux spécialisés qui viennent compléter la tâche des cours visées à l'art. 96. De nouveaux problèmes ont donné lieu à de nouveaux régimes de réglementation. Ces nouveaux régimes ont ensuite donné naissance à de nouveaux problèmes décisionnels. Et, ces nouveaux problèmes décisionnels ont donné lieu à la création de nouveaux tribunaux administratifs. On a cerné un certain nombre de raisons pour lesquelles le Parlement et les législatures préfèrent les tribunaux administratifs investis de pouvoirs décisionnels: le désir de mettre sur pied un organisme spécialisé, le désir d'innover, le désir d'établir une méthode complète en matière d'enquête, de décision et d'établissement de politiques, et le problème du volume de travail: voir Hogg, *op. cit.*, à la p. 190. Pour être en mesure de s'acquitter de leurs tâches, les tribunaux administratifs doivent nécessairement être investis de pouvoirs qui, auparavant, étaient exercés exclusivement par les cours visées à l'art. 96.

Cela nous amène au cœur du problème soulevé en l'espèce: quand le Parlement ou les législatures provinciales peuvent-ils conférer à des tribunaux inférieurs, constitués à des fins particulières, des pouvoirs exercés par les cours visées à l'art. 96? De toute évidence, le Parlement et les législatures ne sauraient être autorisés à constituer des cours de justice parallèles qui exerceraient tous les pouvoirs des cours visées à l'art. 96, ou une partie seulement de ceux-ci. Comme le juge Dickson le fait remarquer dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, précité, à la p. 728:

... on détruirait [...] l'effet qu'on voulait donner à l'art. 96 si une province pouvait adopter une loi créant un tribunal, nommer ses juges et lui attribuer la compétence des cours supérieures. Ce qu'on concevait comme un fondement constitutionnel solide de l'unité nationale, au moyen d'un système judiciaire unitaire, serait gravement sapé à sa base.

Par contre, rien dans la Constitution ne laisse entendre que le Parlement ne peut pas conférer à

Parliament should not be able to clothe inferior tribunals with s. 96 powers ancillary or necessary to their functioning. Moreover, many of the complex problems created by modern society require regulation by specialized administrative agencies. Effective regulation, in turn, may require a system of internal enforcement by specialized tribunals wielding some of the powers traditionally exercised by s. 96 courts.

des tribunaux inférieurs des pouvoirs visés à l'art. 96, qui sont accessoires ou nécessaires à leur fonctionnement, pourvu que cela n'affaiblisse pas les cours visées à l'art. 96. De plus, bien des problèmes complexes créés par la société moderne exigent une réglementation par des organismes administratifs spécialisés. En revanche, une réglementation efficace peut nécessiter un régime d'application interne par des tribunaux spécialisés qui exercent certains pouvoirs traditionnels des cours visées à l'art. 96.

55 Initially, the courts refused to accept that Parliament or the legislatures could ever transfer s. 96 powers to inferior tribunals. Over the years, however, they have come to recognize that such a draconian response is neither required to preserve the constitutional role of s. 96 courts, nor desirable in a society whose problems increasingly require specialized regulation. What is required is a test for transfer of s. 96 powers which balances the need to maintain a strong constitutional position of s. 96 courts with the need to provide sufficient scope for the creation of effective administrative tribunals.

Initialement, les cours de justice n'acceptaient pas que le Parlement ou les législatures puissent transférer à des tribunaux inférieurs des pouvoirs visés à l'art. 96. Cependant, au fil des ans, elles en sont venues à reconnaître qu'une attitude aussi radicale n'était ni nécessaire pour préserver le rôle des cours visées à l'art. 96 de la Constitution, ni souhaitable dans une société où les problèmes exigent de plus en plus une réglementation spécialisée. Ce qu'il faut, c'est appliquer au transfert de pouvoirs visés à l'art. 96 un critère qui établisse un équilibre entre la nécessité de maintenir les cours visées à l'art. 96 dans une position constitutionnelle solide et celle de laisser suffisamment de latitude pour pouvoir créer des tribunaux administratifs efficaces.

(b) Development of the Current Test

b) L'établissement du critère actuel

56 In 1938, the Judicial Committee of the Privy Council held that the Ontario legislature could not confer judicial powers on the Ontario Municipal Board: *Toronto v. York*, [1938] A.C. 415. Lord Atkin described s. 96 as one of the "three principal pillars in the temple of justice" (p. 426). His reasons proceed on the assumption that any attempt to confer a s. 96 function on an administrative tribunal is *ultra vires*.

En 1938, le Comité judiciaire du Conseil privé a statué que la législature de l'Ontario ne pouvait conférer des pouvoirs judiciaires à la Commission municipale de l'Ontario: *Toronto c. York*, [1938] A.C. 415. Lord Atkin a décrit l'art. 96 comme l'un des [TRADUCTION] «trois piliers principaux du temple de la justice» (p. 426). Il est parti de l'hypothèse que toute tentative d'attribuer une fonction visée à l'art. 96 à un tribunal administratif est inconstitutionnelle.

57 This injunction against any transfer of s. 96 powers was quickly recognized as unworkable. In *Reference re Adoption Act*, [1938] S.C.R. 398, this Court, *per* Duff C.J., held at p. 418 that the jurisdiction of inferior courts was not "fixed forever as it stood at the date of Confederation". Powers enjoyed by s. 96 courts at the time of

On a vite reconnu qu'il était impossible de mettre en œuvre une telle interdiction de transférer des pouvoirs visés à l'art. 96. Dans *Reference re Adoption Act*, [1938] R.C.S. 398, le juge en chef Duff a conclu à la p. 418, au nom de notre Cour, que la compétence des cours inférieures n'était pas [TRADUCTION] «fixée définitivement dans l'état où

Confederation could be removed from them and transferred to courts of inferior jurisdiction, provided the power removed “conform[s] to a type of jurisdiction generally exercisable by courts of summary jurisdiction” (p. 421). Reasoning that powers over adoption matters were similar to powers exercised by summary courts in England under the Poor Laws, Duff C.J. concluded that the transfer of power over such matters to magistrates was constitutional.

Duff C.J.’s formulation in the *Reference re Adoption Act* in turn proved too restrictive. It effectively froze the jurisdiction to transfer s. 96 powers at those of the summary courts of England. In *Labour Relations Board of Saskatchewan v. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134 (P.C.), Lord Simonds suggested that it was not necessary to establish an analogy with summary court jurisdiction; it sufficed to show that the power was not one traditionally falling to s. 96 courts.

The *John East* test also was ultimately found to unduly fetter the legislative prerogative. In *Tomko v. Labour Relations Board (Nova Scotia)*, [1977] 1 S.C.R. 112, the validity of a cease and desist order issued by the Nova Scotia Labour Relations Board was challenged on the ground that the power to issue such an order was analogous to the jurisdiction of the s. 96 courts to issue mandatory injunctions, and hence, on the test in *John East*, *ultra vires*. The Supreme Court resiled from the *John East* test. Clearly the mandatory orders at issue fell within the jurisdiction of s. 96 courts. But that was not the end of the matter. The transferred power must be considered in the context of the tribunal’s larger task: “it is not the detached jurisdiction or power alone that is to be considered but rather its setting in the institutional arrangements in which it

elle se trouvait le jour de la Confédération». Les pouvoirs dont jouissaient les cours visées à l’art. 96 à l’époque de la Confédération pouvaient leur être retirés pour être transférés à des cours de juridiction inférieure, à la condition que le pouvoir retiré [TRADUCTION] «correspond[e] [. . .] à la compétence généralement exercée par les cours de juridiction sommaire» (p. 421). Considérant que les pouvoirs en matière d’adoption étaient semblables aux pouvoirs exercés par les cours de juridiction sommaire anglaises en vertu des lois sur les pauvres, le juge en chef Duff a conclu que le transfert du pouvoir en la matière à des magistrats était constitutionnel.

La formulation du juge en chef Duff dans l’arrêt *Reference re Adoption Act* s’est révélée trop restrictive. Elle figeait la compétence de transférer des pouvoirs visés à l’art. 96 à celle des cours de juridiction sommaire en Angleterre. Dans l’arrêt *Labour Relations Board of Saskatchewan c. John East Iron Works, Ltd.*, [1949] A.C. 134 (C.P.), lord Simonds a affirmé qu’il n’était pas nécessaire d’établir une analogie avec la compétence des cours de juridiction sommaire; il suffisait de montrer que le pouvoir ne relevait pas traditionnellement des cours visées à l’art. 96.

On a finalement jugé que le critère de l’arrêt *John East* restreignait trop lui aussi la prérogative du législateur. Dans l’arrêt *Tomko c. Labour Relations Board (Nouvelle-Écosse)*, [1977] 1 R.C.S. 112, on contestait la validité d’une ordonnance de ne pas faire délivrée par la Commission des relations de travail de la Nouvelle-Écosse, en faisant valoir que le pouvoir de délivrer une telle ordonnance était analogue à la compétence qu’ont les cours visées à l’art. 96 pour délivrer des injonctions de faire, et était inconstitutionnel suivant le critère de l’arrêt *John East*. Notre Cour a rétracté le critère de l’arrêt *John East*. De toute évidence, les ordonnances de faire en cause relevaient de la compétence des cours visées à l’art. 96. Cependant, la question n’était pas réglée pour autant. Le pouvoir transféré doit être considéré dans le contexte de la tâche globale du tribunal: «il ne faut pas considérer la juridiction dans l’abstrait ou les pouvoirs en dehors du contexte, mais plutôt la façon

58

59

appears and is exercisable under the provincial legislation” (p. 120).

60 *Tomko* marks the debut of the modern test affirmed by this Court in *Residential Tenancies*. It was applied in *City of Mississauga v. Regional Municipality of Peel*, [1979] 2 S.C.R. 244, to uphold powers granted to the Ontario Municipal Board to resolve certain property disputes, a matter within the historical purview of the s. 96 courts. The Court asked itself what role this power played in the general role of the Municipal Board, and concluded that viewed in their “institutional setting, the ‘judicial powers’ to determine rights and liabilities . . . had been validly granted to the Municipal Board” (*Residential Tenancies*, *supra*, at p. 732).

61 The issue came before this Court once more in 1980 in *Residential Tenancies*. Dickson J., speaking for the Court, concluded at p. 733 that “[t]he teaching of *John East*, *Tomko*, and *Mississauga* is that one must look to the ‘institutional setting’ in order to determine whether a particular power or jurisdiction can validly be conferred on a provincial body”. He went on to state the following test (at pp. 733-34):

An administrative tribunal may be clothed with power formerly exercised by s. 96 courts, so long as that power is merely an adjunct of, or ancillary to, a broader administrative or regulatory structure. If, however, the impugned power forms a dominant aspect of the function of the tribunal, such that the tribunal itself must be considered to be acting ‘like a court’, then the conferral of the power is *ultra vires*.

On this approach, a “scheme is only invalid when the adjudicative function is a sole or central function of the tribunal . . . so that the tribunal can be said to be operating ‘like a s. 96 court’” (p. 736).

62 Dickson J. suggested a three-step approach to determining whether a transfer of power from a

dont ils s’imbriquent dans l’ensemble des institutions où ils se situent et s’exercent en vertu de la loi provinciale» (p. 120).

L’arrêt *Tomko* marque l’avènement du critère moderne confirmé par notre Cour dans le *Renvoi sur la location résidentielle*. Notre Cour l’a appliqué dans l’arrêt *Ville de Mississauga c. Municipalité régionale de Peel*, [1979] 2 R.C.S. 244, pour confirmer les pouvoirs conférés à la Commission municipale de l’Ontario pour résoudre certains conflits en matière de biens, question relevant de la compétence traditionnelle des cours visées à l’art. 96. Notre Cour s’est demandé quel rôle jouait ce pouvoir dans l’ensemble des fonctions de la Commission municipale, et elle a conclu que si l’on considère [TRADUCTION] «leur cadre institutionnel, les «pouvoirs judiciaires» de préciser les droits et les obligations [. . .] ont été validement conférés à la Commission municipale» (*Renvoi sur la location résidentielle*, précité, à la p. 732).

Notre Cour a de nouveau été saisie de cette question en 1980 dans le *Renvoi sur la location résidentielle*. Le juge Dickson a conclu, au nom de notre Cour, à la p. 733, que «[l]es arrêts *John East*, *Tomko* et *Mississauga* nous enseignent qu’il faut examiner «le cadre institutionnel» afin de décider si une compétence ou un pouvoir précis peuvent être valablement attribués à un organisme provincial». Il formule ensuite le critère suivant (aux pp. 733 et 734):

Un tribunal administratif peut exercer un pouvoir réservé auparavant aux cours visées à l’art. 96 pourvu que ce pouvoir ne soit qu’un complément ou un accessoire à un organisme administratif ou de réglementation plus vaste. Cependant, si le pouvoir attaqué constitue un aspect dominant de la fonction du tribunal de sorte qu’il faille considérer que ce tribunal agit «comme une cour», alors l’attribution de ce pouvoir est *ultra vires*.

Suivant cette méthode, une «loi ne sera invalide que si la seule fonction ou la fonction principale du tribunal est de juger [. . .] et qu’on puisse dire que le tribunal fonctionne «comme une cour visée à l’art. 96»» (p. 736).

Le juge Dickson a proposé une méthode à trois volets pour déterminer la validité du transfert à un

s. 96 court to an inferior court was valid. The first step, echoing *John East*, asked whether the power historically fell within the jurisdiction of the s. 96 courts. The second step asked whether the power was judicial or administrative. These two steps may be seen as serving to determine if there is in fact a transfer of s. 96 power. If the answer on the first two steps is yes, the inquiry moves to its final stage. This requires consideration of the institutional and legislative framework in which the judicial power is employed in order to determine whether its exercise is either (i) "subsidiary or ancillary" to what is predominantly an administrative function, or (ii) "necessarily incidental" to the achievement of a broader policy goal of the legislature. If it is, the transfer of s. 96 powers will be valid. If, on the other hand, "the impugned power forms a dominant aspect of the function of the tribunal, such that the tribunal itself must be considered to be acting 'like a court', then the conferral of the power is *ultra vires*" (*Residential Tenancies*, *supra*, at pp. 733-34). In short, transfer of limited ancillary functions is permitted. Shadow courts are not.

The first branch of the *Residential Tenancies* test has been amplified by this Court in *Attorney General of Quebec v. Grondin*, [1983] 2 S.C.R. 364, *Sobeys Stores Ltd. v. Yeomans*, [1989] 1 S.C.R. 238, and *Reference re Young Offenders Act (P.E.I.)*, [1991] 1 S.C.R. 252. In *Grondin*, this Court held that the question was whether the matter was within the exclusive power of the s. 96 courts at the time of Confederation; if inferior courts could exercise it then, modern tribunals could surely do so now. In *Sobeys*, Wilson J. suggested that the issue was not the particular remedies exercised by the superior courts at the time of Confederation, but whether the dispute was one which would have fallen within their exclusive jurisdiction. The dispute should be narrowly defined, so as not to preclude legitimate transfers at the outset. In *Reference re Young Offenders Act*, Lamer C.J. added a further qualification. He suggested that the legislative purpose of the grant of

tribunal inférieur d'un pouvoir d'une cour visée à l'art. 96. Le premier volet, qui fait suite à l'arrêt *John East*, consiste à se demander s'il s'agit d'un pouvoir qui appartenait historiquement aux cours visées à l'art. 96. Le deuxième volet consiste à se demander s'il s'agit d'un pouvoir judiciaire ou administratif. On peut considérer que ces deux volets servent à déterminer s'il existe en fait un transfert de pouvoir visé à l'art. 96. Si la réponse aux deux premiers volets est affirmative, on passe au dernier volet. On doit alors examiner le cadre institutionnel et législatif dans lequel est employé le pouvoir judiciaire pour déterminer si son exercice est (i) «complémentaire ou accessoire» à une fonction qui est surtout administrative, ou (ii) «nécessairement inséparable» de la réalisation de l'objectif de principe général de la législation. Dans l'affirmative, le transfert de pouvoirs visés à l'art. 96 sera valide. Par contre, si «le pouvoir attaqué constitue un aspect dominant de la fonction du tribunal de sorte qu'il faille considérer que ce tribunal agit «comme une cour», alors l'attribution de ce pouvoir est *ultra vires*» (*Renvoi sur la location résidentielle*, précité, aux pp. 733 et 734). Bref, un transfert de fonctions accessoires limitées est permis. Les cours de justice parallèles ne le sont pas.

Notre Cour a clarifié le premier volet du critère du *Renvoi sur la location résidentielle* dans les arrêts *Procureur général du Québec c. Grondin*, [1983] 2 R.C.S. 364, et *Sobeys Stores Ltd. c. Yeomans*, [1989] 1 R.C.S. 238, ainsi que le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants (Î.-P.-É.)*, [1991] 1 R.C.S. 252. Dans l'arrêt *Grondin*, notre Cour a statué qu'il s'agissait de savoir si la question relevait de la compétence exclusive des cours visées à l'art. 96 à l'époque de la Confédération; si la compétence en cause pouvait alors être exercée par des tribunaux inférieurs, elle pourrait certainement l'être par des tribunaux contemporains. Dans l'arrêt *Sobeys*, le juge Wilson a dit que la question ne concernait pas les redressements particuliers qui étaient accordés par les cours supérieures à l'époque de la Confédération; il s'agissait plutôt de savoir si le litige aurait relevé de leur compétence exclusive. On doit définir le litige de façon circonscrite pour éviter d'empêcher

power, and the nature of the scheme of which it forms a part, should be considered in characterizing the power for purposes of the first stage of the test. On this approach, he concluded that the powers granted to youth courts and the administrative scheme set up under the *Young Offenders Act* could be viewed as creating a “novel jurisdiction” not within the power of the superior courts at the time of Confederation. Viewed thus, the answer to the question of whether the power was one exercised by the superior courts in 1867 was no, and the transfer of power was held valid.

les transferts légitimes au départ. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants*, le juge en chef Lamer a ajouté une autre réserve. À son avis, dans la qualification du pouvoir aux fins du premier volet du critère, il y a lieu de tenir compte de l’objectif législatif de son attribution et de la nature du régime dont il fait partie. À ce sujet, il a conclu que l’on pouvait considérer que les pouvoirs conférés aux tribunaux pour adolescents et le régime administratif établi en vertu de la *Loi sur les jeunes contrevenants* créaient une «compétence nouvelle» qui ne relevait pas des cours supérieures à l’époque de la Confédération. Selon cette perception, il fallait répondre négativement à la question de savoir si le pouvoir en cause était exercé par les cours supérieures en 1867; le transfert de pouvoir a donc été jugé valide.

64

The parties to this appeal agree that the first and second stages of the *Residential Tenancies* test are met. Hence I comment on them no further, except to note their function in relation to the test as a whole. The first and second stages of the test may be viewed as devoted to determining whether there is an impingement on the powers of s. 96 courts. If the powers were not historically within the exclusive purview of the s. 96 courts, their conferral on the inferior tribunal can pose no problem. Similarly, if the power is not judicial, no problem arises. But if the first two stages are passed and a derogation from s. 96 powers is established, that is not the end of the matter. Some derogations are permitted. To determine whether the identified transfer of s. 96 power is permitted, the power must be viewed in its institutional setting to determine whether it is ancillary or necessary to the policy objectives of the scheme in which it is exercised. If so, “the power in its institutional setting has changed its character sufficiently to negate the broad conformity with superior, district or county court jurisdiction” (Hogg, *supra*, at p. 191). To use the words of this Court in *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704, at p. 717, the “judicial aspect . . . change[s] colour when considered in the factual setting in which the court will operate”. The derogation from s. 96 powers established by the first and second

Les parties en l’espèce admettent que les deux premiers volets du critère du *Renvoi sur la location résidentielle* sont respectés. Je n’ajouterai rien à ce sujet, sauf pour souligner leur fonction par rapport à l’ensemble du critère. On peut considérer que les premier et deuxième volets du critère visent à déterminer s’il y a un empiètement sur les pouvoirs des cours visées à l’art. 96. Si les pouvoirs en cause ne relevaient pas historiquement de la compétence exclusive des cours visées à l’art. 96, leur attribution à un tribunal inférieur ne pose aucun problème. De même, s’il ne s’agit pas d’un pouvoir judiciaire, il n’y a pas de problème. Cependant, une fois qu’on a franchi les deux premières étapes et qu’on a établi l’existence d’une atteinte aux pouvoirs visés à l’art. 96, la question n’est pas réglée. Certaines atteintes sont permises. Pour déterminer si le transfert d’un pouvoir visé à l’art. 96 est permis, il faut examiner ce pouvoir dans son cadre institutionnel pour établir s’il est accessoire ou nécessaire aux objectifs de principe du régime dans lequel il est exercé. Dans l’affirmative, [TRA-DUCTION] «le pouvoir dans son cadre institutionnel a suffisamment changé de caractère pour ne plus correspondre de façon générale à la compétence d’une cour supérieure, d’une cour de district ou d’une cour de comté» (Hogg, *op. cit.*, à la p. 191). Pour employer les termes de notre Cour dans l’arrêt *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-*

inquiries of the test is rendered valid by its administrative function.

If the third stage of the inquiry under the *Residential Tenancies* test is satisfied, there can be no fear that the constitutional status of the s. 96 courts will be threatened. A tribunal exercising a judicial power ancillary or necessary to a broader administrative scheme is still performing an administrative function. In exercising that power, it will not be, to use the language of Dickson J. in *Residential Tenancies*, “acting ‘like a court’”.

The *Residential Tenancies* test may thus be seen as a functional test. It does not attempt to define precluded areas of transfer by how the power itself is characterized, for example, by calling it a criminal power, or contract power, or the exercise of an inherent jurisdiction. Rather, it identifies precluded transfers by how the power functions in the setting Parliament or the legislature has proposed. Does the tribunal use the power as a mere aid to the achievement of a larger administrative goal, or does it use the power to make itself a shadow court?

This functional approach to determining whether a transfer of s. 96 power is valid or not possesses merits which a categorical approach lacks. The fundamental problem which arises when one attempts to identify protected areas of s. 96 jurisdiction by the type of power conferred is that any test threatens to be at once under and over inclusive. For example, if one suggests that important areas of common law, like criminal law, contract law or the inherent powers of the courts cannot be transferred from s. 96 courts, one is faced with the difficulty that aspects of criminal and contract law and inherent powers of the courts figure prominently in the administrative machinery of this country, without apparent harm to s. 96 courts.

Brunswick, [1983] 1 R.C.S. 704, à la p. 717, «le caractère judiciaire [...] change [...] selon le contexte dans lequel [le tribunal] va fonctionner». L'atteinte aux pouvoirs visés à l'art. 96, établie par les premier et deuxième volets du critère, est validée par sa fonction administrative.

Si l'on satisfait au troisième volet de l'examen en vertu du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*, on ne saurait craindre que le statut constitutionnel des cours visées à l'art. 96 ne soit compromis. Un tribunal exerçant un pouvoir judiciaire accessoire ou nécessaire à un vaste régime administratif exerce toujours une fonction administrative. Dans l'exercice de ce pouvoir, il «[n'agira pas] «comme une cour»», pour employer les termes du juge Dickson dans le *Renvoi sur la location résidentielle*.

On peut donc considérer le critère du *Renvoi sur la location résidentielle* comme un critère fonctionnel. Il ne tente pas de définir les transferts interdits en fonction de la qualification du pouvoir en question, par exemple, en disant qu'il s'agit d'un pouvoir en matière de droit criminel, d'un pouvoir de nature contractuelle ou de l'exercice d'une compétence inhérente. Le critère identifie plutôt les transferts interdits par la façon dont le pouvoir fonctionne dans le cadre proposé par le Parlement ou la législature. Le tribunal se sert-il simplement du pouvoir pour atteindre un objectif administratif plus large, ou l'utilise-t-il pour devenir une sorte de cour de justice parallèle?

Cette approche fonctionnelle qui sert à déterminer la validité du transfert d'un pouvoir visé à l'art. 96 se défend mieux qu'une approche catégorique. Le problème fondamental qui se pose lorsque l'on tente de cerner des domaines protégés de la compétence visée à l'art. 96, en fonction du type de pouvoir conféré, est que tout critère retenu risque d'avoir une portée à la fois insuffisante et excessive. Par exemple, si l'on affirme que d'importants domaines de la common law, comme le droit criminel, le droit des contrats ou les pouvoirs inhérents des tribunaux judiciaires, ne peuvent être retirés aux cours visées à l'art. 96, il faut reconnaître que certains aspects de ces domaines occupent déjà une place importante dans l'appareil

65

66

67

On the other hand, if one reduces the core of non transferable powers, suggesting that only the inherent powers of s. 96 courts to control their process are sacrosanct, one faces the problem that vast areas of contract, tort and criminal jurisdiction could be transferred to shadow courts with impunity, thus destroying the compromise of the Fathers of Confederation and the intended effect of s. 96. By contrast, the *Residential Tenancies* test, by focusing on the function of the power in the administrative context rather than the nature of the power conferred, provides sufficient flexibility to equip administrative tribunals with the powers they need to do their work, while preserving the constitutional position of the s. 96 courts.

administratif au Canada, sans préjudice apparent pour les cours visées à l'art. 96. Par contre, si l'on réduit le noyau de pouvoirs non transférables en laissant ainsi entendre que seuls sont sacro-saints les pouvoirs inhérents que les cours visées à l'art. 96 ont de contrôler leur procédure, on risque alors que de vastes domaines de la compétence en matière contractuelle, délictuelle et criminelle soient transférés impunément à des cours de justice parallèles, ce qui détruirait le compromis des Pères de la Confédération et l'effet voulu de l'art. 96. Par contre, du fait qu'il soit axé sur le rôle du pouvoir dans le contexte administratif plutôt que sur la nature du pouvoir conféré, le critère du *Renvoi sur la location résidentielle* fournit une souplesse suffisante pour doter les tribunaux administratifs des pouvoirs dont ils ont besoin pour s'acquitter de leur tâche, tout en préservant la position constitutionnelle des cours visées à l'art. 96.

68 Viewed in retrospect, the *Residential Tenancies* test may be seen to have evolved over the years in response to the needs of Canadian society. Without suggesting that further refinements may not, as time passes, prove desirable, the test meets the basic requirements of the Constitution and of society in a way in which proposed alternatives, such as a rule precluding any transfer from a nebulous, indeterminate shopping list of "core" powers, does not.

Avec le recul du temps, on peut constater que le critère du *Renvoi sur la location résidentielle* a évolué au fil des ans de manière à répondre aux besoins de la société canadienne. Sans laisser entendre que d'autres clarifications ne seront peut-être pas souhaitables dans l'avenir, j'affirme que ce critère satisfait aux exigences fondamentales de la Constitution et de la société d'une façon que ne permettent pas les solutions de rechange proposées, comme l'établissement d'une règle interdisant tout transfert de pouvoirs «fondamentaux» figurant sur une liste nébuleuse et imprécise.

69 These considerations lead me to conclude that the *Residential Tenancies* test, developed over the past 50 years in response to the changing social conditions of this country, should not be lightly discarded. It is against this background that I approach the case for an alternative approach found in the reasons of the Court of Appeal of British Columbia and the Chief Justice of this Court.

Ces considérations m'amènent à conclure que l'on ne devrait pas écarter à la légère le critère du *Renvoi sur la location résidentielle*, qui a évolué au cours des 50 dernières années afin de répondre aux changements de conditions sociales au Canada. C'est dans ce contexte que j'aborde l'examen d'une autre approche préconisée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et par le Juge en chef de notre Cour.

(c) The Proposed Changes to the *Residential Tenancies* Test

c) Les modifications proposées du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*

70 The *Residential Tenancies* test is based on the premise that any judicial power can be transferred from a s. 96 court to an inferior tribunal, provided

Le critère du *Renvoi sur la location résidentielle* repose sur la prémisse que tout pouvoir judiciaire peut être transféré d'une cour visée à l'art. 96 à un

that the power is ancillary to the tribunal's larger mandate. Shadow courts, devoted exclusively or primarily to rendering judgments which s. 96 courts have traditionally rendered, are forbidden. Only if the tribunal's major focus is a larger one and the powers can be said to lose their judicial character in the administrative context, is the tribunal permitted to incidentally exercise judicial powers traditionally exercised by s. 96 courts.

(i) *The Proposed "Core" Test*

The Court of Appeal below and the Chief Justice in this Court propose a modification of this test. Acknowledging that the *Residential Tenancies* test is satisfied in this case, the Chief Justice argues that an additional question must be asked: is the power transferred a "core" power of s. 96 courts? The boundaries and constituent elements of this core are unspecified but seem to extend at least to the inherent powers of s. 96 courts. This is a new test which in my respectful opinion needlessly derogates from the functional approach of the *Residential Tenancies* test. As I understand the proposed test, it would no longer be sufficient that the transfer of judicial power historically exercised by s. 96 courts be ancillary to the larger function of inferior tribunal; it would also be necessary to show that the particular power transferred is not one of the "core" powers of s. 96 courts. This "core" is not defined by reference to the functions of the tribunal, but by the nature of the s. 96 power transferred. What is proposed is a class of "core" powers which, by their very nature, are essential to s. 96 courts and cannot be transferred to other courts regardless of whether or not the three inquiries of the *Residential Tenancies* test are satisfied. This marks a shift from the functional approach of the *Residential Tenancies* test for transfer of s. 96 powers toward a more categorical approach.

tribunal inférieur pourvu que ce pouvoir soit accessoire au mandat général du tribunal. Sont interdites les cours de justice parallèles dont la fonction serait exclusivement ou principalement de rendre des jugements traditionnellement rendus par des cours visées à l'art. 96. Ce n'est que si la fonction principale du tribunal a une portée plus large, et si l'on peut dire que les pouvoirs perdent leur caractère judiciaire dans le contexte administratif, que le tribunal sera autorisé à exercer accessoirement des pouvoirs judiciaires traditionnellement exercés par les cours visées à l'art. 96.

(i) *Le critère proposé de la «compétence fondamentale»*

La Cour d'appel et le Juge en chef de notre Cour proposent une modification de ce critère. Reconnaissant que l'on satisfait, en l'espèce, au critère du *Renvoi sur la location résidentielle*, le Juge en chef soutient qu'il faut se poser une autre question: le pouvoir transféré est-il un pouvoir «fondamental» des cours visées à l'art. 96? Les limites et les composantes de ce pouvoir fondamental ne sont pas mentionnées, mais semblent englober au moins les pouvoirs inhérents des cours visées à l'art. 96. À mon avis, ce nouveau critère s'écarte inutilement de l'approche fonctionnelle du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*. Selon mon interprétation du critère proposé, il ne suffirait plus que le transfert du pouvoir judiciaire traditionnellement exercé par les cours visées à l'art. 96 soit accessoire à la fonction générale du tribunal inférieur; il serait également nécessaire de démontrer que le pouvoir transféré ne fait pas partie des pouvoirs «fondamentaux» des cours visées à l'art. 96. Ce pouvoir «fondamental» est défini non pas par rapport aux fonctions du tribunal, mais en fonction de la nature du pouvoir visé à l'art. 96 qui est transféré. Il est proposé d'établir une catégorie de pouvoirs «fondamentaux» qui, de par leur nature même, sont essentiels aux cours visées à l'art. 96 et ne sauraient être transférés à d'autres cours de justice, même si l'on satisfait aux trois volets du critère du *Renvoi sur la location résidentielle*. Cela s'écarte de la façon fonctionnelle dont le critère du *Renvoi sur la location résidentielle* aborde le transfert de pouvoirs visés à l'art. 96 et constitue un virage vers une approche plus catégorique.

72

This revised version of the *Residential Tenancies* test finds its source in a passage from the reasons of Lamer C.J. in *Reference re Young Offenders Act, supra*. In considering the limits imposed by s. 96, he stated (at p. 264):

... if the jurisdiction conferred on Youth Courts by Parliament is within the core of jurisdiction of superior courts, Parliament cannot confer such jurisdiction on courts presided over by judges not appointed in accordance with s. 96.

However, this reference to “core” jurisdiction must be read in conjunction with the paragraph that follows it:

The test for determining if a power can be constitutionally given to an inferior court or an administrative tribunal was set out in *Re Residential Tenancies* . . .

Read in this context, the “core” referred to by Lamer C.J. in *Reference re Young Offenders Act* might have been seen simply as a shorthand reference to impermissible transfers under the *Residential Tenancies* test — i.e., transfers where the adjudicative function “is a sole or central function of the tribunal . . . that the tribunal can be said to be operating ‘like a s. 96 court’” (*per* Dickson J., in *Residential Tenancies, supra*, at p. 736).

73

In the reasons of the Court of Appeal in this case, however, the notion of “core” was given a different meaning. It was understood as designating a class of judicial powers — contempt and the like — which can never, under any circumstances, be transferred to inferior tribunals. The significance of this change should not be underestimated. If accepted, it would amount to an important new fetter on the ability of Parliament and the provincial legislatures to create effective tribunals to ensure compliance with regulatory schemes. The significance of the additional fetter is enhanced by the fact that it is constitutional, and hence incapable of being legislatively overridden, as well as by

Cette version révisée du critère du *Renvoi sur la location résidentielle* a son origine dans un passage des motifs du juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants*, précité. En considérant les limites imposées par l’art. 96, il affirme (à la p. 264):

... si la compétence conférée aux tribunaux pour adolescents par le Parlement constitue un élément fondamental de la compétence des cours supérieures, le Parlement ne peut attribuer une telle compétence à des tribunaux présidés par des juges qui ne sont pas nommés conformément à l’art. 96.

Cependant, on doit considérer cette mention de la compétence «fondamentale» conjointement avec le paragraphe qui la suit:

Le critère permettant de déterminer si, suivant la Constitution, un pouvoir peut être attribué à un tribunal inférieur ou à un tribunal administratif a été dégagé [. . .] dans le *Renvoi sur la location résidentielle* . . .

Interprétée dans ce contexte, la mention de la compétence «fondamentale» par le juge en chef Lamer dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants* aurait pu être perçue simplement comme une brève allusion aux transferts inacceptables selon le critère du *Renvoi sur la location résidentielle*, c’est-à-dire ceux où «la seule fonction ou la fonction principale du tribunal est de juger [. . .] et [où] on [peut] dire que le tribunal fonctionne «comme une cour visée à l’art. 96»» (le juge Dickson, dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, précité, à la p. 736).

Cependant, dans les motifs de la Cour d’appel en l’espèce, la notion de compétence «fondamentale» est interprétée différemment. On considère qu’elle désigne une catégorie de pouvoirs judiciaires — en matière d’outrage et autres du genre — qui ne peuvent en aucun cas être transférés à des tribunaux inférieurs. Il ne faudrait pas sous-estimer ce changement. S’il était accepté, ce nouveau critère constituerait une nouvelle entrave importante à la capacité du Parlement et des législatures provinciales de créer des tribunaux efficaces pour assurer le respect de régimes de réglementation. Cette nouvelle entrave est d’autant plus importante du fait qu’elle est de nature constitu-

the fact that what falls within the core remains largely undefined.

Having suggested that the reasons of the Court of Appeal below and of the Chief Justice in this Court represent a significant departure from the existing test for the transfer of s. 96 judicial power to inferior tribunals, it remains to determine whether the departure is one which this Court should endorse. Before embarking on that inquiry, however, it may be useful to deal with two related notions which may otherwise cloud the analysis.

The first is the Chief Justice's observation that the problem lies in the exclusive nature of the transfer of the s. 96 power to the inferior tribunal. The second is his insistence that the focus of the problem is not the conferral of power on the inferior tribunal, but its removal from the s. 96 courts. I agree with both observations. It is rare for Parliament or a legislature to offer a choice between having one's case adjudicated by a s. 96 court or an administrative tribunal. If the administrative scheme is to operate effectively with a minimum of procedural confusion, it is typically essential that the tribunal have exclusive power to decide the matters at issue. As the facts of the cases on the question of transfer of s. 96 powers demonstrate, the issue is almost always whether Parliament or the legislatures can transfer the s. 96 power to the inferior tribunal and exclude the s. 96 courts from adjudication in that area. To point this out is not, with respect, to advance the analysis, but merely to define the problem which has preoccupied the courts since Lord Atkin's opinion in *Toronto v. York, supra*. Viewed thus, it becomes apparent that the issues of whether a power can be taken from a s. 96 court and whether it can be conferred on an independent tribunal, which the Chief Justice seeks to separate, are in fact reverse sides of the same coin. There is nothing exceptional in this respect in what Parliament did when it conveyed exclusive power over contempt not in the face of the court committed by juveniles to youth court. Rather, the conferral of exclusive power over the offence on

tionnelle et qu'elle ne peut donc être écartée par voie législative, et que les composantes de la compétence fondamentale demeurent en grande partie non définies.

Comme j'ai affirmé que les motifs de la Cour d'appel et ceux du Juge en chef de notre Cour représentent une dérogation importante au critère qui s'applique actuellement au transfert à un tribunal inférieur d'un pouvoir judiciaire visé à l'art. 96, il reste à déterminer si notre Cour devrait approuver cette dérogation. Cependant, avant de répondre à cette question, il peut être utile d'examiner deux notions connexes qui peuvent par ailleurs embrouiller l'analyse.

La première concerne l'observation du Juge en chef selon laquelle que le problème réside dans la nature exclusive du transfert au tribunal inférieur du pouvoir conféré par l'art. 96. La deuxième concerne son insistence sur le fait que ce n'est pas l'attribution d'un pouvoir au tribunal inférieur qui pose un problème, mais plutôt son retrait des cours visées à l'art. 96. Je suis d'accord avec ces deux observations. Il est rare que le Parlement ou une législature offre à une personne le choix d'être jugée par une cour visée à l'art. 96 ou par un tribunal administratif. Si un régime administratif doit fonctionner efficacement avec un minimum de confusion procédurale, il est habituellement essentiel que le tribunal administratif ait le pouvoir exclusif de statuer sur les questions qui lui sont soumises. Comme le démontrent les faits des affaires portant sur la question des transferts de pouvoirs visés à l'art. 96, il s'agit presque toujours de savoir si le Parlement ou les législatures peuvent transférer au tribunal inférieur le pouvoir visé à l'art. 96 et retirer aux cours visées à l'art. 96 le pouvoir de juger dans le domaine en question. En toute déférence, cette constatation ne fait pas avancer l'analyse, mais revient simplement à définir le problème qui préoccupe les cours de justice depuis l'opinion exprimée par lord Atkin dans l'arrêt *Toronto c. York*, précité. Sous cet angle, il devient évident que les questions de savoir si un pouvoir peut être retiré à une cour visée à l'art. 96 et s'il peut ensuite être attribué à un tribunal indépendant — que le Juge en chef cherche à examiner séparément

74

75

the youth court brings this case directly within the ambit of the central problem addressed in *Residential Tenancies* and its predecessors.

ment — sont en fait les deux côtés de la même médaille. Le geste posé par le Parlement en attribuant au tribunal pour adolescents un pouvoir exclusif en matière d'outrage commis par des adolescents en dehors des audiences du tribunal n'a rien d'exceptionnel à cet égard. L'attribution au tribunal pour adolescents d'un pouvoir exclusif en la matière fait plutôt en sorte que le présent pourvoi touche directement le problème fondamental examiné dans le *Renvoi sur la location résidentielle* et les autres arrêts qui l'ont précédé.

76 Against this background, I come to the essential question on this appeal: should this Court alter the *Residential Tenancies* test by adding the additional concept of an immutable core of powers which can never be transferred from s. 96 courts to inferior tribunals? It is my conclusion, with the greatest respect to the Court of Appeal and the Chief Justice of this Court, that it should not.

C'est dans ce contexte que je passe à l'examen de la principale question soulevée dans le présent pourvoi: notre Cour devrait-elle modifier le critère du *Renvoi sur la location résidentielle* pour y ajouter le concept d'un noyau immuable de pouvoirs qui ne peuvent jamais être transférés d'une cour visée à l'art. 96 à un tribunal inférieur? En toute déférence pour la Cour d'appel et le Juge en chef de notre Cour, je suis d'avis de répondre par la négative à cette question.

(ii) *The Argument in Principle for a "Core" Test*

(ii) *L'argument de principe en faveur d'un critère de la «compétence fondamentale»*

77 The crux of the Chief Justice's argument is that the superior courts can never be deprived of their "core" powers, which include the power to regulate their own process, including contempt not in the face of the court.

Le Juge en chef soutient essentiellement qu'une cour supérieure ne peut jamais être privée de ses pouvoirs «fondamentaux», notamment son pouvoir de régir sa procédure, dont l'outrage commis en dehors des audiences du tribunal.

78 The difficulty which this argument faces is that it has long been settled that under the rule of law Parliament and the legislatures may limit and structure the ways in which the superior courts exercise their powers. These inherent powers of superior courts are simply innate powers of internal regulation which courts acquire by virtue of their status as courts of law. The inherent power of superior courts to regulate their process does not preclude elected bodies from enacting legislation affecting that process. The court's inherent powers exist to complement the statutory assignment of specific powers, not override or replace them: "The two heads of powers are generally cumulative, and not mutually exclusive" (I. H. Jacob,

Le problème que pose cet argument est qu'il est établi depuis longtemps que le Parlement et les législatures peuvent, en vertu de la primauté du droit, restreindre et structurer les façons dont les cours supérieures exercent leurs pouvoirs. Ces pouvoirs inhérents des cours supérieures sont de simples pouvoirs innés de réglementation interne que les cours de justice acquièrent en raison de leur statut de tribunaux judiciaires. Le pouvoir inhérent des cours supérieures de régir leur procédure n'empêche pas des assemblées élues d'adopter des mesures législatives touchant cette procédure. Les pouvoirs inhérents de la cour sont là pour compléter les pouvoirs précis conférés par la loi, et non pour les supplanter ou les remplacer: [TRADUCTION] «Ces deux sources de pouvoirs sont généralement cumulatives et ne s'excluent pas

“The Inherent Jurisdiction of the Court” (1970), 23 *Current Legal Problems* 23, at p. 25).

In fact, the superior courts of this country are controlled by an elaborate matrix of statute and regulation limiting the way they exercise powers over their own process. Legislation intrudes on a number of areas traditionally within the domain of the court's inherent power, including matters such as contempt of court, testimonial compulsion, the attendance of spectators, hours of sitting and the imposition of publication bans over court proceedings. Parliament and the legislatures routinely make rules limiting the scope for the exercise of the court's inherent powers in these and other areas. In every province Rules of Court limit and define the ways in which superior courts can exercise their inherent powers. The *Income Tax Act* restricts the circumstances in which courts may exercise their inherent jurisdiction to order the Minister of National Revenue to release confidential information: *Glover v. Glover (No. 1)* (1980), 113 D.L.R. (3d) 161 (Ont. C.A.), aff'd [1981] 2 S.C.R. 561. In the criminal sphere, s. 486(4) of the *Criminal Code*, R.S.C., 1985, c. C-46, removes the discretion a judge would have at common law to refuse a publication ban upon the request of a complainant or prosecutor where the accused is charged with one of the listed offences. How a court must deal with contempts arising in certain circumstances is now prescribed in some detail (see, e.g., ss. 127(1), 708(1), 605(2), 484, 486(1) and (5)). Interestingly, in order to preserve the court's jurisdiction over contempt in s. 9, the *Code* specifically excludes that offence from the general withdrawal of jurisdiction over the common law offences. The drafters clearly recognized the competence of Parliament to remove an aspect of inherent jurisdiction, and consequently the need to segregate contempt from the general provision eradicating those offences if the courts were to retain this power.

mutuellement» (I. H. Jacob, «The Inherent Jurisdiction of the Court» (1970), 23 *Current Legal Problems* 23, à la p. 25).

En fait, les cours supérieures au Canada sont régies par un ensemble complexe de lois et de règlements qui restreignent la façon dont elles exercent leurs pouvoirs de régir leur procédure. Des lois empiètent sur un certain nombre de domaines qui relevaient traditionnellement de la compétence inhérente de ces cours, y compris des questions comme l'outrage au tribunal, la contrainte à témoigner, la présence de spectateurs, les heures d'audience et l'interdiction de publication relative à des procédures judiciaires. Le Parlement et les législatures adoptent couramment des règles qui limitent l'exercice des pouvoirs inhérents des cours supérieures dans ces domaines notamment. Dans chaque province, les règles de pratique restreignent et définissent les façons dont les cours supérieures peuvent exercer leurs pouvoirs inhérents. La *Loi de l'impôt sur le revenu* restreint les cas où une cour supérieure peut exercer sa compétence inhérente pour ordonner au ministre du Revenu national de divulguer des renseignements confidentiels: *Glover c. Glover (No. 1)* (1980), 113 D.L.R. (3d) 161 (C.A. Ont.), conf. par [1981] 2 R.C.S. 561. En matière criminelle, le par. 486(4) du *Code criminel*, L.R.C. (1985), ch. C-46, retire aux juges le pouvoir qu'ils auraient en common law de refuser une interdiction de publication demandée par un plaignant ou poursuivant dans le cas où l'accusé est inculpé de l'une des infractions énumérées. La façon dont une cour de justice doit traiter l'outrage commis dans certaines circonstances est maintenant exposée de manière assez détaillée (voir, par exemple, les par. 127(1), 708(1), 605(2), l'art. 484 et les par. 486(1) et (5)). Fait intéressant, afin de préserver la compétence de la cour en matière d'outrage, le *Code*, à l'art. 9, soustrait expressément cette infraction au retrait général de compétence sur les infractions de common law. Les rédacteurs avaient clairement reconnu que le Parlement a compétence pour retirer un aspect de la compétence inhérente, et qu'il était donc nécessaire d'isoler l'outrage de la disposition générale qui supprime ces infractions, si les cours devaient conserver ce pouvoir.

80

All of this is simply to restate the general principle that courts must conform to the rule of law. They can exercise more power in the control of their process, in different ways, than is expressly provided by statute, but must generally abide by the dictates of the legislature. It follows that Parliament and the legislatures can legislate to limit the superior courts' powers, including their powers over contempt, provided that the legislation is not otherwise unconstitutional. If this is so, then it is wrong to posit a core of inherent superior court powers to regulate the process of the courts which the legislators cannot touch. Parliament's transfer of an aspect of the contempt power from the superior courts to the youth courts may be seen as an example of a legislative limitation on the inherent power of the superior court, in the sense that absent the transfer, the superior court would possess that power. That however, does not render the transfer of power invalid. Nor does it rule out the power of a superior court to deal with exceptional situations threatening its status by the exercise of its inherent power which exists to complement the statutory assignment of specific powers: to use Jacob's phrase, "one set of powers supplements and reinforces the other" (Jacob, *supra*, at p. 50). I conclude that Parliament may enact that all *ex facie* juvenile contempt charges should be heard in youth court, provided that the conditions of the *Residential Tenancies* test are met. The need to preserve the inherent powers of superior courts requires no further test.

(iii) *The Argument on Policy for a "Core" Test*

81

I have concluded that one cannot say, as a matter of principle, that Parliament can never legislate with respect to a matter that might be dealt with under the inherent jurisdiction of the court. But

Tout ceci revient à reformuler le principe général voulant que les tribunaux judiciaires soient tenus d'observer la primauté du droit. Ils peuvent, à l'égard de leur procédure, exercer de différentes façons un pouvoir de contrôle plus grand que ce qui leur est expressément conféré par la loi, mais ils doivent généralement respecter la volonté du législateur. Il s'ensuit que le Parlement et les législatures peuvent légiférer pour restreindre et définir les pouvoirs des cours supérieures, y compris leurs pouvoirs en matière d'outrage, pourvu que la mesure législative adoptée ne soit pas par ailleurs inconstitutionnelle. Si tel est le cas, il est alors erroné de dire que les cours supérieures possèdent des pouvoirs inhérents fondamentaux de régler leur procédure auxquels le législateur ne peut toucher. Le transfert, par le Parlement, d'un aspect du pouvoir en matière d'outrage de la cour supérieure au tribunal pour adolescents peut être considéré comme un exemple de restriction législative du pouvoir inhérent de la cour supérieure, en ce sens que la cour supérieure posséderait ce pouvoir n'eût été le transfert. Cependant, cela n'invalide pas pour autant le transfert de pouvoir. Cela n'écarte pas non plus le pouvoir d'une cour supérieure de réagir face à des situations exceptionnelles qui compromettent son statut par l'exercice de son pouvoir inhérent, ce qui complète les pouvoirs précis conférés par la loi: [TRADUCTION] «un ensemble de pouvoirs complète et renforce l'autre», pour employer l'expression de Jacob (Jacob, *loc. cit.*, à la p. 50). Je conclus que le Parlement peut adopter une disposition prévoyant que le tribunal pour adolescents connaît de tout outrage commis par un adolescent en dehors des audiences du tribunal, pourvu que les conditions du critère du *Renvoi sur la location résidentielle* soient remplies. Il n'est pas nécessaire d'avoir un autre critère pour que soient préservés, comme il se doit, les pouvoirs inhérents des cours supérieures.

— (iii) *L'argument de politique générale en faveur d'un critère de la «compétence fondamentale»*

J'ai conclu que l'on ne saurait dire, en principe, que le Parlement ne peut jamais légiférer relativement à une question susceptible d'être tranchée en vertu de la compétence inhérente de la cour.

another argument was pressed in support of an untouchable core of s. 96 jurisdiction immune from legislative limitation. It is not an argument of principle but of policy. It is the argument that without an untouchable core of inherent jurisdiction, the constitutional position of s. 96 courts will, as a practical matter, be eroded. The functional approach of the *Residential Tenancies* test is inadequate to protect the s. 96 courts. We must, it is asserted, go further and build an impregnable wall around core court powers if the position of the superior courts is to be preserved.

It may initially be observed that the *Residential Tenancies* approach to the transfer of s. 96 powers has been the law in Canada since the *Tomko* case in 1977. It is not suggested that the role of s. 96 courts has been diminished in the 18 intervening years, despite the creation of a host of administrative tribunals exercising a variety of substantive and procedural powers traditionally exercised by s. 96 courts.

Indeed, it might be argued that the primal position of the superior courts during this period has been enhanced by the fact that they have jealously guarded their rights of review of the decisions of inferior tribunals. Where an aspect of their historical power has been transferred to the inferior tribunal, the courts have reserved the right to review the decision for conformity to the law and the rules of natural justice. Attempts by Parliament or the legislatures to insulate tribunal decisions from supervision by superior courts through the use of clauses purporting to oust judicial review, while offering protection against review of decisions on fact and exercise of discretion, have not deterred the courts from insisting that the decisions of tribunals meet the basic requirements of legality and fairness: see *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220. Viewed thus, transfers of s. 96 jurisdiction to inferior tribunals have not ousted the power of the superior courts, but merely elevated it one remove. Administrative tribunals deal with the

Cependant, on a avancé un autre argument à l'appui de l'existence d'un noyau intouchable de compétence visée à l'art. 96, que ne pourrait pas restreindre le législateur. Ce n'est pas un argument de principe, mais un argument de politique générale. On soutient que, sans un noyau intouchable de compétence inhérente, la position constitutionnelle des cours visées à l'art. 96 sera minée en pratique. L'approche fonctionnelle du critère du *Renvoi sur la location résidentielle* est insuffisante pour protéger les cours visées à l'art. 96. Nous devons, soutient-on, aller plus loin et protéger jalousement les pouvoirs fondamentaux des cours supérieures si l'on veut préserver la position de ces tribunaux.

On peut tout d'abord faire remarquer que la façon dont le *Renvoi sur la location résidentielle* aborde le transfert de pouvoirs visés à l'art. 96 représente l'état du droit au Canada depuis l'arrêt *Tomko* en 1977. On ne dit pas qu'il s'est produit une diminution du rôle des cours visées à l'art. 96 au cours des 18 années qui ont suivi, malgré la création de toute une série de tribunaux administratifs qui exercent divers pouvoirs en matière de fond et de procédure, qui sont traditionnellement exercés par les cours visées à l'art. 96.

En fait, on pourrait soutenir que les cours supérieures ont amélioré leur position de choix au cours de cette période en protégeant jalousement leurs droits de contrôler les décisions de tribunaux inférieurs. Lorsqu'il y a transfert au tribunal inférieur d'un aspect des pouvoirs qui appartenait traditionnellement à une cour supérieure, celle-ci se réserve le droit de contrôler toute décision du tribunal inférieur en découlant pour s'assurer qu'elle est conforme à la loi et aux règles de justice naturelle. Même si les tentatives du Parlement ou des législatures de soustraire les décisions des tribunaux administratifs à la surveillance des cours supérieures, par le recours à des clauses ayant pour objet d'écarter le contrôle judiciaire, ont offert une protection contre le contrôle des décisions sur les faits et de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, elles n'ont pas dissuadé les cours de justice d'insister pour que les décisions de tribunaux administratifs respectent les exigences fondamentales de légalité et d'équité: voir l'arrêt *Crevier c.*

82

83

factual minutiae of multitudinous disputes; the superior courts ensure that the law is followed and fair process maintained.

84

Viewing the matter from the perspective of the power here in question, the conclusion is the same. The facts of this case simply do not support the contention that powers essential to the proper functioning of s. 96 courts are in danger of being eroded. The Court of Appeal accepted without much discussion the proposition that the power to try youths for contempt not in the face of the court is essential to maintaining the authority of the superior courts. Yet, with respect, this is far from self-evident. What is essential to maintaining the authority of a court is that consequences attach to the disobedience of its order. It would seem immaterial whether the consequences derive from the same court as issued the initial order, or from a different court. It is the attachment of criminal consequences which gives the order its force, not the source of those consequences. I accept the submissions of the Attorney General of Canada that the youth court is just as able to protect the validity and efficacy of a superior court order as is the superior court. No evidence was put forward by the Attorney General of British Columbia or cited by the Court of Appeal to suggest otherwise. And if the youth court errs, or fails to proceed where it should, it is subject to the corrective power of the superior court on judicial review or of the Court of Appeal on appeal.

85

It was argued that contempt charges might not be pursued in youth court, leaving the superior court order unenforced. The superior court must have the power, it was submitted, to pursue and try

Procureur général du Québec, [1981] 2 R.C.S. 220. Sous cet angle, les transferts de compétence visée à l'art. 96 à des tribunaux inférieurs n'ont pas écarté le pouvoir des cours supérieures, mais l'ont simplement élevé d'un degré. Les tribunaux administratifs examinent les menus détails factuels d'innombrables litiges; les cours supérieures assurent le respect de la loi et l'équité de la procédure.

Si l'on examine la question du point de vue du pouvoir dont il est question en l'espèce, la conclusion demeure la même. Les faits de la présente affaire ne permettent tout simplement pas de prétendre que les pouvoirs essentiels au bon fonctionnement des cours visées à l'art. 96 risquent d'être minés. La Cour d'appel a accepté sans grande discussion la thèse suivant laquelle le pouvoir de juger des adolescents pour outrage commis en dehors des audiences du tribunal est essentiel au maintien de l'autorité des cours supérieures. Or, en toute déférence, cela est loin d'être évident. Ce qui est essentiel au maintien de l'autorité d'une cour c'est que des conséquences se rattachent au non-respect de son ordonnance. Il semblerait sans importance que les conséquences proviennent de la cour même qui a rendu l'ordonnance initiale ou d'un autre tribunal. Ce sont les conséquences sur le plan criminel qui donnent sa force à l'ordonnance initiale, non pas leur source. Je conviens avec le procureur général du Canada que le tribunal pour adolescents est tout aussi en mesure que la cour supérieure de préserver la validité et l'efficacité de l'ordonnance d'une cour supérieure. Aucune preuve laissant entendre le contraire n'a été produite par le procureur général de la Colombie-Britannique ni citée par la Cour d'appel. Si le tribunal pour adolescents commet une erreur ou s'il omet d'agir là où il devrait le faire, il est sujet à l'exercice du pouvoir correctif de la cour supérieure dans le cadre d'un contrôle judiciaire, ou du pouvoir correctif de la Cour d'appel dans le cadre d'un appel.

On a fait valoir qu'il se pourrait que des accusations d'outrage ne soient pas portées devant un tribunal pour adolescents, de sorte que l'ordonnance de la cour supérieure demeurerait inexécutée. Dans

charges for contempt out of the face of the court in such circumstances.

There are a number of answers to this submission. First, counsel for the young offender conceded that s. 47(2) does not deprive the superior court of the power to initiate proceedings by referring a charge of contempt out of the face of the court to the youth court.

Second, contempt not in the face of the court is generally prosecuted like any other crime by the Attorney General, who gathers the evidence and presents the case to the court. This follows from the fact that the contempt is not committed in the presence of the court. Unlike contempt *in facie*, which Parliament has left within the purview of the court where it was committed, the court whose order has been allegedly traversed will usually have no evidence itself of *ex facie* contempt, and cannot pursue it without the intervention of the Attorney General. For example, in the case at bar, the superior court judge had no personal knowledge of who had demonstrated, let alone when or where the injunction was supposedly violated. As in the case of any other crime, trial of the contempt was dependent on a case presented by the prosecution. This removes much of the force of the argument that the superior court must retain power to pursue charges for contempt out of the face of the court because the Attorney General may fail to bring such charges before the youth court. Whatever the court, the decision as to whether the charge proceeds will almost always be the Attorney General's.

The final guarantee that the process of the superior courts will not be undermined by a transfer of juvenile contempt of court *ex facie* to the youth courts, lies in the residual inherent jurisdiction of the superior courts to take such measures as may be required to preserve their process. Should the

de telles circonstances, a-t-on fait valoir, la cour supérieure doit avoir le pouvoir de porter et de juger des accusations d'outrage commis en dehors des audiences du tribunal.

On peut répondre à cet argument de plusieurs façons. Premièrement, l'avocat du jeune contrevenant a reconnu que le par. 47(2) ne prive pas la cour supérieure du pouvoir d'engager des procédures en déférant au tribunal pour adolescents une accusation d'outrage commis en dehors des audiences du tribunal.

Deuxièmement, à l'instar de tout autre crime, l'outrage commis en dehors des audiences d'un tribunal donne généralement lieu à des poursuites par le procureur général, qui recueille les éléments de preuve et les soumet à la cour. Cela découle du fait que l'outrage n'est pas commis en présence du tribunal. Contrairement à l'outrage commis au cours des audiences du tribunal, que le Parlement a laissé à la compétence du tribunal visé, le tribunal dont l'ordonnance aurait été transgressée ne dispose normalement d'aucune preuve qu'un outrage a été commis en dehors de ses audiences et ne peut intenter de poursuite à cet égard sans l'intervention du procureur général. Par exemple, dans l'affaire qui nous occupe, le juge de la cour supérieure ne savait pas personnellement qui avait manifesté, encore moins quand et où il y aurait eu violation de l'injonction. À l'instar de tout autre crime, le procès pour outrage reposait sur une preuve présentée par la poursuite. Cela affaiblit considérablement l'argument voulant que la cour supérieure doive conserver le pouvoir de porter des accusations pour outrage commis en dehors des audiences du tribunal parce qu'il se pourrait que le procureur général ne porte pas ces accusations devant le tribunal pour adolescents. Quel que soit le tribunal, la décision de porter ou non des accusations appartiendra presque toujours au procureur général.

La compétence résiduelle inhérente qu'ont les cours supérieures pour prendre les mesures nécessaires pour préserver l'intégrité de leur procédure constitue la dernière garantie que la procédure des cours supérieures ne sera pas minée par un transfert au tribunal pour adolescents du pouvoir de

86

87

88

administration of justice require that a particular case be tried in superior court, that court possesses the inherent power to hold such a trial. As discussed earlier, all rules of court must be read as subject to the inherent power of the superior court to do what is required to preserve their process. Where the use of a legislative provision or rule of court would itself amount to an abuse of the court's process, the court may invoke its inherent jurisdiction to ensure that justice is done. Section 47(2) of the *Young Offenders Act* is no exception.

juger des adolescents pour outrage commis en dehors des audiences du tribunal. Si l'administration de la justice exige qu'une affaire donnée soit jugée devant une cour supérieure, cette cour a le pouvoir inhérent de tenir un tel procès. Comme nous l'avons vu, toutes les règles de pratique doivent être interprétées comme étant assujetties au pouvoir inhérent des cours supérieures de faire ce qui est nécessaire pour préserver l'intégrité de leur procédure. Dans le cas où le recours à une disposition législative ou à une règle de pratique constitue lui-même un abus de la procédure de la cour, la cour peut invoquer sa compétence inhérente pour veiller à ce que justice soit rendue. Le paragraphe 47(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* ne fait pas exception.

89 In conclusion, I note that the argument on policy would have more force if Parliament had removed from the superior courts all power to try the offence of contempt. In fact, only contempt not in the face of the court committed by youths has been removed from the superior courts. To borrow the language of *McEvoy, supra*, at p. 722, this is a "mere alteration or diminution of criminal jurisdiction", cardinally different from a complete exclusion of Parliament.

En conclusion, je constate que l'argument de politique générale aurait plus de force si le Parlement avait retiré aux cours supérieures tout pouvoir de juger l'infraction d'outrage. En fait, seul le pouvoir de juger l'outrage commis par un adolescent en dehors des audiences du tribunal a été retiré aux cours supérieures. Pour emprunter les termes de l'arrêt *McEvoy*, précité, à la p. 722, il s'agit là d'une «simple modification ou restriction de la compétence en matière criminelle», entièrement différente de la suppression totale de cette compétence.

90 Parliament appears to have carefully considered and weighed what is necessary to permit the superior courts to preserve their authority. Parliament left to the superior courts power to try youths for contempt in the face of the court, a power arguably necessary to enable a court to maintain order in its proceedings. At the same time, it transferred to youth court contempt not in the face of the court committed by youths. The latter, unlike the former, is concerned with the enforcement of orders rather than preservation of order in proceedings. This carefully calibrated scheme poses no threat to the authority of the superior courts, whose authority stands firm.

Le Parlement paraît avoir examiné et soupesé soigneusement ce qui est nécessaire pour que les cours supérieures puissent maintenir leur autorité. Il a laissé aux cours supérieures le pouvoir de juger des adolescents pour outrage commis pendant les audiences d'un tribunal, pouvoir qui, pourrait-on soutenir, est nécessaire pour permettre à un tribunal de maintenir l'ordre dans ses procédures. Du même coup, il a transféré au tribunal pour adolescents la compétence en matière d'outrage commis par des adolescents en dehors des audiences du tribunal. Cette dernière compétence, contrairement à la première, concerne l'exécution d'ordonnances plutôt que le maintien de l'ordre dans des procédures. Ce régime soigneusement calibré ne constitue pas une menace pour l'autorité des cours supérieures, qui demeure solide.

Before leaving the policy argument, it may be useful to ask whether, when all is considered, it can be said that the *Residential Tenancies* test might fail to maintain the protection of s. 96 courts which the Constitution requires. I would not suggest that the *Residential Tenancies* test is forever cast in stone, nor that situations may not arise affecting the stature and integrity of the superior court, which could require the court to invoke its inherent power to safeguard its own process in a manner which was not contemplated by the *Residential Tenancies* test. This said, the current test for transfer, developed in response to Canadian needs over a period of several decades, strikes a reasonable balance between the need to permit Parliament and the legislatures to annex effective administrative tribunals to their legislative schemes, and the need to maintain the constitutional position of the s. 96 courts. The test permits only incidental derogations of powers from s. 96 courts, and then only to the extent that their judicial nature is transformed by the administrative context in which they are exercised. The greater the powers sought to be transferred, the greater the curtailment of the inherent powers of the s. 96 courts, the more likely the powers are to be seen as judicial rather than administrative, barring their transfer from s. 96 courts to inferior tribunals.

On the other hand, the revised "core" test proposed would impose significant new restrictions on the power of Parliament and the legislatures to endow specialized tribunals with sufficient powers to meet particular problems and deprive many tribunals of powers which they have long exercised. The alternative of dual powers exercised by the tribunals and the courts would encourage forum shopping and contribute to expense and delay in the resolution of problems within these specialized areas. At the same time, the addition of a concept of a category of core of inherent powers which can never be transferred would add a new

Avant de clore l'examen de l'argument de politique générale, il peut être utile de se demander si, tout compte fait, on peut affirmer qu'il se pourrait que le critère du *Renvoi sur la location résidentielle* ne maintienne pas la protection des cours visées à l'art. 96, comme l'exige la Constitution. Je n'irais pas jusqu'à dire que le critère du *Renvoi sur la location résidentielle* est à jamais coulé dans le béton, ni qu'il ne peut se présenter des situations qui influeront sur le prestige et l'intégrité des cours supérieures, auquel cas la cour pourrait avoir à invoquer son pouvoir inhérent pour préserver l'intégrité de sa procédure d'une façon non envisagée par le critère du *Renvoi sur la location résidentielle*. Ceci dit, le critère actuel applicable en matière de transfert, qui a été développé pour répondre aux besoins des Canadiens au fil de plusieurs décennies, établit un équilibre raisonnable entre la nécessité de permettre au Parlement et aux législatures d'annexer des tribunaux administratifs efficaces à leurs régimes législatifs, et celle de maintenir la position constitutionnelle des cours visées à l'art. 96. Ce critère ne permet que des retraits accessoires de pouvoirs des cours visées à l'art. 96, et ce, uniquement dans la mesure où la nature judiciaire de ces pouvoirs est transformée par le contexte administratif dans lequel ils sont exercés. Plus importants sont les pouvoirs que l'on cherche à transférer, plus importante sera la diminution des pouvoirs inhérents des cours visées à l'art. 96, et plus les pouvoirs seront susceptibles d'être perçus comme étant judiciaires plutôt qu'administratifs, ce qui ferait obstacle à leur transfert d'une cour visée à l'art. 96 à un tribunal inférieur.

Par contre, le critère révisé de la «compétence fondamentale», qui est proposé, imposerait de nouvelles restrictions importantes au pouvoir que le Parlement et les législatures ont de doter des tribunaux spécialisés des pouvoirs suffisants pour résoudre des problèmes particuliers et priver de nombreux tribunaux de pouvoirs qu'ils exercent depuis longtemps. La solution des doubles pouvoirs exercés par les tribunaux administratifs et judiciaires encouragerait la recherche d'un tribunal favorable et engendrerait des dépenses et des retards relativement au règlement de problèmes dans ces domaines spécialisés. Du même coup,

element of uncertainty to the law. As the Chief Justice admits, inherent jurisdiction “may be difficult to define” (para. 30). He declines, quite understandably, “to enumerate the precise powers which compose inherent jurisdiction” (para. 38). What is clear is that this concept of inherent jurisdiction includes some of what administrative tribunals now do. What is not clear is how far beyond this the penumbra of inherent powers may extend.

93

For these reasons, I remain unpersuaded that the *Residential Tenancies* test for transfer s. 96 judicial powers to inferior tribunals should be supplemented by the concept of immutable core powers which can never constitutionally be transferred from s. 96 courts, no matter how incidental their role in the overall administrative scheme. I would maintain the *Residential Tenancies* test.

(d) Application of the *Residential Tenancies* Test in This Case

94

As the Chief Justice concedes, application of the *Residential Tenancies* test in this case leads to the result that the transfer of contempt not in the face of the court committed by juveniles from s. 96 courts to the youth courts is valid and constitutional. The power was historically possessed by s. 96 courts, it is judicial, and it is merely ancillary to the larger role of the youth courts in relation to the special problems and needs of young offenders.

95

A number of assaults were made on the proposition that conferral of this power is ancillary only. None, in my view, succeed.

l’ajout de la notion qu’il existe une catégorie de pouvoirs inhérents fondamentaux non susceptibles d’être transférés créerait un nouvel élément d’incertitude en droit. Comme le Juge en chef le reconnaît, la compétence inhérente «p[eut] être difficile à définir» (par. 30). Il refuse naturellement «d’énumérer les pouvoirs précis qui composent cette compétence inhérente» (par. 38). Il est évident que ce concept de compétence inhérente englobe une partie des fonctions actuelles des tribunaux administratifs. Ce qui n’est pas clair c’est la mesure dans laquelle cette zone grise de pouvoirs inhérents peut s’étendre au-delà de ce point.

Pour ces motifs, je ne suis pas encore convaincue que le critère du *Renvoi sur la location résidentielle*, qui s’applique au transfert à des tribunaux inférieurs de pouvoirs judiciaires visés à l’art. 96, devrait être complété par le concept des pouvoirs fondamentaux immuables qui, du point de vue constitutionnel, ne peuvent jamais être retirés aux cours visées à l’art. 96, quel qu’accessoire que puisse être leur rôle dans l’ensemble du régime administratif. Je confirmerais le critère du *Renvoi sur la location résidentielle*.

d) Application du critère du *Renvoi sur la location résidentielle* en l’espèce

Comme le Juge en chef le reconnaît, l’application en l’espèce du critère du *Renvoi sur la location résidentielle* fait en sorte que le transfert aux tribunaux pour adolescents du pouvoir que les cours supérieures visées à l’art. 96 ont de juger des adolescents pour outrage commis en dehors des audiences du tribunal est valide et constitutionnel. Le pouvoir en question appartenait historiquement aux cours visées à l’art. 96, il est de nature judiciaire et n’est qu’accessoire au rôle plus large que les tribunaux pour adolescents jouent relativement aux problèmes et aux besoins particuliers des jeunes contrevenants.

On a formulé un certain nombre de critiques au sujet de la thèse voulant que l’attribution de ce pouvoir ne soit qu’accessoire. À mon avis, aucune ne saurait être retenue.

The Attorney General of British Columbia seeks to bring itself within the *Residential Tenancies* test by characterizing the power at issue simply as “the inherent jurisdiction of a superior court of record to maintain and enforce its authority by contempt proceedings for . . . contempt *ex facie*”. This power, it argues, has nothing to do with the goals of the *Young Offenders Act* and hence fails to satisfy the third enquiry under the test. But this is a mischaracterization of the power at issue. Parliament has not transferred power over all contempt out of the face of the court to the youth courts, only such contempt committed by young offenders. Only by reading the reference to young offenders out of s. 47(2) can the Attorney General argue that the power is not related to the goal of the *Young Offenders Act*. If the power transferred is properly characterized, there is no basis for parting from the analysis under *Reference re Young Offenders Act* and *Residential Tenancies*.

The Attorney General of British Columbia also argues that s. 47(2) is not necessarily incidental to the policy goals of the *Young Offenders Act*, because contempt not in the face of the court is different from other crimes, being a common law crime and the only crime whose *actus reus* is disobedience of a court order. These features, in my view, do not suffice to remove juvenile contempt not in the face of the court from the concerns of the *Young Offenders Act*. Like other crimes, it is generally prosecuted by the Attorney General, who gathers and presents evidence to the court, which must sit impartially and conclude on innocence or guilt based on the record before it. Like other crimes, it involves *actus reus*, *mens rea*, and consequences of imprisonment upon conviction. Like other crimes, conviction creates a criminal record. All these considerations suggest that it should be treated like any other crime. The special aims of the *Young Offenders Act* apply to it as much as to

Le procureur général de la Colombie-Britannique cherche à appliquer à son cas le critère du *Renvoi sur la location résidentielle* en qualifiant le pouvoir en question de simple [TRADUCTION] «compétence inhérente que possède une cour supérieure d’archives pour maintenir et faire respecter son autorité à l’aide de procédures en matière d’outrage à l’égard d’un [. . .] outrage commis en dehors des audiences du tribunal». Ce pouvoir, soutient-il, n’a rien à voir avec les objectifs de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, et ne satisfait donc pas au troisième volet du critère. Il s’agit là toutefois d’une qualification erronée du pouvoir en question. Le Parlement n’a pas transféré aux tribunaux pour adolescents le pouvoir de connaître de tous les outrages commis en dehors des audiences du tribunal, mais seulement celui de connaître de ceux qui sont commis par de jeunes contrevenants. Ce n’est que s’il exclut du par. 47(2) la mention des jeunes contrevenants que le procureur général peut faire valoir que le pouvoir n’est pas lié aux objectifs de la *Loi sur les jeunes contrevenants*. Si le pouvoir transféré est qualifié correctement, il n’y a pas de raison de déroger à l’analyse proposée dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants* et le *Renvoi sur la location résidentielle*.

Le procureur général de la Colombie-Britannique fait également valoir que le par. 47(2) n’est pas nécessairement accessoire aux objectifs de principe de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, parce que l’outrage commis en dehors des audiences du tribunal diffère des autres crimes en ce sens qu’il constitue un crime de common law et le seul crime dont l’*actus reus* est la désobéissance à une ordonnance judiciaire. À mon avis, ces caractéristiques ne suffisent pas à soustraire au domaine de la *Loi sur les jeunes contrevenants* l’outrage commis par un adolescent en dehors des audiences du tribunal. À l’instar des autres crimes, il donne généralement lieu à des poursuites par le procureur général, qui recueille les éléments de preuve et les soumet à la cour qui, elle, doit siéger en toute impartialité et conclure à l’innocence ou à la culpabilité en se fondant sur le dossier qui lui est soumis. À l’instar des autres crimes, il comporte un *actus reus*, une *mens rea* et l’emprisonnement

any other crime. Parents should be advised of pending charges. Rehabilitation should be the predominant consideration. Incarceration in facilities tailored to young people's special needs should be the norm. The argument that the transfer of criminal contempt not in the face of the court committed by youths is not ancillary to the powers exercised by the youth courts cannot succeed.

2. Conclusion

98

I conclude that Parliament's transfer of contempt not in the face of the court by juveniles from the s. 96 superior courts to the youth courts is valid. The test for transfer laid down in *Residential Tenancies* and approved in *Reference re Young Offenders Act* is met. The case for a modified test proposing an inviolable core of matters immune from transfer which includes juvenile contempt not in the face of the court has not, in my respectful view, been established.

99

J.P. is charged with criminal contempt not in the face of the court, for violating a court order. Section 47(2) of the *Young Offenders Act* requires that he be tried in youth court. The constitutionality of s. 47(2) has not, for the reasons I have outlined, been successfully challenged. It follows that J.P. should have been tried in youth court. I would allow the appeal and set aside his conviction in superior court and remit the charges to youth court for trial in the forum Parliament has chosen.

comme conséquence en cas de déclaration de culpabilité. À l'instar des autres crimes, la déclaration de culpabilité engendre un dossier criminel. Toutes ces considérations portent à croire qu'il devrait être traité comme n'importe quel autre crime. Les objectifs particuliers de la *Loi sur les jeunes contrevenants* s'appliquent autant à l'outrage qu'à tout autre crime. Les parents devraient être avisés des accusations portées. La réhabilitation devrait être le facteur prédominant. L'incarcération dans des établissements adaptés aux besoins particuliers des adolescents devrait être la norme. L'argument voulant que le transfert du pouvoir en matière d'outrage criminel commis par un adolescent en dehors des audiences du tribunal ne soit pas accessoire aux pouvoirs exercés par les tribunaux pour adolescents ne saurait être retenu.

2. Conclusion

Je conclus à la validité du transfert par le Parlement aux tribunaux pour adolescents du pouvoir que les cours supérieures visées à l'art. 96 possèdent en matière d'outrage commis par des adolescents en dehors des audiences du tribunal. Le critère applicable au transfert, établi dans le *Renvoi sur la location résidentielle* et approuvé dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les jeunes contrevenants*, est respecté. À mon avis, on n'a pas établi la nécessité d'un critère modifié qui proposerait un noyau inviolable de pouvoirs, dont celui en matière d'outrage commis par un adolescent en dehors des audiences du tribunal, qui ne pourraient pas faire l'objet d'un transfert.

J.P. est accusé d'avoir commis un outrage criminel en dehors des audiences du tribunal, en contrevenant à une ordonnance judiciaire. Le paragraphe 47(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants* exige qu'il soit jugé par un tribunal pour adolescents. Pour les motifs que j'ai exposés, la constitutionnalité du par. 47(2) n'a pas été contestée avec succès. Il s'ensuit que J.P. aurait dû être jugé devant un tribunal pour adolescents. J'accueillerais le pourvoi, j'annulerais la déclaration de culpabilité prononcée contre lui par une cour supérieure et je renverrais les accusations devant le tribunal pour adolescents en vue d'un procès devant la juridiction que le Parlement a choisie.

Accordingly, I would answer the constitutional question stated by the Chief Justice as follows:

Is it within the jurisdiction of Parliament to grant exclusive jurisdiction to youth courts, through the operation of s. 47(2) of the *Young Offenders Act*, R.S.C., 1985, c. Y-1, over contempt of court committed by a young person against a superior court otherwise than in the face of that court?

Answer: Yes.

Appeal dismissed, L'HEUREUX-DUBÉ, McLACHLIN, IACOBUCCI and MAJOR JJ. dissenting.

Solicitors for the appellant: Ritchie & Company, Vancouver.

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

Solicitor for the intervener: The Department of Justice, Vancouver.

En conséquence, je répondrais ainsi à la question constitutionnelle formulée par le Juge en chef:

Le Parlement a-t-il, en vertu du par. 47(2) de la *Loi sur les jeunes contrevenants*, L.R.C. (1985), ch. Y-1, le pouvoir de conférer aux tribunaux pour adolescents la compétence exclusive en matière d'outrage au tribunal commis par un adolescent envers une cour supérieure en dehors de ses audiences?

Réponse: Oui.

Pourvoi rejeté, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, McLACHLIN, IACOBUCCI et MAJOR sont dissidents.

Procureurs de l'appelant: Ritchie & Company, Vancouver.

Procureur de l'intimé le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureur de l'intervenant: Le ministère de la Justice, Vancouver.

INDEX

ADMINISTRATIVE LAW

Bias — Reasonable apprehension of bias — Conseil de la magistrature — Comité d'enquête — Chief Judge of Court of Québec also chairman of Conseil de la magistrature — Chief Judge filing complaint against judge of Court of Québec with Conseil de la magistrature — Vindictive tone in wording of complaint — Proceedings against judge referred to in complaint conducted with diligence — Whether specific circumstances of case might give rise to reasonable apprehension of bias.

RUFFO V. CONSEIL DE LA MAGISTRATURE, 267.

APPEAL

1. Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Accused appealing conviction for armed robbery 27 years later on basis of fresh evidence — Court of Appeal allowing accused's appeal and setting aside his conviction but entering stay of proceedings for abuse of process instead of ordering new trial or acquittal — Whether Supreme Court has jurisdiction to entertain application for leave to appeal from Court of Appeal's order entering stay of proceedings — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1) — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 686(8).

R. V. HINSE, 597.

2. Supreme Court of Canada — Jurisdiction — Publication ban as to identity of sexual assault complainant — Trial judge lifting ban on own motion and without consent after acquitting accused — Whether or not Supreme Court had jurisdiction to hear Crown's appeal from order lifting ban — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, s. 40(1), (3).

R. V. ADAMS, 707.

3. Supreme Court of Canada — Mootness — Mandatory publication ban as to identity of sexual assault complainant lifted by trial judge without consent — Name not yet published by media — Whether or not live issue — If not, whether Supreme Court should exercise jurisdiction to hear case.

R. V. ADAMS, 707.

CIVIL RIGHTS

Impartial hearing by independent tribunal — Institutional impartiality — Conseil de la magistrature — Comité d'enquête —

CIVIL RIGHTS—Concluded

Chief Judge of Court of Québec also chairman of Conseil de la magistrature — Whether Chief Judge's authority to file complaint against judge of Court of Québec with Conseil de la magistrature violates principles of judicial impartiality and independence guaranteed by s. 23 of Charter of Human Rights and Freedoms — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, ss. 96, 263, 265.

RUFFO V. CONSEIL DE LA MAGISTRATURE, 267.

COMPANY LAW

Corporations — Directors and officers — Indemnity — Election of directors — Validity of proxies — President of corporation chairing annual shareholders' meeting — President ruling that certain proxies could be used to vote only in favour of management slate of directors — Court overturning ruling and awarding costs against president and corporation — Whether president entitled to be indemnified by corporation for costs — Ontario Business Corporations Act, R.S.O. 1990, c. B.16, s. 136(1).

BLAIR V. CONSOLIDATED ENFIELD CORP., 5.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Charter of Rights — Unreasonable search and seizure — Evidence — Whether or not admission of evidence would bring the administration of justice into disrepute — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 8.

R. V. PATRIQUEN, 42.

2. Charter of Rights — Trial within a reasonable time — Trial judge entering stay of proceedings on account of delay — Court of Appeal properly finding delay not unreasonable and setting stay aside.

R. V. ROGALSKY, 48.

3. Charter of Rights — Fundamental justice — Self-incrimination — Fishermen required by statute to provide hail reports and fishing logs indicating estimated poundage of catch by species and date, time and location of catch — Fisherman charged with overfishing — Whether admission in evidence of hail report and

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

fishing logs infringes fisherman's right against self-incrimination under s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms.

R. v. FITZPATRICK, 154.

4. Charter of Rights — Fundamental justice — Independent and impartial tribunal — Institutional impartiality — Conseil de la magistrature — Comité d'enquête — Chief Judge of Court of Québec also chairman of Conseil de la magistrature — Whether Chief Judge's authority to file complaint against judge of Court of Québec with Conseil de la magistrature violates principles of judicial impartiality and independence guaranteed by s. 7 of Canadian Charter of Rights and Freedoms — Whether Chief Judge has influence on members of Conseil de la magistrature and Comité d'enquête that might compromise their impartiality — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, ss. 96, 263, 265.

RUFFO V. CONSEIL DE LA MAGISTRATURE, 267.

5. Courts — Transfer of superior court powers to inferior tribunal — Youth courts granted exclusive jurisdiction to try youths for ex facie contempt of superior courts — Whether exclusive grant of jurisdiction constitutional — Constitution Act, 1867, s. 96 — Young Offenders Act, R.S.C., 1985, c. Y-1, s. 47(2).

MACMILLAN BLOEDEL LTD. v. SIMPSON, 725.

COURTS

1. Judges — Judicial ethics — Whether Chief Judge of Court of Québec has authority to file complaint against judge of that court with Conseil de la magistrature — Courts of Justice Act, R.S.Q., c. T-16, ss. 96, 263, 265.

RUFFO V. CONSEIL DE LA MAGISTRATURE, 267.

2. Judges — Judicial ethics — Duty to act in a reserved manner — Vagueness in constitutional sense — Judicial Code of Ethics, (1982) 114 G.O. II, 1253, s. 8.

RUFFO V. CONSEIL DE LA MAGISTRATURE, 267.

CRIMINAL LAW

1. Trial — Evidence — Accused convicted of sexual assault and sexual touching — Court of Appeal not erring in allowing accused's appeal and quashing conviction.

R. v. POLO, 44.

2. Trial — Evidence — Accused convicted of sexual touching — Court of Appeal not erring in allowing accused's appeal and ordering new trial.

R. v. MATHIBU, 46.

CRIMINAL LAW—Continued

3. Trial — Evidence — Accused convicted of sexual assault at trial but acquitted on appeal — Error by Court of Appeal — Conviction restored.

R. v. FLEURANT, 47.

4. Trial — Charge to jury — Accused convicted of second degree murder — No error in charge to jury — Conviction upheld.

R. v. MARC, 50.

5. Trial — Procedure — Evidence — Trial judge intervening extensively in examination of witnesses — Whether or not inadmissible expressions of opinion sufficiently prejudicial to render trial unfair.

R. v. W. (A.), 51.

6. Trial — Jury address by Crown counsel inflammatory — Trial judge's directions to jury adequate to prevent unfair trial.

R. v. MUNROE, 53.

7. Obscenity — Selling obscene material — Mens rea — Accused charged with "knowingly" selling obscene material without lawful justification or excuse — Interpretation of "knowingly" — Whether s. 163(2) of Criminal Code requires that retailer have knowledge of specific acts which make material obscene in law — Whether sufficient for Crown to show that retailer had general knowledge that materials deal with exploitation of sex — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163(2), (8).

R. v. JORGENSEN, 55.

8. Obscenity — Selling obscene material — Effect of provincial film board approval — Accused charged with knowingly selling obscene material "without lawful justification or excuse" — Whether provincial film board approval of obscene material negates mens rea of offence — Whether film board approval provides legal justification or excuse — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 163(2), (8).

R. v. JORGENSEN, 55.

9. Sexual assault — Defences — Consent — Honest but mistaken belief in consent — Accused acquitted of sexual assault — Whether trial judge erring in reviewing complainant's lack of consent — Whether trial judge failing to instruct jury that prior inconsistent statements not adopted by witness do not constitute evidence — Whether trial judge mischaracterizing medical evidence — Whether trial judge erring in leaving defence of honest but mistaken belief in consent with jury — Whether new trial should be ordered.

R. v. LIVERMORE, 123.

10. Contempt of court — Summary process — Appellant subpoenaed as Crown witness at preliminary inquiry — Appellant insolent and abusive toward presiding judge while refusing to be

CRIMINAL LAW—Continued

sworn — Appellant convicted of contempt of court *instanter* — Whether circumstances of demonstrable necessity justified preliminary inquiry judge's decision to convict and sentence appellant without a hearing and without providing reasonable opportunity to retain and consult counsel.

R. v. K. (B.), 186.

11. Evidence — Crown's obligation to make disclosure to defence — Crown ordered on appeal to disclose information as to the evidence to be given by police informer, to give his name and whereabouts and to provide opportunity to examine him — Disclosure to be made before second trial — Examination aborted owing to doubts as to identity of hooded witness — Other information not disclosed — Stay granted at opening of new trial because of lack of disclosure and undue delay — Stay quashed on appeal and new trial ordered — Disclosure principles to be applied.

R. v. KHELA, 201.

12. Sentencing — Period of parole ineligibility — Accused pleading guilty to second degree murder — Trial judge sentencing accused to life imprisonment without parole eligibility for 12 years — Court of Appeal reducing period of parole ineligibility to statutory 10-year minimum — Whether trial judge's order should be restored — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 744.

R. v. SHROPSHIRE, 227.

13. Powers of court of appeal — Appeals against sentence — Accused pleading guilty to second degree murder — Trial judge sentencing accused to life imprisonment without parole eligibility for 12 years — Court of Appeal reducing period of parole ineligibility to statutory 10-year minimum — Whether Court of Appeal erred in standard of appellate review it applied — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 687(1).

R. v. SHROPSHIRE, 227.

14. Charge to jury — Recharge — Meaning of reasonable doubt — Accused convicted of sexual assault — Whether portions of trial judge's recharge to jury on meaning and application of reasonable doubt amounted to reversible error.

R. v. BRYDON, 253.

15. Evidence — Disclosure — Accused charged with sexual offences — Defence counsel obtaining pre-trial order requiring Crown to disclose complainants' entire medical, counselling and school records — Trial judge ordering stay of proceedings owing to non-disclosure and late disclosure by Crown — Court of Appeal allowing Crown's appeal and ordering new trial — Whether stay of proceedings appropriate remedy for non-disclosure by Crown of information in its possession.

R. v. O'CONNOR, 411.

CRIMINAL LAW—Concluded

16. Evidence — Medical and counselling records — Procedure to be followed where accused seeks production of records in hands of third parties.

R. v. O'CONNOR, 411.

17. Evidence — Privilege — Medical files and records — Allegation of sexual assault — Complainant counselled by institutions with specialties in sexual assault — Accused demanding production of all records — Whether or not documents subject to class privilege or meeting requirements for ad hoc production — Whether or not production should be ordered, and if so ordered, its nature and extent — Whether or not production infringing Charter right to privacy — Whether or not production infringing Charter right to equality of the sexual assault complainant — Whether or not production infringing accused's Charter rights to a fair trial and to full answer and defence — Proper balancing of Charter rights — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 8, 15.

A. (L.L.) v. B. (A.), 536.

18. Publication bans — Rescission of ban as to identity of sexual assault complainant — Trial judge finding during accused's trial for sexual assault that complainant a prostitute — Trial judge lifting ban on own motion and without consent after accused's acquittal — Whether or not judge authorized to lift ban — Criminal Code, R.S.C., 1985, c. C-46, s. 486(3), (4).

R. v. ADAMS, 707.

FAMILY LAW

Custody — Variation — Custodial parent breaching child residency clause in agreement for corollary relief — Application for change of custody by non-custodial parent — Best interests of the child — Evidence.

P. (M.) v. L.B. (G.), 592.

INDIANS

1. Surrender — Reserve — Nature of duty owed by Crown prior to surrender — Whether Crown under a fiduciary duty — Indian Act, R.S.C. 1927, c. 98.

BLUEBERRY RIVER INDIAN BAND v. CANADA (DEPARTMENT OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT), 344.

2. Surrender — Validity — Indian chiefs not personally certifying surrender on oath — Whether surrender invalid for failure to comply with s. 51 of Indian Act — Whether s. 51 mandatory or directory — Indian Act, R.S.C. 1927, c. 98, s. 51.

BLUEBERRY RIVER INDIAN BAND v. CANADA (DEPARTMENT OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT), 344.

INDIANS—Concluded

3. Surrender — Reserve — Indian band surrendering reserve to Crown “to sell or lease” — Indian band claiming that Crown breached its fiduciary duty — Whether Crown should have leased land of former reserve rather than sell it — Whether Crown sold land under value — Whether Crown should have restored reserve to Band after surrender in view of Band’s impoverished situation.

BLUEBERRY RIVER INDIAN BAND V. CANADA (DEPARTMENT OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT), 344.

4. Surrenders — Mineral rights — Reserve — Indian band surrendering mineral rights on reserve to Crown in 1940 and surrendering reserve in 1945 — Whether mineral rights included in 1945 surrender — Indian Act, R.S.C. 1927, c. 98, ss. 2(e), (j), 51.

BLUEBERRY RIVER INDIAN BAND V. CANADA (DEPARTMENT OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT), 344.

5. Crown — Fiduciary duty — Mineral rights — Indian band surrendering mineral rights on reserve to Crown “to lease” in 1940 and surrendering reserve “to sell or lease” in 1945 — Department of Indian Affairs transferring land of former reserve to Department of Veteran Affairs in 1948 — Department of Indian Affairs aware in 1949 that mineral rights had been erroneously transferred to Department of Veteran Affairs and of potential value of these rights — Whether Crown breached its fiduciary duty by transferring mineral rights in 1948 — Whether Crown breached its fiduciary duty by failing to correct its error in 1949 when it learned of erroneous transfer — Indian Act, R.S.C. 1927, c. 98, s. 64.

BLUEBERRY RIVER INDIAN BAND V. CANADA (DEPARTMENT OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT), 344.

JURISDICTION

Supreme Court of Canada — Interlocutory judgment at trial — Third party seeking to appeal that judgment — Whether or not Supreme Court of Canada had jurisdiction to hear appeal — Supreme Court Act, R.S.C., 1985, c. S-26, ss. 2(1), 40(1).

A. (L.L.) v. B. (A.), 536.

LIMITATION OF ACTIONS

Breach of fiduciary duty — Running of time postponed — Indian band surrendering mineral rights on reserve to Crown in 1940 and surrendering reserve in 1945 — Department of Indian Affairs transferring land of former reserve to Department of Veteran Affairs in 1948 — Mineral rights inadvertently acquired by Department of Veteran Affairs in transfer — Land and mineral rights subsequently sold to veterans between 1948 and 1956 — Band learning of mineral rights’ transfer in 1977 and commencing action in 1978 claiming that Crown breached its fiduciary duty —

LIMITATION OF ACTIONS—Concluded

Whether action barred by limitation periods — Limitation Act, R.S.B.C. 1979, c. 236, ss. 3(4), 6(3), 8.

BLUEBERRY RIVER INDIAN BAND V. CANADA (DEPARTMENT OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT), 344.

PRACTICE

1. Supreme Court of Canada — Application for reconsideration of order refusing leave to appeal from Court of Appeal’s judgment — Policy governing such applications — Unique question of jurisdiction raised by application — Whether application for reconsideration should be allowed — Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74, Rules 7, 51(12).

R. v. HINSE, 597.

2. Appellate court powers — Finding of fact — Whether finding of fact can be made by appeal court or whether matter should be referred to trial court.

HOLLIS V. DOW CORNING CORP., 634

PROPERTY LAW

Real property — Registry system — Chains of title — Conveyancing — Need to establish good root of title only within prior forty years.

FIRE V. LONGTIN, 3.

TORTS

1. Manufacturers’ duty to warn — Learned intermediary — Breast implant ruptured — Patient not previously warned by doctor of post-surgical risks or of possibility of implant rupture — Whether or not manufacturer had duty to warn patient and/or doctor — Whether or not principles of learned intermediary affecting duty of manufacturer to warn patient directly.

HOLLIS V. DOW CORNING CORP., 634

2. Causation — Whether subjective or objective test to patient’s decision to undergo surgery knowing risks — Whether manufacturer entitled to escape liability on what doctor would have done if properly warned.

HOLLIS V. DOW CORNING CORP., 634

INDEX

APPEL

1. Cour suprême du Canada — Compétence — Accusé interjetant appel contre sa déclaration de culpabilité de vol qualifié 27 ans plus tard sur la foi de nouveaux éléments de preuve — Cour d'appel accueillant l'appel de l'accusé et annulant sa déclaration de culpabilité, mais ordonnant l'arrêt des procédures pour cause d'abus de procédure, au lieu d'ordonner un nouveau procès ou d'imposer un verdict d'acquiescement — La Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre une demande d'autorisation de pourvoi contre l'ordonnance de la Cour d'appel prescrivant un arrêt des procédures? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1) — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 686(8).

R. C. HINSE, 597.

2. Cour suprême du Canada — Compétence — Interdiction de publier le nom d'une plaignante victime d'agression sexuelle — Juge du procès levant l'interdiction de sa propre initiative et sans consentement après avoir acquitté l'accusé — La Cour suprême a-t-elle compétence pour entendre l'appel du ministère public contre l'ordonnance levant l'interdiction? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 40(1), (3).

R. C. ADAMS, 707.

3. Cour suprême du Canada — Caractère théorique — Interdiction impérative de publier le nom d'une plaignante victime d'agression sexuelle levée sans consentement par le juge du procès — Nom pas encore publié par les médias — La question se pose-t-elle réellement? — Dans la négative, la Cour suprême doit-elle exercer sa compétence pour entendre l'affaire?

R. C. ADAMS, 707.

COMPÉTENCE

Cour suprême du Canada — Jugement interlocutoire au procès — Tiers cherchant à faire appel du jugement — La Cour suprême du Canada a-t-elle compétence pour entendre l'appel? — Loi sur la Cour suprême, L.R.C. (1985), ch. S-26, art. 2(1), 40(1).

A. (L.L.) c. B. (A.), 536.

DROIT ADMINISTRATIF

Partialité — Crainte raisonnable de partialité — Conseil de la magistrature — Comité d'enquête — Juge en chef de la Cour du

DROIT ADMINISTRATIF—Fin

Québec également président du Conseil de la magistrature — Dépôt par le juge en chef d'une plainte contre un juge de la Cour du Québec devant le Conseil de la magistrature — Libellé de la plainte rédigé sur un ton vindicatif — Procédure contre le juge visé par la plainte menée avec diligence — Les circonstances particulières de l'affaire sont-elles susceptibles de soulever une crainte raisonnable de partialité?

RUFFO C. CONSEIL DE LA MAGISTRATURE, 267.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Charte des droits — Fouilles, perquisitions et saisies abusives — Preuve — L'utilisation de la preuve est-elle susceptible de déconsidérer l'administration de la justice? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 8.

R. C. PATRIQUEN, 42.

2. Charte des droits — Procès dans un délai raisonnable — Arrêt des procédures prononcé par le juge du procès en raison du délai — Délai non jugé déraisonnable à bon droit et annulation de l'arrêt des procédures par la Cour d'appel.

R. C. ROGALSKY, 48.

3. Charte des droits — Justice fondamentale — Auto-incrimination — Pêcheurs légalement tenus de fournir des rapports radio et des journaux de bord indiquant le poids estimatif des prises de chaque espèce de poisson, ainsi que la date, l'heure et l'emplacement des prises — Pêcheur accusé de surpêche — L'utilisation en preuve du rapport radio et des journaux de bord viole-t-elle le droit du pêcheur à la protection contre l'auto-incrimination garanti par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés?

R. C. FITZPATRICK, 154.

4. Charte des droits — Justice fondamentale — Tribunal indépendant et impartial — Impartialité institutionnelle — Conseil de la magistrature — Comité d'enquête — Juge en chef de la Cour du Québec également président du Conseil de la magistrature — Le pouvoir du juge en chef de déposer une plainte contre un juge de la Cour du Québec devant le Conseil de la magistrature est-il contraire aux principes d'impartialité et d'indépendance judiciaire garantis par l'art. 7 de la Charte canadienne des droits et libertés? — Le juge en chef exerce-t-il sur les membres du Conseil de la magistrature et du comité d'enquête un ascendant susceptible de

DROIT CONSTITUTIONNEL—Fin

compromettre leur impartialité? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 96, 263, 265.

RUFFO C. CONSEIL DE LA MAGISTRATURE, 267.

5. Tribunaux — Transfert de pouvoirs d'une cour supérieure à un tribunal inférieur — Attribution aux tribunaux pour adolescents de la compétence exclusive pour juger des adolescents pour outrage commis en dehors des audiences d'une cour supérieure — L'attribution de compétence exclusive est-elle constitutionnelle? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 96 — Loi sur les jeunes contrevenants, L.R.C. (1985), ch. Y-1, art. 47(2).

MACMILLAN BLOEDEL LTD. C. SIMPSON, 725.

DROIT CRIMINEL

1. Procès — Preuve — Accusé reconnu coupable d'agressions sexuelles et de contacts sexuels — Aucune erreur commise par la Cour d'appel en accueillant l'appel de l'accusé et en annulant la déclaration de culpabilité.

R. C. POLO, 44.

2. Procès — Preuve — Accusé reconnu coupable de contacts sexuels — Aucune erreur commise par la Cour d'appel en accueillant l'appel de l'accusé et en ordonnant la tenue d'un nouveau procès.

R. C. MATHIEU, 46.

3. Procès — Preuve — Accusé reconnu coupable d'agression sexuelle au procès mais acquitté en appel — Erreur de la Cour d'appel — Déclaration de culpabilité rétablie.

R. C. FLEURANT, 47.

4. Procès — Exposé au jury — Accusé reconnu coupable de meurtre au deuxième degré — Aucune erreur dans les directives au jury — Déclaration de culpabilité maintenue.

R. C. MARC, 50.

5. Procès — Procédure — Preuve — Intervention importante du juge du procès dans l'interrogatoire des témoins — Des opinions inadmissibles exprimées sont-elles suffisantes pour rendre le procès inéquitable?

R. C. W. (A.), 51.

6. Procès — Exposé incendiaire du substitut du procureur général au jury — Directives du juge du procès au jury suffisantes pour empêcher la tenue d'un procès inéquitable.

R. C. MUNROE, 53.

DROIT CRIMINEL—Suite

7. Obscénité — Vente de matériel obscène — Mens rea — Accusés inculpés d'avoir «sciemment» vendu du matériel obscène sans justification ni excuse légitime — Interprétation du terme «sciemment» — L'article 163(2) du Code criminel exige-t-il que le détaillant soit au courant des actes spécifiques qui rendent le matériel obscène en droit? — Est-il suffisant pour le ministère public de démontrer que le détaillant savait d'une manière générale que le matériel traitait de l'exploitation des choses sexuelles? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163(2), (8).

R. C. JORGENSEN, 55.

8. Obscénité — Vente de matériel obscène — Effet de l'approbation par une commission de contrôle cinématographique provinciale — Accusés inculpés d'avoir sciemment vendu du matériel obscène «sans justification ni excuse légitime» — L'approbation par une commission de contrôle cinématographique provinciale du matériel obscène annule-t-elle la mens rea relative à l'infraction? — L'approbation par une commission de contrôle cinématographique constitue-t-elle une justification ou excuse légitime? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 163(2), (8).

R. C. JORGENSEN, 55.

9. Agression sexuelle — Moyens de défense — Consentement — Croyance sincère mais erronée au consentement — Accusé acquitté d'agression sexuelle — Le juge du procès a-t-il commis une erreur dans son examen du non-consentement de la plaignante? — Le juge du procès a-t-il omis de dire au jury que des déclarations antérieures incompatibles non confirmées par le témoin ne constituent pas une preuve? — Le juge du procès a-t-il mal qualifié la preuve médicale? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en soumettant à l'appréciation du jury la défense de croyance sincère mais erronée au consentement? — Y a-t-il lieu d'ordonner la tenue d'un nouveau procès?

R. C. LIVERMORE, 123.

10. Outrage au tribunal — Procédure sommaire — Appellant assigné à comparaître comme témoin du ministère public à une enquête préliminaire — Appellant grossier et insolent envers le juge président l'enquête préliminaire et refusant d'être assermenté — Appellant déclaré coupable d'outrage au tribunal séance tenante — Existait-il une situation de nécessité justifiant le juge président l'enquête préliminaire de déclarer l'appellant coupable d'outrage au tribunal et de lui infliger une peine, sans tenir d'audience et sans lui accorder une possibilité raisonnable de retenir les services d'un avocat?

R. C. K. (B.), 186.

11. Preuve — Obligation du ministère public de communiquer la preuve à la défense — En appel, le ministère public a reçu l'ordre de communiquer des renseignements sur la preuve devant être présentée par un indicateur, de fournir le nom et les coordonnées de cet indicateur et de donner à la défense l'occasion de l'interroger — Communication devant avoir lieu avant le deuxième procès — Échec de l'interrogatoire à cause de doutes relatifs à l'identité du témoin encagoulé — Autres renseignements

DROIT CRIMINEL—Suite

non communiqués — Arrêt des procédures accordé au début du nouveau procès à cause de l'omission de communiquer et du délai déraisonnable — Arrêt des procédures annulé et nouveau procès ordonné en appel — Principes applicables en matière de communication de la preuve.

R. C. KHELA, 201.

12. Détermination de la peine — Délai préalable à la libération conditionnelle — Accusé plaidant coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré — Juge du procès condamnant l'accusé à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 12 ans — Cour d'appel réduisant le délai préalable à la libération conditionnelle au minimum de 10 ans prescrit par la loi — Y a-t-il lieu de rétablir l'ordonnance du juge du procès? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 744.

R. C. SHROPSHIRE, 227.

13. Pouvoirs d'une cour d'appel — Appels contre une peine — Accusé plaidant coupable à une accusation de meurtre au deuxième degré — Juge du procès condamnant l'accusé à l'emprisonnement à perpétuité sans possibilité de bénéficier de la libération conditionnelle avant 12 ans — Cour d'appel réduisant le délai préalable à la libération conditionnelle au minimum de 10 ans prescrit par la loi — La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur relativement à la norme de contrôle qu'elle a appliquée? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 687(1).

R. C. SHROPSHIRE, 227.

14. Exposé au jury — Exposé supplémentaire — Sens de doute raisonnable — Accusé déclaré coupable d'agression sexuelle — Certains passages de l'exposé supplémentaire du juge au jury sur le sens et l'application du doute raisonnable comportaient-ils une erreur donnant lieu à révision?

R. C. BRYDON, 253.

15. Preuve — Divulgaration — Accusé inculpé d'agressions sexuelles — Obtention par l'avocat de la défense préalablement au procès d'une ordonnance enjoignant au ministère public de divulguer l'ensemble des dossiers médicaux, socio-psychologiques et scolaires des plaignantes — Arrêt des procédures ordonné par le juge du procès en raison de la non-divulgaration et de la divulgation tardive par le ministère public — Appel du ministère public accueilli par la Cour d'appel et tenue d'un nouveau procès ordonnée — L'arrêt des procédures est-il la réparation convenable pour la non-divulgaration par le ministère public de renseignements en sa possession?

R. C. O'CONNOR, 411.

16. Preuve — Dossiers médicaux et socio-psychologiques — Procédure à suivre lorsque l'accusé demande la production de dossiers en la possession de tiers.

R. C. O'CONNOR, 411.

DROIT CRIMINEL—Fin

17. Preuve — Privilège — Dossiers médicaux — Allégation d'agression sexuelle — Plaignante ayant consulté des établissements spécialisés dans les agressions sexuelles — Accusé demandant la production de tous les dossiers — Les documents font-ils l'objet d'un privilège générique ou satisfont-ils aux exigences d'une production ad hoc? — Y a-t-il lieu d'ordonner la production et, dans l'affirmative, quelles en sont la nature et l'étendue? — La production viole-t-elle le droit à la protection de la vie privée garanti par la Charte? — La production viole-t-elle le droit de la victime d'agression sexuelle à l'égalité garantie par la Charte? — La production viole-t-elle les droits de l'accusé à un procès équitable et à une défense pleine et entière? — Pondération des droits garantis par la Charte — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 8, 15.

A. (L.L.) C. B. (A.), 536.

18. Interdictions de publication — Levée de l'interdiction de publier le nom d'une plaignante victime d'agression sexuelle — Juge concluant pendant le procès d'une personne accusée d'agression sexuelle que la plaignante est une prostituée — Juge du procès levant l'interdiction de sa propre initiative et sans consentement après l'acquiescement de l'accusé — Le juge du procès était-il autorisé à lever l'interdiction? — Code criminel, L.R.C. (1985), ch. C-46, art. 486(3), (4).

R. C. ADAMS, 707.

DROIT DE LA FAMILLE

Garde d'enfant — Changement — Non-respect par le gardien de l'enfant de la clause du lieu de résidence de l'enfant incluse dans la convention sur les mesures accessoires — Requête en changement de garde présentée par le parent non gardien — Intérêt de l'enfant — Preuve.

P. (M.) C. L.B. (G.), 592.

DROIT DES BIENS

Biens immeubles — Régime d'enregistrement — Chaîne de titres — Cession — Obligation d'établir la chaîne de titres unique pour les quarante années précédant l'aliénation.

FIRE C. LONGTIN, 3.

DROIT DES COMPAGNIES

Sociétés — Administrateurs et dirigeants — Indemnisation — Élection d'administrateurs — Validité des procurations — Présidence de l'assemblée annuelle des actionnaires assumée par le président de la société — Décision du président que certaines procurations ne pourront être utilisées que pour voter en faveur des candidats de la direction — Tribunal renversant cette décision et condamnant le président et la société à payer des dépens — Le président a-t-il droit à l'indemnisation de frais par la société? — Loi sur les sociétés par actions de l'Ontario, L.R.O. 1990, ch. B.16, art. 136(1).

BLAIR C. CONSOLIDATED ENFIELD CORP., 5.

INDIENS

1. Cession — Réserve — Nature de l'obligation de la Couronne avant la cession — La Couronne a-t-elle une obligation de fiduciaire? — Loi des Indiens, S.R.C. 1927, ch. 98.

BANDE INDIENNE DE LA RIVIÈRE BLUEBERRY C. CANADA (MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN), 344.

2. Cession — Validité — Les chefs indiens n'ont pas attesté personnellement, sous serment, la cession — La cession était-elle invalide en raison de l'inobservation de l'art. 51 de la Loi des Indiens? — L'article 51 a-t-il un caractère impératif ou directif? — Loi des Indiens, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 51.

BANDE INDIENNE DE LA RIVIÈRE BLUEBERRY C. CANADA (MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN), 344.

3. Cession — Réserve — La bande indienne a cédé à la Couronne la réserve aux fins «de vendre ou de louer» — La bande indienne prétend que la Couronne a manqué à son obligation de fiduciaire — La Couronne aurait-elle dû louer les terres de l'ancienne réserve plutôt que les vendre? — La Couronne a-t-elle vendu les terres à un prix inférieur à leur valeur? — La Couronne aurait-elle dû remettre la réserve à la bande après la cession, vu l'état d'appauvrissement dans lequel se trouvait la bande?

BANDE INDIENNE DE LA RIVIÈRE BLUEBERRY C. CANADA (MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN), 344.

4. Cessions — Droits miniers — Réserve — La bande indienne a cédé à la Couronne les droits miniers afférents à la réserve en 1940, et elle a cédé la réserve en 1945 — Les droits miniers étaient-ils inclus dans la cession de 1945? — Loi des Indiens, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 2h), 1), 51.

BANDE INDIENNE DE LA RIVIÈRE BLUEBERRY C. CANADA (MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN), 344.

INDIENS—Fin

5. Couronne — Obligation de fiduciaire — Droits miniers — La bande indienne a, en 1940, cédé à la Couronne les droits miniers afférents à la réserve aux fins «de leur location», et, en 1945, elle a cédé la réserve aux fins «de vendre ou de louer» les terres visées — Le ministère des Affaires indiennes a transféré, en 1948, les terres de l'ancienne réserve au ministère des Affaires des anciens combattants — Le ministère des Affaires indiennes savait, en 1949, que les droits miniers avaient été transférés par erreur au ministère des Affaires des anciens combattants, et il était également au courant de la valeur potentielle de ces droits — La Couronne a-t-elle manqué à son obligation de fiduciaire en transférant les droits miniers en 1948? — La Couronne a-t-elle manqué à son obligation de fiduciaire en omettant de corriger son erreur en 1949, lorsqu'elle a pris connaissance du transfert fait par erreur? — Loi des Indiens, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 64.

BANDE INDIENNE DE LA RIVIÈRE BLUEBERRY C. CANADA (MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN), 344.

LIBERTÉS PUBLIQUES

Audition impartiale par un tribunal indépendant — Impartialité institutionnelle — Conseil de la magistrature — Comité d'enquête — Juge en chef de la Cour du Québec également président du Conseil de la magistrature — Le pouvoir du juge en chef de déposer une plainte contre un juge de la Cour du Québec devant le Conseil de la magistrature est-il contraire aux principes d'impartialité et d'indépendance judiciaire garantis par l'art. 23 de la Charte des droits et libertés de la personne? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 96, 263, 265.

RUFFO C. CONSEIL DE LA MAGISTRATURE, 267.

PRATIQUE

1. Pratique — Cour suprême du Canada — Demande de réexamen d'une ordonnance refusant l'autorisation de pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel — Politique régissant ces demandes — Caractère exceptionnel de la question de compétence soulevée par la demande — Y a-t-il lieu d'accueillir la demande de réexamen? — Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74, art. 7, 51(12).

R. C. HINSE, 597.

2. Pouvoirs de la cour d'appel — Conclusion de fait — La cour d'appel peut-elle tirer une conclusion de fait ou l'affaire doit-elle être renvoyée en première instance?

HOLLIS C. DOW CORNING CORP., 634.

PRESCRIPTION

Manquement à l'obligation de fiduciaire — Report du moment où le délai de prescription commence à courir — La bande indienne a, en 1940, cédé à la Couronne les droits miniers afférents à la réserve, et, en 1945, elle a cédé la réserve — Le ministère des Affaires indiennes a transféré, en 1948, les terres de l'ancienne réserve au ministère des Affaires des anciens combattants — Le ministère des Affaires des anciens combattants a acquis par inadvertance les droits miniers lors du transfert — Les terres et les droits miniers ont par la suite été vendus à des anciens combattants entre 1948 et 1956 — La bande a appris en 1977 l'existence du transfert des droits miniers et, en 1978, elle a intenté une action, reprochant à la Couronne d'avoir manqué à son obligation de fiduciaire — L'action est-elle prescrite? — Limitation Act, R.S.B.C. 1979, ch. 236, art. 3(4), 6(3), 8.

BANDE INDIENNE DE LA RIVIÈRE BLUEBERRY C. CANADA
(MINISTÈRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN),
344.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

1. Obligation de mise en garde du fabricant — Intermédiaire compétent — Rupture d'un implant mammaire — Omission par le médecin de mettre la patiente en garde contre les risques de complications postopératoires ou la possibilité de rupture de l'implant — Le fabricant avait-il l'obligation de mettre la patiente et/ou le médecin en garde? — Les principes de l'intermédiaire compétent modifient-ils l'obligation du fabricant de mettre la patiente en garde directement?

HOLLIS C. DOW CORNING CORP., 634.

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE—Fin

2. Causalité — Doit-on appliquer le critère subjectif ou objectif à la décision du patient de subir une opération chirurgicale en étant informé des risques? — Le fabricant peut-il échapper à toute responsabilité du fait de ce que le médecin aurait fait s'il avait été adéquatement mis en garde?

HOLLIS C. DOW CORNING CORP., 634.

TRIBUNAUX

1. Juges — Déontologie judiciaire — Le juge en chef de la Cour du Québec a-t-il le pouvoir de déposer une plainte contre un juge de cette cour devant le Conseil de la magistrature? — Loi sur les tribunaux judiciaires, L.R.Q., ch. T-16, art. 96, 263, 265.

RUFFO C. CONSEIL DE LA MAGISTRATURE, 267.

2. Juges — Déontologie judiciaire — Devoir de réserve — Imprécision au sens constitutionnel — Code de déontologie de la magistrature, (1982) 114 G.O. II, 1648, art. 8.

RUFFO C. CONSEIL DE LA MAGISTRATURE, 267.

POSTE  MAIL

Société canadienne des postes / Canada Post Corporation

Port payé

Postage paid

Nbre

Bik

**8801320
OTTAWA**

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